‚Sygn. akt: KIO 1490/23

WYROK
z dnia 7 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2023 r. przez Odwołującego **AWM Budownictwo Spółka Akcyjną** ul. Legnicka 46A, 53-674 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Długołęka**, ul. Robotnicza 12, 55-095 Długołęka

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – AWM Budownictwo S.A. i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów poniesionych przez Zamawiającego;
   2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U.2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1490/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Długołęka, w trybie podstawowym na robotę budowlaną oznaczoną, jako *Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku szkoły podstawowej w miejscowości Wilczyce, gmina Długołęka – Etap I* (sygn. postępowania: ZP.271.12.2023.KM), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.03.2023 r., 2023/S 0456-132009, wobec czynności z 16.05.2023 r. polegających na odrzuceniu oferty własnej, oceny oferty najkorzystniejszej i unieważnieniu postępowania, Wykonawca AWM Budownictwo S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Odwołujący) wniósł w dniu 26.05.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1490/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych, pozostających w związku z art. 16 pkt 1 uPZP przepisów tj.:

1. art. 260 ust. 1 uPZP poprzez niesprostanie przez Zamawiającemu obowiązkowi informacyjnemu wynikającemu z ww. przepisu, poinformowanie wykonawców w sposób bezzasadny i niezgodny z ustawą (uPZP) o unieważnieniu postępowania, poprzez brak właściwego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w informacji o unieważnieniu postępowania,
2. art. 239 ust 1 i ust 2 uPZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego oceny i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, w tym SWZ i załączniku nr 2 a do SWZ oraz nieuwzględnienie, iż oferta Odwołującego jest ofertą z najniższą ceną, a Zamawiający posiada środki na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający powinien był uznać za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego, gdyż wyłącznie ta oferta mieściła się w budżecie zaplanowanym przez Zamawiającego oraz spełniania wszystkie warunki określone w dokumentacji postępowania.,
3. art. 239 ust 1 i 2 poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę oferty wykonawcy BERGER BAU POLSKA sp. z o.o. podczas gdy oferta Odwołującego była najkorzystniejsza. Tym samym, dokonanie oceny jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ww. wykonawcę naruszyło podstawowe reguły oceny, jak również wyboru ofert, które zostały określone w art. 239 ust. 1 i 2 uPZP.,
4. art. 17 ust. 2 uPZP poprzez dokonanie bezprawnej i niezgodnej z ustawą wykładni tego przepisu przez Zamawiającego i niezgodne z ustawą jego zastosowanie, jako podstawy do unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych i ponownej oceny ofert i uznania przez Zamawiającego wykonawcy BERGER BAU POLSKA sp. z o.o. jako wykonawcę którego oferta jes najkorzystniejsza,
5. art. 17 ust 2 uPZP poprzez bezprawne i niezgodne z ustawą niezastosowanie tego przepisu przez Zamawiającego w okolicznościach faktycznych niniejszego postępowania, polegające na nieuznaniu oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, nie dokonaniu oceny złożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych Odwołującego jako wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza, nie wybranie Odwołującego do realizacji zamówienia,
6. art. 255 pkt 3 UPZP poprzez bezprawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą unieważnienie przez Zamawiającego postępowania na podstawie tego przepisu podczas gdy brak było przesłanek do unieważnienia postępowania, gdyż Zamawiający mógł zwiększyć kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny najkorzystniejszej oferty i faktycznie dokonał już zwiększenia tej kwoty do kwoty wystarczającej do sfinansowania realizacji zamówienia przez Odwołującego, jako wykonawcy, którego oferta była najkorzystniejsza,
7. naruszenie art. 20 w zw. z art. 72 w zw. z art. 222 pkt 4 w zw. z art. 255 pkt 3 uPZP poprzez zaniechanie aktualizacji wskazanej w dokumentacji przetargowej kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji zamówienia.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu

unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności unieważnienia wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, powtórzenia czynności badania i oceny ofert odrzucenia oferty Odwołującego na część 1 i 2 zamówienia oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 23.000.000,00 – informacja udostępniona na stronie internetowej. Oferta Odwołującego była najtańsza z ceną 29.894.000,00 zł. i została najwyżej oceniona. Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe, a następnie w związku z pismem jednego z wykonawców został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących informacji przekazanych w piśmie. W piśmie z 28.04.2023 r. (objętym tajemnicą przedsiębiorstwa) Odwołujący odniósł się do stanowiącego kryterium oceny ofert nr 3 – doświadczenia kierownika budowy na obiekcie wskazanym w poz. 4 tabeli.

Zamawiający wystąpił do Zarządu Inwestycji Miejskich i Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego we Wrocławiu z zapytaniami dotyczącymi kierownika i otrzymał w pismach z 28.04.2023 i 10.05.2023r.

Uchwałą nr LVII/626/23 Rady Gminy Długołęka z dnia 20 kwietnia 2023 r. w sprawie zmiany wieloletniej prognozy finansowej Gminy Długołęka na lata 2023-2040 Zamawiający zwiększył kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia do kwoty 30 500 000,00 zł., zwiększając budżet na inwestycję na rozbudowę szkoły w Wilczycach objętej przedmiotowym zamówieniem, co wskazał w Załączniku Nr 2 do uchwały Nr LVII/626/23 Rady Gminy Długołęka z dnia 20 kwietnia 2023 r. w poz. 1.3.2.18 Rozbudowa szkoły w Wilczycach- przeznaczając na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia łącznie kwotę 30 500 000,00 zł, w tym : 8 500 000,00 zł. w roku 2023, 15 000 000,00 zł. w roku 2024 r. i 7 000 000 zł. w roku 2025.

