Sygn. akt: KIO 3434/20

WYROK

z dnia 19 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **A. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Quadra Polska A. L. z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademię Muzyczną im. Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego –**A. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Quadra Polska A. L. z siedzibą w Bydgoszczy** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania uiszczoną przez Odwołującego –**A. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Quadra Polska A. L. z siedzibą w Bydgoszczy**tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy **A. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Quadra Polska A. L. z siedzibą w Bydgoszczy** na **rzecz Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..

Sygn. akt: KIO 3434/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Akademia Muzyczna w im. Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie funkcji Koordynatora technicznego z ramienia inwestora w projekcie pn. Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy", znak ZP-PN-17/A2020/2020.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.
W dniu 23 grudnia 2020 roku wykonawca A. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Quadra Polska A. L.z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia: wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty – ANPASS A. W. oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy ANPASS A. W. z postępowania.
W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1)art. 91 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty - ANPASS A. W. pomimo tego, iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle art. 91ust.l ustawy Pzp. Zamawiający niesłusznie przyznał ofercie ANPASS 30 pkt. w kryterium „doświadczenie zespołu" niezgodnie z warunkami SIWZ.
2)art. 22, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia oferty ANPASS A. W., zaniechanie uzupełnienia oferty pomimo nie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia
3)art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z pkt. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia oferty ANPASS A. W. pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania z uwagi na udział w przygotowaniu postępowania
4)art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez wybór oferty najkorzystniejsze z pominięciem zasad określonych w SIWZ, w sposób dyskryminujący Odwołującą i nie mający logicznego uzasadnienia.
Odwołujący wniósł o:
1)unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 18.12.2020r. wyboru najkorzystniejszej oferty ANPASS A. W.;
2)powtórzenie czynności oceny ofert;
3)wybór oferty A.L. Quadra Polska jako oferty najkorzystniejszej
4)zasądzenie kosztów postępowania według przedłożonej faktury.
Ponadto z ostrożności Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych.
W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:
1.Zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp- przyznanie punktacji w kryterium „doświadczenie zespołu" niezgodnie

z SIWZ
Zamawiający ustalił w pkt. 19.3 SIWZ trzy kryteria oceny ofert:
CENA- 40pkt
Doświadczenie w realizacji budownictwa pasywnego - 20 pkt
Dodatkowe doświadczenie zespołu Wykonawcy - 30pkt
W ramach kryterium doświadczenia zespołu wykonawcy Zamawiający przyznawał punkty w sposób następujący:
X1 - wykonanie przez członka zespołu Wykonawcy usługi polegającej na nadzorze nad projektowaniem lub nadzorze nad realizacją prac budowlanych przy budowie lub adaptacji Sali koncertowej wraz z nadzorem nad realizacją badań akustycznych w ww. Sali koncertowej- 10 pkt.
X2 - wykonanie przez członków zespołu Wykonawcy usługi polegającej na nadzorze nad projektowaniem lub nadzorze nad realizacją prac budowlanych przy budowie /adaptacji studia nagrań
X3 - wykonanie przez członka zespoły Wykonawcy usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru/Kierownika Budowy na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni min. 30 000m^2.
Odwołujący przywołał również postanowienia SIWZ opisujące zasady oceny w ww. podkryteriach: „Potwierdzeniem posiadania przez Wykonawcę dodatkowego doświadczenia jest wykaz zadań inwestycyjnych zawierający wszystkie informacje (dane wymienione w tabeli powyżej), które pozwolą Zamawiającemu ocenić to doświadczenie (m.in. nazwa i adres inwestycji, zakres robót, nazwa i adres zamawiającego, terminy realizacji, stan zaawansowania itp.) oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi. W przypadku braku wszystkich informacji Wykonawca otrzyma w danym podkryterium 0 pkt.
Punkty w ramach niniejszego kryterium otrzyma tylko ten Wykonawca, który wykaże się dodatkowym doświadczeniem członka zespołu tj. dla inwestycji innych, niż wymienione jako doświadczenie Wykonawcy wykazane dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Zamawiający w podkryteriach X1, X2, X3 nie dopuszcza wskazania osób innych niż osoby, które będą faktycznie świadczyć usługę.”.
Następnie Odwołujący podniósł, że wykonawca ANPASS w formularzu oferty wykazał:
1/ XI- nadzór nad realizacją prac budowlanych Sali koncertowej i nad realizacją badań akustycznych na rzecz Akademii Muzycznej w Bydgoszczy. Wykonawca dołączył dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi - załącznik 7 i 8 do oferty
2/ X2 - nadzór nad projektowaniem i realizacją prac budowlanych przy budowie studia nagrań na rzecz Akademii Muzycznej im. F. Nowowiejskiego w Bydgoszczy. Wykonawca dołączył dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi - załącznik 7 i 9 do oferty.
3/ X3 - pełnienie funkcji kierownika budowy na budowie szpitala w Lipnie, pełnienie funkcji kierownika zespołu budów szpitala w Grudziądzu na rzecz Zarząd dawnego województwa włocławskiego P.P. Dyrekcja Budowy Szpitala w Grudziądzu. Wykonawca dołączył dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi - załącznik 10, 11, 12, 13 do oferty.
Ad. XI Odwołujący przedstawił następującą argumentację:
Załącznik nr 8 do oferty tj. referencja z 20.04.2020 r. wystawiona przez Akademię Muzyczną w Bydgoszczy potwierdza, iż Pan A. W. był w okresie od 1.02.2018-31.12.2009r. inspektorem nadzoru przy robotach rozbiórkowych oraz wykonaniu zespołu sal ćwiczeń baletowych wykończonych okładzinami akustycznymi wraz z zapleczem (szatnie, natryski, ubikacje) oraz węzła c.o. łącznie z oddaniem tej części budynku do użytkowania.
Następnie był kierownikiem projektu unijnego „Roboty odtworzeniowo- konserwatorskiej zabytkowej Sali koncertowej oraz elewacji zabytkowego budynku z przywróceniem jej XIX wiecznego stanu zgodnie z zatwierdzonym projektem w okresie od 1.01.2010-31.10.2013r. Zakres czynności obejmował wykonanie sali koncertowej z antresolą z siedzeniem dla publiczności z wykończeniem akustycznym ścian i sufitu.
W ocenie Odwołującego, z powyższej informacji nie wynika, aby p. A. W. czynił nadzór nad pracami budowlanymi sali koncertowej. Wykonawca posiada jedynie uprawnienia do nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej.
Odwołujący stwierdził, że wykonywanie funkcji kierownika projektu unijnego nie jest jednoznaczne z wykonywaniem nadzoru nad projektowaniem lub realizacją prac budowlanych przy budowie lub adaptacji sali koncertowej.
Wątpliwości Odwołującego budziło również czy wykonywanie robót odtworzeniowo - konserwatorskich sali koncertowej spełnia wymóg pełnienia nadzoru na budową lub adaptacją sali koncertowej w rozumieniu prawa budowlanego. W ocenie Odwołującego nie. Ponadto Odwołujący wskazał, że z referencji dotyczących „Robót odtworzeniowo - konserwatorskich zabytkowej Sali koncertowej” nie wynika, że p. W. pełnił nadzór merytoryczny nad realizacją badań akustycznych w ww. sali. Z dokumentów będących załącznikiem do oferty wynika, że jest on inżynierem budownictwa z uprawnieniami do nadzorowania/kierowania robotami w branży konstrukcyjno- budowlanej, nie ma natomiast dokumentów, z których wynikałoby że ma jakiekolwiek uprawnienia do nadzoru nad badaniami akustycznymi. Odwołujący zauważył, że wykonawca przedłożył wyniki pomiarów akustycznych z lipca 2013r. sporządzonych przez dr. P. P. w których uczestniczył z ramienia Akademii p. A. W.. W ocenie Odwołującego, z powyższego nie wynika, aby p. A. W. sprawował nadzór nad badaniami prowadzonymi przez P. P. . Samo uczestnictwo w badaniach nie rodzi domniemania sprawowania merytorycznego nadzoru nad realizacją badań.
Ad. X2 Odwołujący przedstawił następującą argumentację:
Z przedłożonej referencji z dnia 20.04.2020 r. oraz z poświadczenia wystawionego przez firmę Konsbud Audio nie wynika aby p. A. W. wykonał należycie nadzór nad realizacja prac projektowych i budowlanych przy budowie/adaptacji studia nagrań.
Z referencji z dnia 20.04.2020 r. wynika, iż p. A. W. był kierownikiem projektu unijnego pod nazwą „Modernizacja obiektu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy dla celów dydaktycznych wraz z pierwszy wyposażeniem” w okresie od 01.01.2010-31.10.2013 r. co nie jest równoznaczne z nadzorem inspektorskim nad budową/ adaptacją studia nagrań. Zakres czynności obejmował wykonanie części dydaktycznej z wykończeniem sal dydaktycznych, studia nagrań a nie budowę/ adaptację studia nagrań.
Natomiast z poświadczenia firmy Konsbud Audio wynika, iż p. A. W. pełnił nadzór nad projektem wykonawczym oraz realizacją prac instalacyjno- montażowych w ramach umowy pod nazwą „Dostawa i uruchomienie sprzętu dla studia reżyserii dźwięku” a nie nad projektowaniem budowy/ adaptacji studia nagrań.
Ad. X3 Odwołujący przedstawił następującą argumentację:
Z przedłożonych opinii o pracowniku Przedsiębiorstwa Budowy Obiektów Użyteczności Publicznej Budopol z 21.11.1983 r. oraz opinii z 15.05.1989 r. i opinii z 31.05.1989r tabeli powierzchni obiektów budowy szpitala w Lipnie, informacji ze strony internetowej o Szpitalu nie wynika aby A. W. prawidłowo zrealizował usługę polegającą na pełnieniu funkcji

