Sygn. akt KIO 2224/24

WYROK

Warszawa, dnia 8 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2024 r. przez wykonawcą TEXOM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzib Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Kraków - Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego IMPULS CONTRACTOR SPÓŁKA Z OGRANICZC ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1), nr 2) oraz 4) w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oferty uczestnika postępowania IMPULS CONTRACTOR SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę TEXOM SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie w części 1/4 oraz zamawiającego Gminę Miejską Kraków - Zarz Infrastruktury Sportowej w Krakowie w części 3/4 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TEXOM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miejskiej Kraków - Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie na rzecz wykonawcy TEXOM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą po potrąceniu 3/4 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 2224/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Gminę Miejską Kraków - Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowieprowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Zespół Szkół Specjalnych Nr 11, al. Dygasińskiego 25 – budowa Sali rehabilitacyjno - sportowej", nr referencyjny: NZ.273.60.2024.RZA.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznychw dniu 13 marca 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00243178.

W postępowaniu tym wykonawca TEXOM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzi Krakowie (dalej: „Odwołujący") w dniu 24 czerwca 2024r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) niezgodnej z ustawą Pzp czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: IMPULS CONTRACTOR Sp. z o.o., 31-989 Kraków, ul. Rzepakowa 4R, dalej „IMPULS",
2) zaniechania dokonania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany zgodnie z ustawą Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty IMPULS, pomimo iż została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z Postępowania oraz niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu,
3) niezgodnej z ustawą Pzp czynności wezwania IMPULS do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,
4) zaniechania niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami, w tym

dokumentów złożonych przez IMPULS na etapie powtórzonej czynności oceny ofert

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a (w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IMPULS, pomimo że wykonawca wprowadził Zamawiającego (dwukrotnie) w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co mogło mieć (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,

2)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wezwanie IMPULS do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (wykazu robót wraz z dowodami potwierdzającymi ich należytą realizację) w sytuacji, kiedy oferta IMPULS podlegała odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie,

3)226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IMPULS, pomimo że IMPULS nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu,

4)art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy I Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 16 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami, w tym dokumentów złożonych przez IMPULS na etapie powtórzonej czynności oceny ofert.

Konsekwencją ww. naruszeń było wybranie najkorzystniejszej oferty niezgodnie z ustawą (art. 239 ust. 1 ustawy Pzp) oraz naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 16 ustawy Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)odrzucenia oferty IMPULS,

3)powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Odwołujący wskazał, że w pkt VI.1.2). SWZ. Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w Postępowaniu: „1)) zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej dwie roboty budowlane, polegające na budowie lub przebudowie budynków wykonanych w technologii tradycyjnej murowanej i/lub żelbetowej w zakresie robót ogólnobudowlanych i instalacyjnych (instalacje elektryczne, wod.-kan., wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, grzewcze) wraz z wykończeniem wnętrz, o kubaturze minimum 5.000 m³ (każdy) i powierzchni zabudowy minimum 500 m² (każdy), w tym co najmniej jeden budynek hali/sali sportowej/gimnastycznej;"

Zgodnie z pkt VI.1.1). SWZ Zamawiający przewidział stosowanie w Postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp: „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1, art. 109 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa Narodowego (Dz.U. z 2022 poz. 835)."

Jak wynika z udzielonych przez Zamawiającego w dniu 27.03.2024r. wyjaśnień SWZ, Pytanie numer 5 ppkt 1, w toku Postepowania jeden z wykonawców wnioskował o zmianę warunku w ten sposób, by nie trzeba było wykazywać się realizacją klimatyzacji w sali sportowej/ gimnastycznej. Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę warunku.

Odwołujący wskazał, że w dniu 17.04.2024r. Zamawiający wezwał IMPULS do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należytą realizację - na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W wyznaczonym terminie IMPULS złożył Zamawiającemu wykaz robót oraz dokumenty potwierdzające ich należytą realizację (Odwołujący zwraca uwagę, że IMPULS składał wykaz robót, w wyznaczonym terminie tj. w dniu 22.04.2024r. 3-krotnie tj. o godz. 11:07, o godz. 14:27, oraz o godz. 15:15, w kolejnych wersjach zmieniając opis roboty ujętej w poz. 4 wykazu). IMPULS wykazał realizację – w odniesieniu do budynku hali/sali sportowej/gimnastycznej dwie prace (poz. 1 i 4 wykazu robót).