Zamawiający powtórzył czynność oceny ofert i jako najkorzystniejszą wskazał ofertę Berger Bau Polska Sp. z o.o.

Pismem z dnia 16 maja 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podst. art. 255 pkt 3 uPZP. Swoją decyzję uzasadnił lakonicznie stwierdzeniem, iż cena najkorzystniejszej oferty, tj. najwyżej ocenionej w rankingu ofert - 32 662 170,74 zł. wykonawcy BERGER BAU POLSKA sp. z o.o. przewyższa środki jakie Zamawiając zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia oraz oświadczył, że Zamawiający nie zwiększy kwoty do ceny oferty nr 2.

Odrębnym pismem z dnia 16 maja 2023 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu czynności wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu oraz powtórzeniu czynności oceny ofert uzasadniając decyzję pojawieniem się nowych okoliczności i powzięciem nieznanych wcześniej Zamawiającemu informacji. Jako podstawę prawną ww. czynności Zamawiający wskazał art. 17 ust 2 uPZP oraz art. 16 uPZP.

Na wstępie Odwołujący podnosi, iż już samo naruszenie przez Zamawiającego art. 260 ust 1 uPZP zgodnie z celem tego przepisu i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej stanowi wystarczającą przesłankę do uwzględnienia niniejszego odwołania. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu brak właściwego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 16 maja 2023 r. Zamawiający powołał się jedynie na przepis art. 255 pkt 3 uPZP ale nie wykazał i nie próbował nawet wykazać dlaczego ten przepis powinien być zakwalifikowany jako podstawa do unieważnienia postępowania. Zamiast tego Zamawiający stwierdził, iż nie zwiększy kwoty (zapewne, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) do ceny oferty nr 2 . Pomijając w tym miejscu okoliczność, iż oferta nr 2 nie była najkorzystniejszą ofertą podkreślić należy, iż zwiększenie czy niezwiększenie takiej kwoty przez Zamawiającego nie jest przesłanką z art. 255 pkt 3 uPZP. Samo wskazanie na przepis art. 255 pkt 3 uPZP bez wykazania spełnienia się występujących w nim przesłanek, nie jest wystarczające dla wykazania zasadności podjętej czynności. Już zatem z tego względu odwołanie powinno podlegać uwzględnieniu.

Zamawiający nie wskazał nawet, czy próbował i czy może zwiększyć kwotę którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, jakie środki podjął i czy w ogóle jakieś czynności zostały przez Zamawiającego podjęte celem zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, jaką kwotę przeznaczył na realizację zamówienia, pominął zwiększenie tej kwoty do kwoty 30 500 000, 00 zł. uchwałą Rady Gminy Długołęka z 20 kwietnia 2023 r. Wreszcie, jak wynika z treści przedmiotowego zawiadomienia Zamawiający rozszerzył katalog przesłanek z art. 255 pkt 3 uPZP ponad : „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty" o przesłankę : „ chyba że Zamawiający zwiększy (chce zwiększyć) kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty". Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne (!). Skoro Zamawiający podjął działania aby zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia i działania te okazały się skuteczne tj. Zamawiający dysponuje wystarczającą kwotą na jego realizację, nie ziściły się przesłanki z art. 255 pkt 3 uPZP. Co więcej, decyzja Zamawiającego o niezwiększeniu tej kwoty nie stanowi przesłanki art. 255 pkt 3 uPZP. Zamawiający powinien uzasadnić, że nie może i dlaczego nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty a nie wskazać tylko, że tego nie zrobi. Zwłaszcza w sytuacji gdy z okoliczności sprawy wynika, iż decyzja o zwiększeniu tej kwoty została już przez Zamawiającego podjęta. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający zwiększył tę kwotę do 30 500 000, 00 zł. (co wystarczyło na sfinansowanie zamówienia w przypadku prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty - 29 894 000,00 zł.), o czym nawet nie wspomniał unieważniając postępowanie.

Błędna ocena złożonych ofert polegająca na nieprawidłowej ocenie oferty złożonej przez Odwołującego i przyznaniu jej w kryterium nr 3 (Doświadczenie zawodowe kierownika budowy) 10 punktów zamiast 20 punktów doprowadziła do wyłonienia, na skutek zsumowania łącznej punktacji poszczególnych kryteriów ofert oferentów, oferty BERGER BAU POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ jako najkorzystniejszej pomimo, iż jej cena zo określona na kwotę 32 662 170,74 zł., a cena zaproponowana przez Odwołującego wynosi 29 894 000,00 zł. Gdyby oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego rzetelnie i w sposób prawidłowy uzyskałaby 100 punktów.

Przy czym Kryterium nr 3: Doświadczenie zawodowe kierownika budowy zostało wskazane następująco: „Za każdą realizację spełniającą poniższe warunki, na której w/w osoba w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy zamawiający przyzna punkty zgodnie z tabelą poniżej wyłącznie za te realizacje, które obejmowały swoim zakresem roboty budowlane polegające na budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 10000 m3, które to roboty zostały wykonane należycie".