inspektora nadzoru/ kierownika budowy na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni min. 30 000 m^2.
Wobec powyższego, Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca ANPASS A. W. winien otrzymać0 pkt w kryterium „dodatkowe doświadczenie zespołu Wykonawcy" co spowodowałoby, iż ofertą najkorzystniejszą byłaby oferta firmy Quadra Polska A. L. .

2.zarzut zaniechania wykluczenia oferty ANPASS A. W., zaniechanie uzupełnienia oferty pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia - art. 22, art. 26 ust.3 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 7.2.3. a) SIWZ Wykonawca miał przedstawić, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonał:

(i)Co najmniej 1 usługę polegającą na koordynacji realizacji działań inwestycyjnych dla obiektu użyteczności publicznej o kubaturze 7000m^3 w którym łącznie realizowane były branże: akustyka, elektroaktustyka i technika sceniczna;

(ii)Rozliczał i sprawozdawał do jednostek zewnętrznych co najmniej jedną realizację inwestycji dla obiektu użyteczności publicznej o wartości min. 2 mln zł brutto;

(iii)Brał udział w przygotowaniu i przeprowadzeniu zamówienia publicznego po stronie Zamawiającego o wartości równej bądź przekraczającej wartość od których zgodnie z art. 11 ust.8 Pzp uzależniony jest obwiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

b) posiada minimum 5 letnie doświadczenie w nadzorze robót budowlanych

Zgodnie z pkt 7.2.3. lit. c) SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku 7.2.3 ust. a) pkt i-iii Wykonawca wypełni załącznik nr 5 oraz dołączy referencje bądź inne dokumenty pozwalające Zamawiającemu zweryfikować prawdziwość przedstawionych danych. Na potwierdzenie spełnienia warunku 7.2.3. ust. b) możliwe jest przedstawienie uprawnień wystawionych przed lipcem 2015 r. lub wskazanie inwestycji sprzed 2015 r. w której Wykonawca pełni rolę inspektora nadzoru bądź kierownika Projektu.
Odwołujący podniósł, że wykonawca w wykazie usług wykazał 3 usługi o nazwie „ inspektor nadzoru inwestorskiego kierownik projektów unijnych" realizowane na rzecz Akademii Muzycznej w Bydgoszczy. Wykonawca dołączył dokument potwierdzający należyte wykonanie usług- załącznik 7,14 do oferty. Z przedłożonych referencji wystawionych przez Akademię Muzyczną w Bydgoszczy z dnia 20.04.2020 r. oraz pisma Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z 28.01.2011 r., w ocenie Odwołującego nie wynika, aby firma ANPASS A. W. spełniła warunek doświadczenia określony w pkt. 7.2.3 lit. a) i-iii. W szczególności Wykonawca, nie wykazał spełnienia warunku, że brał udział w przygotowaniu i przeprowadzeniu zamówienia publicznego po stronie Zamawiającego o wartości równej bądź przekraczającej wartość od których zgodnie z art. 11 ust.8 Pzp uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.
Wobec powyższego A. W. winien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego Zamawiający zaniechał błędnie uznając, iż warunek został spełniony.