Wartość punktowa kryterium Liczba punktów: Ilość realizacji 1 0 pkt, Ilość realizacji 2 10 pkt, Ilość realizacji 3 i więcej 20

pkt. **Podstawą oceny ofert będą informacje zawarte w Załączniku nr 2a do SWZ."**

Na takiej też podstawie Zamawiający dokonał oceny ofert 04 kwietnia 2023 r., co wynika z przyznanej im punktacji. Brak było zatem podstaw aby ocenę tę powtórzyć, zmienić, tym bardziej na podstawie pisma jednego z wykonawców. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje ponadto takiej procedury, a stosując ją Zamawiający *de facto* zezwolił na dokonanie oceny oferty Odwołującego przez innego wykonawcę, podczas gdy czynności tej nie może dokonać za Zamawiającego inny podmiot *(vide: wyrok KIO z dnia 18 listopada 2022 r., KIO 2919/22)*.Pismo wykonawcy BERGER BAU Polska Sp. z o.o. z dnia 18 kwietnia 2023 roku, otrzymane przez Odwołującego od Zamawiającego wraz z pismem Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2023 r. nie znajduje umocowania w procedurze zamówieniowej. Wykonawca zgodnie z procedurą określoną w uPZP ma *numerus clausus* przysługujących mu środków prawnych oraz działań zdatnych do wywołania skutków prawnych w toku postępowania.

Zamawiający przy ponownej ocenie oferty Odwołującego uwzględnił, że dla spełnienia Kryterium nr 3 dana osoba winna pełnić funkcję kierownika budowy przez cały okres realizacji w sytuacji, gdy z opisu tego kryterium oceny w żadnej mierze to nie wynika. Zamawiający powinien przyznać punkty za to kryterium (przy spełnieniu pozostałych warunków) jeśli dana osoba choćby przez chwilę pełnić będzie funkcje kierownika budowy. Odwołujący oświadczył i oświadcza, iż Pan S.O. pełnił funkcję kierownika budowy na tej realizacji zastępując w czasie absencji Pana J.S.. W tym czasie Pan S.O. kierował budową, prowadził korespondencję jako kierownik budowy z zamawiającym, z instytucjami zewnętrznymi, występował w stosunku do gestorów mediów (zgłoszenie TAURON) itp.

Pismem z dnia 10 maja 2023 r. Dolnośląski Urząd Wojewódzki poinformował Zamawiającego, że możliwym jest, że pan S.O. pełnił zastępstwo w przypadku nieobecności kierownika budowy na zadaniu przy ul. Ładnej 22 we Wrocławiu ale te ustalenia były dokonywane na poziomie wykonawcy. Przed wysłaniem zapytania do ww. urzędu przez Zamawiającego Odwołujący wyjaśnił, iż takie właśnie sytuacje miały miejsce i pan S.O. pełnił funkcję kierownika budowy zastępując pana J.S.. Zgodnie ze wspólnym oświadczeniem pana J.S. i pana S.O. pan J.S. poświadczył, iż był zastępowany w wykonywaniu funkcji kierownika budowy przez pana S.O. w ramach realizacji inwestycji Archiwum Ładna 22.

Powyższe w ocenie Odwołującego przesądza, iż realizacja wskazana w pkt 4 tabeli – doświadczenie kierownika budowy – spełnia postawione przez Zamawiającego warunki i że powinna podlegać punktacji. Tym samym uwzględnienie już tylko przez Zamawiającego dodatkowo tej realizacji daje ofercie Odwołującego punktację w zakresie tego kryterium równą 20 punktów co plasuje tę ofertę na najwyższej pozycji z ilością 100 punktów, jako ofertę najkorzystniejszą (w tym z najniższą ceną, mieszczącą się w kwocie którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia).

Zamawiający wprost wskazuje, iż robota budowlana winna być zakończona. Sposób sformułowania Kryterium nr 3 oceny ofert jest odmienny – Zamawiający wskazuje w nim, że roboty budowlane zostały wykonane należycie. W ocenie Odwołującego nie sposób rozumieć tego kryterium inaczej, niż oczekiwania przez Zamawiającego należytego wykonania obowiązków przez kierownika budowy skoro kryterium nr 3 dotyczy nie doświadczenia samego wykonawcy ale doświadczenia osoby, którą ten wykonawca się posługuje. Tym samym indyferentne dla oceny tego kryterium byłoby prawidłowe lub nie wykonywanie obowiązków przez innych potencjalnych kierowników budów na tych samych realizacjach.

Podkreślić należy, iż Zamawiający pominął w swojej ocenie, że Zarząd Inwestycji Miejskich odnośnie wykonanych robót wskazał tylko, iż nie było jeszcze odbioru końcowego celem ustalenia czy zostały wykonane należycie. W żadnej części pisma nie stwierdził jednak, iż roboty te nie zostały wykonane należycie.