3.zarzut zaniechania wykluczenia oferty ANPASS A. W. pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania z uwagi na udział w przygotowaniu postępowania- art. 24 ust. 1 pkt. 19 w związku z pkt. 16 ustawy Pzp

Odwołujący podkreślił, że postępowanie nr PN-ZP 12/A2020/2020 dotyczy projektu pn. „Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy", realizowanego od lat przez Zamawiającego. Z informacji zamieszczonych na stronie Zamawiającego wynika że p. A. W. jest zatrudniony przez Zamawiającego jako główny specjalista ds. inwestycji i brał bezpośredni udział w przygotowaniu dokumentacji projektu pn.: Budowa Kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy. Bezpośredni udział w przygotowaniu inwestycji polegał min na udziale w komisji konkursowej wyłaniającej zespół projektowy, sporządzeniu/weryfikowaniu kosztorysu dla tej inwestycji. Ponadto A. W. reprezentował Zamawiającego na targach BUDMA w lutym tego roku prezentując tam projekt Kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy. Jest więc osobą bezpośrednio zaangażowaną w realizację tego projektu. Pozostaje więc w takim stosunku prawnym i faktycznym z Zamawiającym, że budzi to uzasadnione wątpliwości co do bezstronności osób oceniających oferty w niniejszym postępowaniu. Odwołujący stwierdził ponadto, że Oświadczenie A. W., iż nie uczestniczył w przygotowaniu dokumentacji zamówienia publicznego o numerze ZP-PN-17/A2020/2020 jest nieprawdziwe. W ocenie Odwołującego, oferta firmy ANPASS podlega wykluczeniu, gdyż wieloletnia współpraca A. W. z Zamawiającym w charakterze inspektora nadzoru, kierownika projektów unijnych, w tym pomoc przy przygotowaniu niniejszego postępowania stawia go w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych Wykonawców.
Podsumowując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż wobec firmy ANPASS A. W. dokonał oceny z pominięciem SIWZ.

W dniu 5 stycznia 2021 r. zamawiający ustosunkował się do zarzutów odwołania, przekazując swą odpowiedź Odwołującemu, na rozprawie wniósł o traktowanie tej odpowiedzi jako odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania w całości za bezzasadne i wskazał co następuje.
Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp badając oferty Wykonawców zwrócił się do firmy ANPASS A. W. o złożenie stosownych wyjaśnień i udokumentowanie spełniania warunku 7.2.3 iii SIWZ. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty po otrzymaniu w/w dokumentów. Mając na uwadze powyższe Zamawiający podtrzymuje decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty.
Jednocześnie Zamawiający odniósł się do zarzutów stawianych w odwołaniu w następujący sposób:

Ad. Zarzut 1 - Wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty poprzez przyznanie 30 punktów w kryterium „doświadczenie zespołu Wykonawcy".

Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego w zakresie błędnej oceny oferty jako bezzasadne. Zamawiający wskazał, że analizując złożone oferty sprawdzał poprawność i zakres przedstawionych dokumentów. W wyniku analizy stwierdził co następuje:
Kryterium XI - Nadzór nad pracami sali koncertowej - nadzór w branży konstrukcyjno-budowlanej dotyczy nie tylko nadzoru nad wykonywaniem konstrukcji (wykonano konstrukcję antresoli), ale również obejmuje nadzór nad wszelkimi pracami ogólnobudowlanymi, włącznie z wykończeniowymi, w tym okładzin akustycznych sufitu i ścian. Z zakresu obowiązków Umowy mgr inż. A. W. na stanowisku Kierownika projektu wynikają te obowiązki (punkty: 1,2,3,5,6,12,14 - w załączeniu umowa).
Wykonywanie robót odtworzeniowo-konserwatorskich sali koncertowej spełnia wymóg pełnienia nadzoru nad budową lub adaptacją sali koncertowej nie tylko w rozumieniu .Prawa budowlanego", ale również w rozumieniu. Ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami". Roboty nadzorowane przez Kierownika projektu prowadzone były w budynku wpisanym do rejestru zabytków. Nadzór nad takimi robotami może sprawować tylko osoba posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi i pełnienia nadzoru przy zabytkach nieruchomych. Takie uprawnienia posiadał mgr inż.

A. W., jako jedyny z zespołu nadzorującego (w załączeniu uprawnienia oraz opinia).
Uczestnictwo w badaniach akustycznych było właśnie sprawowaniem merytorycznym nadzoru nad realizacją badań, w tym przygotowaniem sali koncertowej do badania wg wytycznych zespołu przeprowadzającego badania, a do tego nie są wymagane uprawnienia do badań akustycznych.
Kryterium X2 - W trakcie realizacji projektu inwestycyjnego w budynku przy ul. Gdańskiej 20 powstało nowe studio nagrań. Pomieszczenie to zostało wykonane w technice „box-in-box" jako oddzielne pomieszczenie i przeznaczone wyłącznie do celów realizacji nagrań (sale montażu i odsłuchu nagrań objęte tym projektem znajdują się w innych pomieszczeniach). Zakres nadzoru podano w zakresie obowiązków umowy kierownika projektu.
Kryterium X3 – Zamawiający podniósł, że nie jest w stanie odnieść się do tego typu dywagacji, ponieważ zdaniem Zamawiającego ocena kryterium dotyczyła posiadania doświadczenia, a nie oceny jakości zdobytego doświadczenia. Z dostarczonej dokumentacji przez firmę ANPASS Zamawiający otrzymał informację o: powierzchni budowy podlegającej ocenie oraz o funkcji jaką pełnił członek zespołu Wykonawcy na w/w budowie. Zarówno powierzchnia obiektów, jak i rodzaj i zakres świadczonego zlecenia pokrywały się z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w SIWZ. Zamawiający wskazał, że dodatkowo, chociaż nie stanowi to przedmiotu oceny, dołączone referencje pozwoliły Zamawiającemu stwierdzić, że praca została wykonana z należytą starannością.
Reasumując, po przeanalizowaniu dołączonej dokumentacji, zdaniem Zamawiającego, oferta firmy ANPASS A. W. spełniła przesłanki do przyznania wskazanych punktów. Zamawiający zwraca uwagę, że pomimo wykazania w formularzu oferty zadań potwierdzających możliwość uzyskania punktów w kryteriach XI-X3, firma Quadra Polska nie dostarczyła na wezwanie dokumentów potwierdzających prawdziwość podanych danych. Zamawiający wskazał, że powyższa sytuacja nasuwa Zamawiającemu szereg wątpliwości, abstrahując od uczciwości, co do rzetelności Wykonawcy.
Zamawiający podkreślił, że nieprawdą jest również zawarte w odwołaniu stwierdzenie, że przyznanie 0 pkt w kryterium „doświadczenie zespołu Wykonawcy" spowodowałoby, że oferta Quadra Polska byłaby ofertą najkorzystniejszą. Ze złożonej oferty wynika, że Odwołujący uzyskał 50 pkt., natomiast, nawet po odjęciu wspomnianych 30 pkt. oferta firmy ANPASS uzyskałaby 55,46 pkt.