Ponadto Zamawiający nie wymagał od wykonawców wykazania prawidłowego wykonania robót stanowiących podstawę do przyznania punktacji według kryterium nr 3, a wyłącznie oświadczenia wykonawców w tym zakresie. Oświadczeniom takim przysługuje przymiot domniemania prawdziwości chyba że dowiedzione zostanie, że wykonawca oświadczył nieprawdę. Żaden z dokumentów otrzymanych przez Zamawiającego nie odnosi się jednakże do nieprawidłowego wykonania referencyjnych realizacji wskazanych w pkt 2 i 3 tabeli wypełnianej na potrzeby kryterium nr 3 – Przedszkolnych na ul. Asfaltowej i Cynamonowej wskazał jedynie, iż realizacje te są w toku (co nie wyklucza zgodnie z poczynionymi uwagami uznania ich za spełniające warunki do przyznania punktacji zgodnie z Kryterium nr 3 oceny ofert), nie wskazał jednocześnie w żadnej mierze by realizacje te były wykonywane nienależycie oraz wskazał, iż termin realizacji robót nie został przekroczony. Ponadto ZIM potwierdził, iż realizacje te spełniają wymogi kubaturowe postawione w Kryterium nr 3 oceny ofert – co więcej znacznie wymagania te przekraczają (odpowiednio ul. Asfaltowa ponad 66 tys. m3 i ul. Cynamonowa ponad 53 tys. m3).

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, również realizacje na ul. Asfaltowej i Cynamonowej spełniają warunki dla ujęcia ich dla celów punktacji przy ocenie Kryterium nr 3 oceny ofert.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 06.06.2023 r.). Zamawiający opisał czynności, jakie podejmował w zakresie oceny doświadczenia kierownika budowy, ocenianego w kryterium nr 3. Zamawiający początkowo przyznał maksymalną liczbę punktów, tj. 20 (za 3 i więcej realizacji spełniających kryterium kwalifikacji), a następnie w oparciu o informacje przekazane przez innego wykonawcę tą ocenę zweryfikował, wzywając Odwołującego do ustosunkowania się do przekazanych informacji. Następnie Zamawiający zwrócił się do inwestorów robót budowlanych z poz. 2 i 3 – Zarządu Inwestycji Miejskich we Wrocławiu oraz poz. 4 – Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego we Wrocławiu z pytaniami o wskazanie terminu, w jakim p. S.O. pełnił funkcję kierownika budowy, wymiar kubatury i potwierdzenie należytego wykonania robót. W przypadku inwestycji z poz. 2 i 3 inwestor potwierdził, iż roboty nie zostały zakończone i nie nastąpił odbiór końcowy celem potwierdzenia czy zostały wykonane należycie. Inwestor określił kubaturę obiektów na 66603m^3 (poz. 2) i 53410m^3 (poz.3). Odnośnie poz. 4 inwestor wskazał, iż osoba podana w pytaniu nie pełniła funkcji kierownika budowy. Mogła natomiast w zastępstwie kierownika w razie jego nieobecności pełnić tą funkcję, ale ustalenia te były dokonywane na poziomie Wykonawcy. Inwestor potwierdził kubaturę 10829,90m^3, jak również należyte wykonanie inwestycji. Komisja przetargowa uznała, iż poz. 2 i 3 nie może być zaliczona dla oceny punktowej, gdyż inwestycje nie zostały zakończone, a zatem nie można potwierdzić należytego wykonania. W odniesieniu do poz. Nr 4 Zamawiający uznał, iż z przekazanych informacji nie wynika, aby wskazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy. W przypadku okresowego pełnienia funkcji właściwym dokumentem, który potwierdzałby ten fakt jest kopia dziennika budowy, w którym byłby wpis poświadczający zastępstwo lub okres pełnienia funkcji kierownika budowy.

Ponowna ocena ofert wskazała doprowadziła do wskazania oferty przekraczającej środki, jakie Zamawiający zamierzał

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i na podstawie art. 255 pkt 3 Ustawy unieważnił postępowanie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę Odwołującego oraz wyjaśnienia i stanowiska stron w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

Zasadniczo okoliczności faktyczne prowadzące do ustalenia wyniku postępowania przetargowego nie budziły sporu. Stanowiska stron w sposób spójny prezentowały przebieg czynności podejmowanych w postępowaniu w zakresie oceny oferty Odwołującego, w tym okoliczności w jakich Zamawiający podjął decyzję o zmianie wcześniejszej oceny punktowej, co doprowadziło do wskazania jako najkorzystniejszej oferty, której cena nie mieściła się w środkach, jakie Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba swoje ustalenia ograniczyła do okoliczności związanych z podstawą zarzutu, które zasadniczo związane były z oceną oferty Odwołującego w kryterium dotyczącym doświadczenia kierownika budowy.

W ramach warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagała, m.in. wykazania dysponowania potencjałem kadrowym, w tym kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz posiadającym doświadczenie, tj. który w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika budowy na co najmniej 1 zakończonej robocie budowlanej polegającej na budowie lub/i rozbudowie lub/i przebudowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 10 000 m3.

Doświadczenie kierownika budowy, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia oceniane było w kryterium nr 3 – waga 20% (rozdział XVII swz). Zgodnie z opisem sposobu oceny ofert Zamawiający przyznawał punkty:

Za każdą realizację spełniającą poniższe warunki, na której w/w osoba w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy zamawiający przyzna punkty zgodnie z tabelą poniżej wyłącznie za te realizacje, które obejmowały swoim zakresem roboty budowlane polegające na budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 10000 m3, które to roboty zostały wykonane należycie.

Wartość punktowa kryterium	**Liczba punktów**
Ilość realizacji 1	0 pkt
Ilość realizacji 2	10 pkt
Ilość realizacji 3 i więcej	20 pkt

Podstawą oceny ofert będą informacje zawarte w Załączniku nr 2a do SWZ.
Kierownik budowy wskazany w Załączniku nr 2a do SWZ musi zostać uwzględniony również w Wykazie osób (Załącznik nr 7 do SWZ) składanym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.
Uwaga 1: W przypadku gdy Wykonawca Załączniku nr 2a do SWZ wskaże więcej niż 1 osobę, do przyznania punktów w kryterium będzie brany pod uwagę kierownik budowy z najniższym doświadczeniem.
Uwaga 2: Niepodanie w Załączniku nr 2a do SWZ wymaganych informacji, o których mowa niniejszym punkcie, skutkować będzie uzyskaniem w tym kryterium 0 pkt.

Odwołujący w załączniku 2a do swz wskazał na stanowisko kierownika budowy p. S.O. i opisał jego doświadczenie:

Lp.	**Nazwa i zakres roboty budowlanej, nad którą ww. osoba pełniła funkcję kierownika budowy Kubatura budynku (w m3) Termin i miejsce pełnienia funkcji kierownika budowy**
1	Budowa biurowca Twelve Wrocław ul. Oławska, - roboty budowlane polegające na budowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 10000 m3, termin pełnienia funkcji kierownika budowy 2015r. -2017r. we Wrocławiu
2	Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego przy ulicy Asfaltowej 6 we Wrocławiu roboty budowlane polegające na budowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 10000 m3, termin pełnienia funkcji kierownika budowy 2021r. -2022r. we Wrocławiu
3	Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego przy ulicy Cynamonowej 40 we Wrocławiu - roboty budowlane polegające na budowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 10000 m3, termin pełnienia funkcji kierownika budowy 2022r. -2023r. we Wrocławiu
4	Przebudowa budynku schronu przy Ładnej 22 we Wrocławiu - roboty budowlane polegające na przebudowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 10000 m3, termin pełnienia funkcji kierownika budowy 2020r. -2021r. we Wrocławiu
5	Przebudowa budynku biurowego przy ul. Jana Pawła II nr 8 we Wrocławiu – roboty budowlane polegająca na przebudowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 10000 m3, termin pełnienia funkcji kierownika budowy 2019r. -2020r. we Wrocławiu

Jednocześnie Wykonawca oświadczył, iż wszystkie roboty zostały wykonane należycie.

Na skutek weryfikacji informacji zawartych w załączniku nr 2a do swz Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnień od Wykonawcy oraz informacji od inwestorów zmienił wcześniejszą ocenę – 20 pkt i przyznał 10 pkt – odmawiając przyjęcia, jako potwierdzających doświadczenie oceniane w kryterium realizacji z poz. 2, 3 i 4.

Odwołujący w wyjaśnieniach z 28.04.2023 r. (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) odniósł się do doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, załączając korespondencję mailową prowadzoną przy pełnieniu tej funkcji z października i listopada 2020 r.

Odwołujący złożył, jako dowód oświadczenie z 24.04.2023 r., w którego treści nie ma informacji kto je składa. Zawiera ono treść: „Ja niżej podpisany oświadczam że podczas mojego urlopu i innych nieobecności zastępował mnie na stanowiska kierownika budowy obiektu „Archiwum Urzędu Wojewódzkiego przy ul. Ładna 22 pełnił S.O. uprawnienia budowlane nr 207/85/UW". Pod oświadczeniem znajduje się podpis i jak wskazał Odwołujący jest to oświadczenie kierownika budowy w czasie, którego nieobecności zastępować miał w pełnieniu obowiązków kierownika budowy Pan O.. Oświadczenie dodatkowo opatrzone zostało odręcznym podpisem wraz z klauzulą „potwierdzam O.". Oświadczenie to

Odwołujący załączył do pisma złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, a na rozprawie Odwołujący dodatkowo wnosił o przesłuchanie w charakterze świadka J. S., który pełnił obowiązki kierownika budowy. Ponadto, jak wynika z załączonej do pisma z 28.04.2023 r. korespondencji, Pan O. miał występować jako kierownik budowy w okresie październik-listopad 2020 r, co prowadzi do wniosku, iż nie był zaangażowany w całym okresie realizowanej inwestycji, co potwierdził sam Odwołujący na rozprawie określając jego zaangażowanie na kilka tygodni, przy inwestycji realizowanej w latach 2020 – 2021.

Zarząd Inwestycji Miejskich we Wrocławiu w informacji przekazanej Zamawiającemu w piśmie z 28.04.2023 r. potwierdził, iż dwie wskazane w wykazie (poz. 2 i 3) inwestycje nie zostały zakończone i są realizowane. Ponadto, inwestor potwierdził termin rozpoczęcia pełnienia funkcji kierownika budowy w dacie wskazanej odpowiednio na 21.06.2021 r. i 29.07.2022 r., co odpowiada początkowemu terminowi rozpoczęciu wskazanemu w wykazie w latach 2021 i 2022.

Dolnośląski Urząd Wojewódzki we Wrocławiu w piśmie z 10.05.2023 r. odpowiadając na pytania Zamawiającego wskazał, iż „Pan S.O. nie pełnił funkcji kierownika budowy na wskazanym zadaniu powyżej. Możliwym jest, że pełnił zastępstwo w przypadku nieobecności kierownika budowy, ale te ustalenia były dokonywane na poziomie Wykonawcy". Odpowiedź ta dotyczy roboty budowlanej pn. „Adaptacja budynku Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego we Wrocławiu przy ul. Ładnej 22 na potrzeby archiwum zakładowego" – wskazana w poz. 4 wykazu

Zamawiający dokonał otwarcia ofert w dniu 15.03.2023 r. podając wykonawcom informację o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, tj. 23.200.000,00 zł brutto. Żadna z ofert nie mieściła się w kwocie środków. Trzy oferty przekraczały kwotę 32 mln zł., a oferta Odwołującego była najtańsza – 29.894.000,00 zł brutto.