Ad. zarzut 2 - Zaniechanie wykluczenia oferty ANPASS A. W., zaniechanie uzupełnienia oferty pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia - art. 22, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
Nieprawdą jest, że Zamawiający nie wezwał firmy ANPASS do złożenia uzupełnień i wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że nie wie skąd Odwołujący powziął taką informację. Powtarzając, jak na wstępie, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień i uzupełnień. W odpowiedzi na wezwanie o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W wyniku czego Wykonawca wykazał się posiadaniem właściwego doświadczenia (7.2.3 iii SIWZ -Brał udział w przygotowaniu i przeprowadzeniu zamówienia publicznego po stronie Zamawiającego o wartości równej bądź przekraczającej wartość od których zgodnie z art.11 ust. 8 Pzp uzależniony jest obwiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej) W ramach projektu inwestycyjnego, którego mgr inż. A. W. był Kierownikiem, przygotował i przeprowadzał m.in. postępowanie o numerze DG-24/6/D/2012 spełniające warunek stawiany w SIWZ.

Ad. zarzut 3 - Zaniechanie wykluczenia oferty ANPASS A. W. pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania z uwagi na udział w przygotowaniu postępowania- art. 24 ust. 1 pkt. 19 w związku z pkt. 16 ustawy Pzp.
Na wstępie Zamawiający zaznaczył, że powyższa kwestia była już podnoszona przez Wykonawcę i Zamawiający udzielał na nią kilkakrotnie odpowiedzi, zarówno w unieważnionym postępowaniu nr PN-ZP-12/A2020/2020 jak również w kolejnym postępowaniu PN-ZP- 17/A2020/2020. W ocenie Zamawiającego, istotnym jest również fakt, że firma Quadra Polska jako podmiot przystępujący do odwołania ws. postępowania na Inżyniera Kontraktu projektu Budowa nowego kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy, które było ogłoszone w terminie wcześniejszym niż postępowanie na Koordynatora technicznego projektu, zaznajomił się z pełną dokumentacją projektu.
Ponadto Zamawiający zauważył, że postępowanie nr PN-ZP-12/A2020/2020 nie dotyczyło Budowy kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy lecz „Pełnienia funkcji koordynatora nadzoru technicznego" w tym projekcie, co stanowi znaczącą różnicę. Ponadto Zamawiający zauważył, że od Wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu jak i w postępowaniu nr PN-ZP-17/A2020/2020nie była wymagana znajomość dokumentacji projektu, o czym świadczą zapisy przedmiotowego SIWZ. Podobnie zakres przedmiotu zamówienia w żaden sposób nie obejmuje znajomości projektu. Głównym zadaniem Koordynatora technicznego będzie rozliczanie i kontrolowanie jakości pracy Inżyniera Kontraktu (postępowanie ogłoszone 16.10.2020r. procedura nadal trwa). Obowiązki i faktyczne działania Koordynatora wynikać będą z sytuacji na budowie oraz raportowaniu do Ministerstwa Kultury Dziedzictwa Narodowego i Sportu postępów rzeczowych robót i ich rozliczeń finansowych, co w żaden sposób nie ma związku z uprzednią znajomością bądź brakiem znajomości dokumentacji projektowej. Stąd twierdzenie, że uczestnictwo w pracach projektowych obiektu miałoby stawiać w uprzywilejowanej pozycji jednego z Wykonawców w fazie realizacji zadania, w przypadku Koordynatora technicznego zadania (po raz kolejny odwołujemy się do zakresu zadań określonego w SIWZ), w ocenie Zamawiającego jest bezzasadne.
Zamawiający odnośnie, argumentu jakoby p. A. W. reprezentował uczelnię na targach budownictwa BUDMA w lutym 2020 r. po raz kolejny poinformował, że nie delegował p. A. W. na targi, nie udzielał pełnomocnictwa p. A. W. do reprezentowania uczelni, zakres zlecenia dla p. A. W. nie obejmował reprezentacji uczelni, ani w żadnej innej formie nie wskazywał p. A. W. jako osoby mogącej wypowiadać się w imieniu Akademii Muzycznej im. F. Nowowiejskiego w Bydgoszczy. Zamawiający wskazał, że z zebranych przez niego informacji wynika, że p. A. W. był podczas targów prelegentem w panelu budownictwa pasywnego, prezentując budowę, którą osobiście nadzorował. W drugim dniu konferencji przekazał zebranym krótką informację o zamiarze budowy Kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy w formule obiektu pasywnego, a nie omawiał tego projektu. Na zakończenie, Zamawiający zauważył, że ze względu na insynuacje dotyczące braku obiektywizmu ze strony pracowników Zamawiającego w postępowaniu nr PN-ZP-12/A2020/2020, w kolejnym postępowaniu wprowadził dodatkowy element (oświadczenie wykonawcy o braku wpływu na postępowanie). Ponadto Zamawiający nadmienił, że żaden z elementów oceny oferty nie miał charakteru subiektywnego kryterium, w którym pracownicy Zamawiającego mieliby nie zachować obiektywizmu.
Reasumując, Zamawiający stwierdził, że po przeprowadzeniu analizy dokumentacji obu postępowań (w szczególności opisu przedmiotu zamówienia), zakresów obowiązków, umów i dotychczasowej współpracy z p. A. W. nie dostrzega elementów mogących świadczyć o uprzywilejowanej pozycji firmy ANPASS A. W. w stosunku do innych uczestników postępowania. Zauważył również, że pomimo otrzymania pełnej dokumentacji, ofert Wykonawcy, zakresów obowiązków z poprzednich okresów zatrudnienia oraz obszernych wyjaśnień, Odwołujący nie wykazał w żadnym z pism konkretnego