Zamawiający w dniu 16.05.2023 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Ustawy. Na podstawie przedstawionej informacji o punktacji Zamawiający wskazał, iż oferta najwyżej oceniona w rankingu – Berger Bau Polska Sp. z o.o. przewyższa środki, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający poinformował jednocześnie, iż nie zwiększy kwoty środków do ceny oferty nr 2.
Izba oddaliła odwołanie w całości.

Na wstępie odnosząc się do wskazanej, jako wystarczającej dla uwzględnienia odwołania, podstawy naruszenia art. 260 ust. 1 Ustawy, skład orzekający odmiennie ocenia stan faktyczny i konsekwencje, jakie dla skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej miał mieć rzekomy brak w zakresie uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania. Odwołujący podnosi, iż już samo naruszenie przez Zamawiającego art. 260 ust 1 Ustawy, zgodnie z celem tego przepisu i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, stanowi wystarczającą przesłankę do uwzględnienia niniejszego odwołania. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu brak właściwego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 16 maja 2023 r. Prezentując argumentację na poparcie tej tezy Odwołujący zasadniczo opierał się na założeniu, iż Zamawiający zobowiązany był do wykazania, iż nie mógł zwiększyć kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Należy przy tym zauważyć, iż za najkorzystniejszą Odwołujący uznawał ofertę własną, co było powiązane z oceną oferty w kryterium „doświadczenie kierownika budowy", w którym jego oferta miała uzyskać zaniżoną ilość punktów.

Odnosząc się do tej części zarzutów należy wskazać, iż Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Ustawy, gdyż cena oferty najkorzystniejszej (oferty nr 2) przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W sprawie okoliczności faktyczne nie były sporne, tak co do ustalenia wysokości ceny oferty BERGER BAU Polska Sp. z o.o. (32 662 170,74 zł.), jak i kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia podanej przed otwarciem ofert (23.000.000,00 zł) i zwiększonej uchwałą nr LVII/626/23 Rady Gminy Długołęka z dnia 20 kwietnia 2023 r. w sprawie zmiany wieloletniej prognozy finansowej Gminy Długołęka na lata 2023-2040 - do kwoty 30 500 000,00 zł. Należy również odnotować, iż w uzasadnieniu kwoty środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia nie zostały przywołane.

Kwestionując prawidłowość zawiadomienia o unieważnieniu postępowania Odwołujący zasadniczo wskazywał na obowiązek Zamawiającego podania uzasadnienia, iż nie może i dlaczego nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty (a nie samego wskazania, że tego nie zrobi). Zwłaszcza w sytuacji gdy z okoliczności sprawy wynika, iż decyzja o zwiększeniu tej kwoty została już przez Zamawiającego podjęta. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający zwiększył tę kwotę do 30 500 000, 00 zł. (co wystarczyło na sfinansowanie zamówienia w przypadku prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego - 29 894 000,00 zł.), o czym nawet nie wspomniał unieważniając postępowanie.

Zarzut stawiany Zamawiającemu zasadniczo Odwołujący odnosi do potrzeby uzasadnienia w decyzji o unieważnieniu postępowania powodów, które uzasadniałyby przyjęcie, iż Zmawiający nie może zwiększyć kwoty środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie, uwzględniając wynik oceny ofert nie budziło sporu stwierdzenie, że kwota zwiększona do 30.500.000,00 zł, nie pokrywa ceny oferty najwyżej ocenionej. Dopiero podważenie prawidłowości oceny oferty Odwołującego pozwoliłoby na sfinansowanie zamówienia zabezpieczoną na ten cel w budżecie kwotą środków.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Ustawa pozostawia Zamawiającemu decyzję w zakresie możliwości zwiększenia kwoty środków ponad te wskazane w momencie otwarcia ofert. Wynika to wprost z brzmienia przepisu art. 255 pkt 3 Ustawy w części – „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę (…)". Uwzględniając cel przepisu, jak i wykładnię norm unijnych, w których przyznaje się szeroki zakres uznania instytucjom zamawiającym, o czym świadczyć ma zastosowanie czasownika „móc", należy przyjąć, iż to instytucja zamawiająca znajduje się w najlepszej sytuacji dla oceny własnych możliwości i potrzeb, które mają być zrealizowane przy założonym poziomie finansowania (por. z orzeczeniem TSUE z dnia 31 marca 2022 r. w sprawie C-195/21 LB przeciwko Smetna palata na Republika Bułgaria). Również orzecznictwo Sądu Zamówień Publicznych prowadzi do wniosku, iż z normy tej nie wynika obowiązek wykazania braku możliwości zwiększenia kwoty środków, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a która w procedurze przetargowej jest ustalana przed terminem składania ofert i podawana do publicznej wiadomości wykonawcom przy otwarciu ofert. W wyroku z dnia 22.07.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 73/22 Sąd wskazał, iż decyzja co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia należy do zamawiającego, bowiem to zamawiający podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania i o budżecie na ten cel, a kwestia faktycznych zasobów finansowych nie ma w tej kwestii znaczenia. Określenie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia uzasadnia zastosowanie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4. Podwyższenie kwoty stanowi uprawnienie, a