punktu/zapisu/obowiązku, który miałby stanowić o uprzywilejowanej pozycji, ograniczając się do ogólników i częstokroć, zdaniem Zamawiającego, manipulacji zapisami, tak aby poddać pod wątpliwość wykonywane przez Zamawiającego czynności.
Zamawiający zdecydowanie nie zgodził się również z twierdzeniem jakoby którykolwiek z uczestników postępowania był dyskryminowany. Fakt złożenia gorszej oferty (w obu postępowaniach) wynikał z obiektywnych kryteriów:

- brak doświadczenia w nadzorowaniu budowy obiektów pasywnych,
- niedostarczenia dokumentów potwierdzających posiadanie zdeklarowanego w formularzu oferty doświadczenia,

co przy zbliżonej, zaproponowanej przez Wykonawców, cenie usługi oraz maksymalnej liczbie punktów dla obu Wykonawców w kryterium dostępności (K4) spowodowało uzyskanie niższej punktacji.
W ocenie Zamawiającego brak było również podstaw do wysnuwania innych wniosków dotyczących zarzutów wskazanych w odwołaniu (jak i poprzednich pismach Wykonawcy).
Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Izba ustaliła, że:

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia pn. „Pełnienie funkcji Koordynatora technicznego z ramienia inwestora w projekcie pn. Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy", znak sprawy PN/28/20/HCKY.
Izba ustaliła, że postanowienia SIWZ przywołane powyżej w odwołaniu a dot. warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert objętych zarzutami są zgodne ze stanem faktycznym, wobec tego bezzasadne jest ich ponowne przytaczanie.
Wykonawca ANPASS A. W. złożył wraz z ofertą oświadczenia o braku wpływu na opracowanie dokumentacji zamówienia publicznego, w którym oświadczył, że: pozostaje w stosunku prawnym z Zamawiającym, nie uczestniczył w przygotowaniu dokumentacji zamówienia publicznego o numerze ZP-PN-17/A2020/2020, brak jest pracowników Zamawiającego zatrudnionych u wykonawcy bądź w podmiotach bezpośrednio z nim powiązanych.
W dniu 14 grudnia 2020 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę ANPASS A. W. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie przedstawienia dokumentacji potwierdzającej dostarczone referencje, w zakresie dostarczenia dokumentów dot. spełniania warunku 7.2.3 a) (iii) SIWZ.
Wykonawca ANPASS A. W. w dniu 16 grudnia 2020 r. złożył wyjaśnienia wraz z kopią protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i montaż ośmiu sztuk fortepianów w tym (2 sztuk) fortepianów mistrzowskich koncertowych STEINWAY model B-211 lub równoważnych oraz sześciu sztuk fortepianów w tym (2 sztuk) typu YAMAHA C6 XA lub równoważnych oraz (4 sztuk) fortepianów typu YAMAHA C3 XA lub równoważnych dla studentów i nauczycieli akademickich Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy dotyczące Projektu RPO pn. „Modernizacja obiektu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy dla celów dydaktycznych wraz z pierwszym wyposażeniem."

W dniu 15 grudnia 2020 r. zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające ws. zarzutów firmy Quadra Polska o naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez firmę ANPASS A. W. w postępowaniu Nr ZP-PN-17/A2020/2020.

W dniu 18 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty ANPASS A. W. .

Ponadto z przedstawionej Izbie dokumentacji przetargowej nie wynika, aby pan A. W. brał udział w przygotowaniu postępowania przede wszystkim nie był członkiem komisji przetargowej powołanej na potrzeby postępowania, nie został odnotowany w protokole
postępowania jako osoba przygotowująca: opis przedmiotu zamówienia, opis warunków
udziału w postępowaniu, opis kryteriów oceny ofert oraz nie został podany jako osoba
ustalająca wartość zamówienia. Osoby wykonujące ww. czynności w postępowaniu
wymienione w protokole z postępowania złożyły oświadczenia na podstawie art. 17 ustawy Pzp na drukach ZP-1.

Izba ustaliła, że pan A. W. w oparciu o umowę nr 245/KD/DG/DS./SK/ZP/2019 zawartą w dniu 30 grudnia 2019 r. świadczy Zamawiającemu usługi nadzoru inwestorskiego. Do zakresu jego zadań należy m.in. przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia (wraz z niezbędną dokumentacją) dla wybranych do realizacji zadań zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz określanie szacunkowego kosztu wskazanych robót remontowych i awaryjnych z podaniem przedmiarów robót.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, oraz
- art. 22 ustawy Pzp, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: nie podlegają wykluczeniu; spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Ponadto z przepisu tego wynika, iż Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; sytuacji ekonomicznej lub finansowej; zdolności technicznej lub zawodowej;