nie obowiązek zamawiającego. Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierzał przeznaczyć. Wyrok ten zachowuje aktualność na gruncie obecnego brzmienia art. 255 pkt 3 Ustawy i oznacza, że dla stwierdzenia podstawy unieważnienia postępowania nie jest konieczne wykazywanie przez zamawiającego dlaczego nie może zwiększyć kwoty środków na sfinansowanie zamówienia, ponad kwotę jaką zamierzał wydatkować na potrzeby realizacji zamówienia. Zatem w sytuacji, gdy złożone oferty przekraczają kwotę środków wskazaną przy otwarciu ofert, uzasadnienie unieważnienia postępowania może sprowadzać się do samego przedstawienia faktów. Tym samym zarzut odwołania w tej części nie mógł prowadzić do podważenia skuteczności czynności unieważnienia postępowania.

Ponadto, należy ponownie wskazać, iż do uchylenia czynności unieważnienia postępowania mogły prowadzić wyłącznie zarzuty związane z oceną oferty Odwołującego w kryterium „doświadczenie kierownika budowy", co wymagała wykazania ich zasadności.

Tym samym decydującym dla wyniku postępowania odwoławczego było ustalenie, czy Zamawiający w sposób zgodny z kryterium oceny ofert dokonał oceny doświadczenia osoby wskazanej przez Odwołującego do pełnienia funkcji kierownika budowy. Spornym pomiędzy stronami było już samo rozumienie zapisu swz, w którym Zamawiający wskazał, iż przyzna punkty:

Za każdą realizację spełniającą poniższe warunki, na której w/w osoba w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy zamawiający przyzna punkty zgodnie z tabelą poniżej wyłącznie za te realizacje, które obejmowały swoim zakresem roboty budowlane polegające na budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 10000 m3, które to roboty zostały wykonane należycie.

Zdaniem Odwołującego z brzmienia swz nie wynika, aby punktowane miały być wyłącznie te realizacje, które zostały zakończone, a także, aby dla uznania doświadczenia koniecznym było pełnienie funkcji kierownika budowy przez cały okres realizacji budowy.

W ocenie składu orzekającego wskazany zapis swz nie pozwalał punktować doświadczenia, które dotyczyłoby inwestycji nie zakończonej, gdyż Zamawiający wymagał doświadczenia w realizacjach robót wykonanych należycie. Prezentowana w piśmie z 28.04.2023 r. interpretacja (podtrzymana w odwołaniu) – iż z zapisu tego wynikać miałoby, iż Zamawiający oczekiwał należytego wykonania obowiązków przez kierownika budowy, a zatem realizacja inwestycji nie musiała zostać zakończona, w ocenie składu nie ma uzasadnienia. W opisie kryterium oceny wprost wskazano, iż to roboty zostały wykonanie należycie, co należy odnieść do robót budowlanych, a nie wykonywanych obowiązków kierownika budowy. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, oceniane doświadczenie kierownika budowy nie musiało obejmować całego procesu budowlanego, a zatem nie miało przełożenia na sposób wykonania realizowanej inwestycji, końcowo ocenianej jako należycie wykonanej. Wynika z tego zatem, iż realizacja miała być zakończona, gdyż tylko wtedy można oczekiwać oceny inwestora – tj. po odbiorze inwestycji.

Przenosząc powyższe na sporną ocenę doświadczenia kierownika budowy, dwie realizacje z udziałem p. O., które jeszcze nie zostały zakończone (poz. 2 i 3 wykazu), nie mogły być brane pod uwagę na potrzeby kryterium. Nie zmienia tej oceny oświadczenie Odwołującego, iż roboty zostały wykonane należycie. W sytuacji, gdy na podstawie przedstawionych dowodów Zamawiający ustalił, iż prace nie zostały jeszcze zakończone, oświadczenie złożone w załączniku nr 2a do swz nie mogło prowadzić do przyznania punktów. Odwołujący składając wyjaśnienia w zasadzie kwestionował prawidłowość rozumienia postanowień swz, a nie ustalenia poczynione na podstawie informacji od inwestora. W przypadku, gdy informacje pozyskane w ramach weryfikacji oświadczeń wykonawcy prowadzą do odmiennej oceny doświadczenia Zamawiający nie może tej okoliczności pominąć, co sugeruje Odwołujący wskazując na wiążący charakter oświadczeń i możliwość oparcia oceny wyłącznie na ich treści. Takie podejście czyniłoby całkowicie iluzoryczną ocenę doświadczenia pozbawiając możliwości zakwestionowania dokonanej przez wykonawcę kwalifikacji inwestycji pod kątem kryterium oceny ofert. Zamawiający zobowiązany jest do zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, z czym stałoby w sprzeczności pominięcie ustaleń, które podważały pierwotną ocenę oferty opartą wyłącznie o oświadczenie wykonawcy.