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania;
- art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z pkt 16 ustawy Pzp – które stanowią, iż z postępowania wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu, oraz wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzający, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż Izba stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący formułując odwołanie zobowiązany jest podnieść zarzuty wobec zaniechań lub czynności Zamawiającego, na które oprócz podstawy prawnej składa się również podstawa faktyczna. Powyższe oznacza konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w sposób, który pozwoli Izbie na dokonanie oceny kwestionowanych czynności czy zaniechań Zamawiającego a także uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Przechodząc do oceny podniesionych zarzutów, Izba wskazuje, iż podziela pogląd wyrażony w wyroku z dn. 2 października 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1832/19, iż niewystarczające jest ogólnie powołanie się na treść warunku udziału, koniecznym jest doprecyzowanie w jakiej części warunek ten nie został przez wykonawcę spełniony, jednocześnie wykazując w postępowaniu odwoławczym (poprzez złożone dowody) zasadność swoich twierdzeń. (…) Zatem ogólne niedoprecyzowane twierdzenie, nie tworzy zarzutu. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 22 oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp i niespełnienia warunków udziału w postępowaniu pkt. 7.2.3 lit. a) (i) oraz (ii) SIWZ Odwołujący nie wskazał żadnej podstawy faktycznej podnoszonego zarzutu – w odwołaniu stwierdzono jedynie, że ANPASS tych warunków nie spełnia, nie przedstawiając żadnej szerszej argumentacji co do zakresu niespełniania określonych warunków. W takim przypadku nie sposób uznać, aby Odwołujący w sposób prawidłowy postawił zarzut, na który składają się przecież zarówno okoliczności prawne, jak i faktyczne, uzasadniające dany zarzut. Brak uzasadnienia faktycznego zarzutu bądź wysoki poziom jego enigmatyczności, który uniemożliwia jakąkolwiek ocenę jego zasadności w konsekwencji musi prowadzić do jego oddalenia. W ocenie Izby argumentacja przedstawiona w zakresie tych warunków na rozprawie stanowiła rozszerzenie zarzutów i jako taka nie mogła zostać uwzględniona przy wydawaniu orzeczenia. Wytłumaczenia dla takiego sformułowania zarzutów nie może stanowić argumentacja Odwołującego, iż zarzuty są nieprecyzyjne, gdyż przedstawione przez wybranego wykonawcę usługi są opisane w sposób niejednoznaczny i nie ma możliwości określenia, która konkretnie usługa potwierdza który warunek i jego element. Tym bardziej, iż na rozprawie Odwołujący wskazywał, iż w opisie zrealizowanych usług brak jest np. informacji o prowadzeniu rozliczeń i sprawozdawczości na określoną kwotę lub, że brak jest informacji o realizacji branży akustycznej, scenicznej w ramach wskazanych usług, czyli był w stanie wskazać zakres, którego w jego ocenie wykonawca nie wykazał. Izba wskazuje, iż w przypadku opisania przez wybranego wykonawcę realizowanych usług w sposób ogólny, konieczne było co najmniej wskazanie w jakim zakresie kwestionowane warunki nie były spełnione/wykazane, a tego Odwołujący zaniechał, co prowadzi do oddalenia zarzutu naruszenia art. 22, 26 ust. 3 ustawy Pzp odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego zgodnie z 7.2.3 lit. a) (i) oraz (ii) SIWZ.

Kwestionując spełnianie warunków udziału w postępowaniu Odwołujący zakwestionował również spełnianie przez ANPASS A. W. warunku określonego w pkt7.2.3 lit. a) (iii) SIWZ. Odwołujący wskazał, że wykonawca w szczególności nie wykazał, że brał udział w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o zamówienie publiczne, po stronie Zamawiającego o wartości równej bądź przekraczającej wartość od których zgodnie z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji UE. Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, iż p. A. W. wykazał udział w przygotowaniu do przeprowadzeniu zamówienia publicznego po stronie zamawiającego o wartości przekraczającej tzw. progi unijne. Zamawiający w dniu 14 grudnia 2020 r. wezwał wykonawcę ANPASS A. W. do dostarczenia dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku. Faktem jest, że podstawą tego wezwania nie był art. 26 ust.3 ustawy Pzp lecz art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, odnoszący się jak słusznie zauważył Odwołujący do postępowania prowadzonego w tzw. „procedurze odwróconej", jednakże w ocenie Izby nie ma to wpływu na ocenę dokumentów złożonych w wyniku tego wezwania. Wykonawca przedłożył kopię protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i montaż ośmiu sztuk fortepianów w tym (2 sztuk) fortepianów mistrzowskich koncertowych STEINWAY model B-211 lub równoważnych oraz sześciu sztuk fortepianów w tym (2 sztuk) typu YAMAHA C6 XA lub równoważnych oraz (4 sztuk) fortepianów typu YAMAHA C3 XA lub równoważnych dla studentów i nauczycieli akademickich Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy dotyczące Projektu RPO pn. „modernizacja obiektu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy dla celów dydaktycznych wraz z pierwszym wyposażeniem." Zgodnie z przedłożonym protokołem pan A. W. brał udział w przygotowaniu postępowania poprzez dokonanie oszacowania jego wartości (na co wskazuje sam protokół – nazwisko P. A. W. wymienione jest w pkt B protokołu na str. 3 „osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania") oraz w prowadzeniu postępowania poprzez członkostwo w komisji przetargowej. O charakterze członkostwa w komisji przetargowej przesądza art. 19 ustawy Pzp, zgodnie z którym kierownik zamawiającego powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto, z przedmiotowego protokołu wynika wartość zamówienia 1 089 430, 90 zł, co stanowiło równowartość 271 029,69 euro i przekraczało wartość o której mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jednocześnie, co od argumentacji Odwołującego, iż w tym zakresie wykonawca nie wykazał należytego wykonania usługi, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca wskazał usługę wykonywaną na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie, to nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi, gdyż Zamawiający jest w