Odnosząc się natomiast do trzeciej realizacji z poz. 4 – w ocenie składu Zamawiający nieprecyzyjnie opisał punktowane doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, co nie zostało opatrzone wskazaniem na cały proces budowy, czy też te etapy, które miałyby być realizowane pod nadzorem tego samego kierownika budowy. Tym samym nie można było ustalić, czy spełniającym kryterium będzie pełnienie funkcji w całym okresie realizacji robót budowlanych, czy też na jakimś ich fragmencie. Niezależnie od powyższego Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby pan O. pełnił funkcję kierownika budowy, co w świetle informacji, jakie posiadał Zamawiający prowadziło do uznania, iż również ta realizacja została przez Zamawiającego prawidłowo pominięta przy punktacji.

Zasadniczym w tej części było odniesienie się do dowodów wskazanych przez Odwołującego już na etapie wyjaśnień składanych w postępowaniu przetargowym, tj. oświadczenia kierownika budowy oraz korespondencji mailowej. Odwołujący złożył jako dowód oświadczenie z 24.04.2023 r., w którego treści nie ma informacji kto je składa. Zawiera ono treść: „Ja niżej podpisany oświadczam że podczas mojego urlopu i innych nieobecności zastępował mnie na stanowiska kierownika budowy obiektu „Archiwum Urzędu Wojewódzkiego przy ul. Ładna 22 pełnił S.O. uprawnienia budowlane nr 207/85/UW". Pod oświadczeniem znajduje się podpis i jak wskazał Odwołujący jest to oświadczenie kierownika budowy na czas którego nieobecności zastępować miał w pełnieniu obowiązków kierownika budowy Pan O.. Oświadczenie dodatkowo opatrzone zostało odręcznym podpisem wraz z klauzulą „potwierdzam O.". Oświadczenie to Odwołujący załączył do pisma złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, a na rozprawie Odwołujący dodatkowo wnosił o przesłuchanie w charakterze świadka J.S., który pełnił obowiązki kierownika budowy. Ponadto, jak wynika z załączonej do pisma z 28.04.2023 r. korespondencji, Pan O. miał występować jako kierownik budowy w okresie październik-listopad 2020 r, co prowadzi do wniosku, iż nie był zaangażowany w całym okresie realizowanej inwestycji, co potwierdził sam Odwołujący na rozprawie określając jego zaangażowanie na kilka tygodni, przy inwestycji realizowanej w latach 2020 – 2021. Materiał dowodowy nie został w postępowaniu odwoławczym uzupełniony o inne dokumenty, które mogłyby wskazywać, iż p. O. rzeczywiście został zgłoszony i formalnie wykonywał obowiązki kierownika budowy. Izba jednocześnie nie dopuściła dowodu zgłoszonego przez Odwołującego, tj. zeznań świadka – p. S., którego miał zastępować p. O. w czasie nieobecności. Mając na uwadze oświadczenia, które potwierdzały ten fakt, powołany dowód nie prowadziłby do ustalenia innych okoliczności, poza już stwierdzonymi w trakcie weryfikacji oświadczeń złożonych w załączniku 2a do swz. Izba uznała, iż zeznania świadka nie mogą zastępować dowodu z dokumentu, który był możliwy

do złożenia i potwierdzałby fakt formalnego i rzeczywistego wykonywania obowiązków kierownika budowy.

Ponieważ proces budowlany jest procesem sformalizowanym i dla objęcia funkcji kierownika budowy konieczne jest dopełnienie formalnych obowiązków, tj. złożenia oświadczenia przez kierownika budowy o objęciu pełnienia obowiązków, Odwołujący powinien był taki dowód przedstawić. Dowodu tego nie mogło zastąpić oświadczenie z 24.04.2023 r., które jest oświadczeniem złożonym przez inną osobę, a rzekomy kierownik miał je jedynie potwierdzić. Odwołujący nie przedstawił racjonalnego uzasadnienia dla wykazania, iż takie oświadczenie nie mogło być złożone osobiście przez p. O., jak również dlaczego jako świadek nie zostało powołany kierownik budowy, którego udział został kwestionowany. W tej sytuacji Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił dowodu, który pozwoliłby inaczej ocenić informacje uzyskane od inwestora, który również nie mógł potwierdzić udziału wskazanej osoby w realizacji w charakterze kierownika budowy.

Powyższe prowadziło do uznania, iż oferta Odwołującego nie mogła uzyskać większej liczby punktów, co wymagało wykazania, iż co najmniej jeszcze jedna realizacja spośród zakwestionowanych przez Zamawiającego powinna być zaliczona na potrzeby oceny w kryterium nr 3. Odwołujący w tym zakresie nie udźwignął ciężaru dowodowego, a wyjaśnienia związane z czasem oczekiwania na dokumenty uzyskiwane w trybie dostępu do informacji publicznej, nie były dla składu przekonujące. Mając bowiem na uwadze wątpliwości, jakie zostały Wykonawcy zakomunikowane już w trakcie oceny jego oferty, powinien on wystąpić z wnioskiem wcześniej. Na rozprawie Odwołujący nawet nie wykazał, aby z taką inicjatywą wystąpił, a całość argumentacji opierał na oświadczeniach osób, które nie mogły zastępować czynności formalnej, jaką jest objęcie obowiązków kierownika budowy. Ponadto, jak wynika ze złożonych wyjaśnień prokurenta, również nie można było potwierdzić udziału wskazanej osoby w czynnościach potwierdzanych wpisem do dziennika budowy, co tłumaczono dość lakonicznie charakterem tych czynności, czego nie można było w żaden sposób zweryfikować.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz koszty Zamawiającego i obciążyła nim Odwołującego w całości.

Przewodniczący:……...