posiadaniu takich dokumentów. Wykonawca ANPASS A. W. wskazał w odpowiedzi na wezwanie, że dokumenty potwierdzające jego doświadczenie w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 7.2.3. lit. a) (iii) SIWZ są w posiadaniu Zamawiającego. W tym stanie rzeczy nie ma także podstaw do tego, aby Zamawiający wzywał na obecnym etapie wybranego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi. W świetle art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca w ogóle nie był zobowiązany do ich składania. Na marginesie, należy również wskazać za Zamawiającym, iż postępowanie o udzielenie zamówienia poprzez nazwę projektu przywołanego w jego tytule korespondowało z pkt 2 referencji wystawionej przez Zamawiającego w dn. 20 kwietnia 2020r. Wobec powyższych ustaleń zarzut zaniechania wykluczenia oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.3. lit. a) (III) SIWZ okazał się bezzasadny i podlega oddaleniu.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z pkt 16 ustawy Pzp. Celem art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego podmiotów, które uczestnicząc w przygotowaniu postępowania nabyły wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Analizując istnienie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp Zamawiający, w pierwszej kolejności musi stwierdzić istnienie udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa Pzp określa czynności związane z przygotowaniem postępowania w rozdziale 2 działu II ustawy, a najważniejsze z nich to opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości zamówienia i sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu czy też opisu kryteriów oceny ofert. Izba podziela stanowisko judykatury i doktryny, że udział w przygotowywaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, może być bezpośredni albo pośredni. Nie ma zatem żadnego ograniczenia co do sposobu udziału w przygotowaniu postępowaniu. Podkreślić należy, że ustawodawca nie wymaga również wskazania szczególnego udziału w określonym zakresie w przygotowaniu postępowaniu i wpływu na nie – z przepisu wynika jedynie, że udział ten miał być. Jak wynika z ustaleń Izby, nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, teza że pan A. W. wykonywał czynności związane z przygotowaniem postępowania. Chociaż pojęcie udziału w przygotowaniu postępowania jest znaczeniowo pojemne w ocenie Izby należy go odnosić do okoliczności związanych z przygotowaniem tego konkretnego postępowania, a nie postępowania jakiegokolwiek – czy też całego projektu na który składa się kilka postępowań, jak wywodził Odwołujący.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przedmiotowej sprawie ciężar wykazania spełnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. pkt 19 ustawy Pzp, spoczywał na Odwołującym. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż w niniejszej sprawie wystąpiły szczególne okoliczności wprowadzające modyfikacje w rozkładzie ciężaru dowodu. W szczególności Izba nie stwierdziła, iż Zamawiający swoimi działaniami uniemożliwiał lub poważnie utrudniał wykazanie Odwołującemu okoliczności, co ewentualnie uzasadniałoby przejście ciężaru dowodu w zakresie tych okoliczności na Zamawiającego. Zamawiający odpowiadał na pytania Odwołującego oraz przekazywał mu w trybie dostępu do informacji publicznej żądane przez niego informacje (co potwierdzają również dowody przedłożone przez Odwołującego). Okoliczność, iż Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu umowy o pracę łączącej go z panem A. W. w latach 2008-2013 (okoliczności tej Zamawiający nie zaprzeczył), w ocenie Izby nie powoduje tak daleko idących skutków jak modyfikacja w zakresie rozkładu ciężaru dowodu, gdyż w ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Jak informował Zamawiający funkcja koordynatora technicznego z ramienia inwestora została utworzona we wrześniu 2020 r., dopiero po otrzymaniu potwierdzenia finansowania projektu „Budowa Kampusu Akademii Muzycznej"w lipcu 2020r., co oznacza, że dopiero po tym terminie mogły być wykonywane czynności przygotowawcze do postępowania.

W przypadku tej podstawy wykluczenia stwierdzić należy iż Odwołujący nie wykazał, aby p. A. W. brał udział w przygotowaniu postępowania na usługę pełnienia funkcji koordynatora technicznego z ramienia inwestora w projekcie pn.: „Budowa kampusu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy". Przedstawione przez Odwołującego umowy nie potwierdzają, iż p. A. W. brał udział w przygotowaniu tego konkretnego postępowania. Takiego udziału, w ocenie Izby, nie przesądza również udział tej osoby w przygotowaniu innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, a związanych z realizacją projektu (patrz zaproszenie do złożenia oferty z dn. 15.01.2020 r. dot. wycinki i usunięcia drzew, krzewów i szuwarów kolidujących z budową nowego budynku dla Akademii Muzycznej (…) dla którego przedmiar robót przygotowywał pan A. W.). Nie świadczy o tym również fakt wykonywania przez niego na rzecz Zamawiającego pracy lub innych zleceń – brak wykazania związku z niniejszym postępowaniem. Odwołujący nie wykazał również, iż znajomość projektu, branie udziału w przygotowaniu innych jego elementów w jakikolwiek sposób narusza konkurencję i uprzywilejowuje ANPASS A. W. . Zamawiający podkreślał, a Odwołujący nie zaprzeczył, że do ubiegania się o zamówienie będące przedmiotem sporu nie jest konieczna znajomość projektu i dokumentacji tego projektu. Odwołujący nie wykazał również, w jaki sposób fakt udziału w odbiorze dokumentacji projektowej a następnie ewentualna współpraca z projektantem przy realizacji projektu narusza uczciwą konkurencję. W ocenie Izby, w złożonych przez odwołującego dowodach brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że wykonawca ANPASS czy też osobiście p. A. W. brał udział w przygotowaniu postępowania, wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się. Mając na uwadze powyższe ustalenia, nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp tj. nie wykluczenia z postępowania wykonawcy ANPASS A. W. jako wykonawcy któryw wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w ocenie Izby częściowo potwierdził się. Jak przyznał sam Zamawiający w toku rozprawy punkty w ramach podkryterium oznaczonego X1 przyznał za doświadczenie wykazane w pkt. 3 referencji wystawionej w dn. 20 kwietnia 2020 r. przez Zamawiającego tj. pełnienie funkcji Kierownika Projektu unijnego pod nazwą: „Roboty odtworzeniowo – konserwatorskie zabytkowej Sali koncertowej oraz elewacji zabytkowego budynku z przywróceniem jej XIX – wiecznego stanu zgodnie z zatwierdzonym projektem". Doświadczenie wykazane w tej pozycji było oceniane również w zakresie warunku udziału – przy czym Zamawiający nie był w stanie rozgraniczyć realizacji, która była przedmiotem oceny w zakresie warunku udziału, a która w zakresie podkryterium. Działanie takie jest wprost sprzeczne z opisem zasad oceny zawartym w pkt 19.3.3. SIWZ, zgodnie z którym „punkty w ramach niniejszego kryterium otrzyma tylko ten Wykonawca, który wykaże się dodatkowym doświadczeniem członków zespołu, tj. dla inwestycji innych niż wymienione jako doświadczenie Wykonawcy wykazane dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym ocena wykonawcy ANPASS A. W. w zakresie podkryterium X1 została dokonana w sposób nieprawidłowy.

Tak jak Izba wskazała przy omawianiu pierwszego z zarzutów, w ocenie Izby, Zamawiający oceniając warunki udziału w

postępowaniu odnośnie usług wykonanych na jego rzecz był uprawniony do korzystania z własnej wiedzy na temat ich realizacji. Odmiennie należy natomiast ocenić sytuację z podstawami oceny kryteriów oceny ofert które są nie uzupełnialne i ich spełnianie powinno zostać wykazane jednoznacznie i precyzyjnie, tak aby zapewnić przejrzystość postępowania. Izba stwierdziła, że przedstawione przez ANPASS A. W. informacje w pkt 3 formularza oferty są niewystarczające do uznania iż wykonawca spełnia wymagania określone w podkryterium „Kryterium nr 3 doświadczenie zespołu Wykonawcy", a oznaczonym jako X2. Izba podkreśla, że dla uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert Wykonawca zobowiązany był przedstawić wyczerpujący opis prezentowanego doświadczenia zawodowego, tak aby Zamawiający mógł w zgodzie z ustalonymi wytycznymi dokonać oceny oferty, niedopuszczalne w tym zakresie jest posiłkowanie się przez Zamawiającego wiedzą własną. Braki lub niejasności w zapisach stanowiły przeszkodę dla przyznania punktów w ramach podkryterium X2 wykonawcy ANPASS A. W., a takie występowały. Jak ustaliła Izba, zgodnie z zasadami oceny określonymi w pkt 19.3.3. SIWZ, potwierdzeniem posiadania przez wykonawcę dodatkowego doświadczenia jest wykaz zadań inwestycyjnych zawierający wszystkie informacje, które pozwolą Zamawiającemu ocenić to doświadczenie (m.in. nazwa i adres inwestycji, zakres robót, nazwa i adres Zamawiającego, terminy realizacji, stan zaawansowania itp.) oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi. W przypadku braku wszystkich informacji Wykonawca otrzyma w danym podkryterium 0 pkt. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w zakresie podkryterium X2 „Wykonanie przez członka zespołu Wykonawcy usługi polegającej na nadzorze nad projektowaniem lub nadzorze nad realizacją prac budowlanych przy budowie/adaptacji studia nagrań, przekazane przez wykonawcę ANPASS A. W. informacje są nieprecyzyjne i niespójne. Odnośnie podkryterium X2 wykonawca wskazał w przedłożonym wykazie nazwę usługi „nadzór nad projektowaniem i realizacją prac budowlanych przy budowie studia nagrań" odsyłając do dokumentu potwierdzającego realizację w postaci referencji dla Inspektora Nadzoru i Kierownika projektu wystawionej przez Zamawiającego oraz poświadczenia firmy Konsbud audio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Poświadczenie firmy Konsbud audio sp. z o.o. potwierdza wykonanie przez p. A. W. nadzoru nad projektem wykonawczym oraz realizacją prac instalacyjno – montażowych w ramach umowy pod nazwą: „Dostawa i uruchomienie sprzętu dla Studia Reżyserii Dźwięku w ramach projektu RPO pn. „Modernizacja obiektu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy dla celów dydaktycznych wraz z pierwszym wyposażeniem". Natomiast referencja wystawiona przez Zamawiającego potwierdza, że pan. A. W. pełnił rolę Kierownika Projektu unijnego pod nazwą „Modernizacja obiektu Akademii Muzycznej w Bydgoszczy dla celów dydaktycznych wraz z pierwszym wyposażeniem", a zakres czynności realizowanych obejmował wykonanie części dydaktycznej z wykończeniem sal dydaktycznych, studia nagrań, studia reżyserii dźwięku (…). Z przedstawionych dokumentów nie wynika jednoznacznie, aby świadczone usługi były usługami przy budowie lub adaptacji studia nagrań, niejasna jest również rola pana A. W. przy realizacji tego projektu. Reasumując, w ocenie Izby, Zamawiający dokonał oceny oferty wykonawcy ANPASS A. W. w zakresie podkryterium X1 i X2 w sposób nie znajdujący oparcia w postanowieniach SIWZ przez co naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odmiennie natomiast Izba oceniła wykazanie spełniania podkryterium oznaczonego X3 tj. wykonanie przez członka zespołu Wykonawcy usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru / Kierownika Budowy na budowie obiektu użyteczności publicznej o całkowitej powierzchni użytkowej min. 30000 m^2. W ocenie Izby doświadczenie wykazane przez ANPASS A. W. na potrzeby oceny w tym podkryterium tj. „pełnienie funkcji kierownika budowy na budowie szpitala w Lipnie", cechuje się wymaganymi przez Zamawiającego parametrami. Z przedłożonych przez ANPASS A. W. dokumentów wynika, iż pan A. W. pełnił funkcję kierownika budowy na budowie Szpitala Rejonowego w Lipnie, który niewątpliwie jest obiektem użyteczności publicznej, z przedłożonej tabeli powierzchni obiektów budowy szpitala w Lipnie wynika, iż posiada on powierzchnię użytkową ponad 30 000 m^2. Ponadto Izba stwierdziła, iż przedstawiona opinia z 21 grudnia 1983 r. wystawiona przez Przedsiębiorstwo Budowy Obiektów Użyteczności Publicznej Budopol- Bydgoszcz zawiera pozytywną ocenę pracy pana A. W., którą to ocenę należy uznać za tożsamą z potwierdzeniem należytego wykonywania usługi. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż w zakresie podkryterium X3, Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę ANPASS A. W. .

Izba stwierdziła, że ocena w części kwestionowanych kryteriów pozacenowych (oznaczonych X1 i X2) nie odpowiadała ustalonym zasadom lecz w związku z różnicą punktową pomiędzy ofertą Odwołującego oraz ANPASS A. W. nie prowadziła do ustalenia wadliwego wyniku postępowania. Tym samym Izba utrzymała wynik postępowania, na jaki wskazał Zamawiający i w całości oddaliła odwołanie, gdyż jak zgodnie przyznały strony (Odwołujący zweryfikował swoje stanowisko z odwołania podczas rozprawy) potwierdzenie tego zarzutu nawet w całości nie miało wpływu na wynik postępowania, tj. zmiana punktacji w ramach kryterium nr 3 nie wpływałaby na wynik postępowania co stanowi przesłankę do uwzględniania odwołania zgodnie z art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Argumentacja i stanowisko Izby przedstawione na wstępie co do sposobu formułowania zarzutów, znajduje również zastosowanie do żądania ewentualnego podniesionego w odwołaniu z ostrożności tj. wniosku o unieważnianie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, które to żądnie nie zostało uzasadnione nawet jednym zdaniem, i jako takie podlegało oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:……