POZ 1. Rozbudowa i przebudowa budynku Publicznej Szkoły Podstawowej w Łąkcie Dolnej w związku z budową sali gimnastycznej.

W odniesieniu do tej realizacji treść wykazu (ani załączonego „Protokołu odbioru końcowego z dnia 20.12.2023r.) nie wskazuje, iż robota obejmowała m.in. instalacje wentylacji mechanicznej i klimatyzacji czy wykończenie wnętrz. Jak wynika z powszechnie dostępnych dokumentów (Ogłoszenie o zamówieniu pod linkiem: https://ezamowienia.gov.pl/mo-client-board/bzp/notice-details/id/08dc70c9-2bde-f007-cdcf-e50001109cc1, dotyczące drugiego etapu prac, w którym dokonano wyboru wykonawcy ACORDI Dominik Ziobro) robota zrealizowana przez IMPULS (w pierwszym etapie przedsięwzięcia) obejmowała wykonanie wyłącznie stanu surowego i roboty związane z zewnętrzną siecią kanalizacji opadowej i sanitarnej oraz roboty związane z instalacją elektryczną stanu surowego: instalacja odgromowa i uziemiająca.

Z ww. ogłoszenia wynika, że w pierwszym etapie (zrealizowanym przez IMPULS) wykonano: „Zrealizowane /wykonane/ roboty budowlane na 1 etapie inwestycji p.n. „Rozbudowa i przebudowa budynku publicznej szkoły podstawowej w Łąkcie Dolnej w związku z budową sali gimnastycznej" obejmowały zakresem: organizację, zabezpieczenie i przygotowanie placu budowy, roboty rozbiórkowe w zakresie istniejącej sali gimnastycznej oraz nawierzchni utwardzonych, demontaż i montaż ogrodzenia z paneli, wykonanie ław i płyt fundamentowych wraz z izolacją, wykonanie zbrojenia, wzniesienie słupów oraz ścian zewnętrznych i wewnętrznych, wykonanie stropów (żelbetowych), wykonaniu więźby dachowej wraz z pokryciem dachowym, roboty związane z zewnętrzną siecią kanalizacji opadowej i sanitarnej, roboty związane z instalacją elektryczną stanu surowego: instalacja odgromowa i uziemiająca." Nie tylko nie wynika to z wykazu, ale i ma wątpliwości, iż ww. robota nie spełnia wymagania Zamawiającego w Postępowaniu. POZ.4 Budowa sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w miejscowości Wilkowisko – etap I i II. W odniesieniu do tej realizacji IMPULS w kolejno składanych wykazach wskazywał na następujący zakres prac (które, wedle przedstawionych informacji, zrealizował jako podwykonawca firmy STAM-BUD Zakład Ogólnobudowlany, na rzecz inwestora/zamawiającego – Gminy Jodłownik):

Odwołujący podkreślił, że dopiero w ostatnim (trzecim) wykazie robót oświadczył, że w budynku sali gimnastycznej w Wilkowisku zrealizował klimatyzację. Jednocześnie, taki zakres prac nie wynikał ze złożonej przez IMPULS referencji potwierdzającej należytą realizację tej roboty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach realizacji budynku sali gimnastycznej w miejscowości Wilkowisko wykonawca IMPULS nie wykonał klimatyzacji tej Sali.

30 kwietnia 2024 roku Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty IMPULS (pierwszy wybór) a w dniu 4.06.2024 roku Zamawiający unieważnił ww. czynność. Powyższe było wynikiem faktu, że Zamawiający ustalił, że rzeczywiście w ramach realizacji budynku sali gimnastycznej w miejscowości Wilkowisko wykonawca IMPULS nie wykonał klimatyzacji

W dniu 11.06.2024 roku, wskazując jako podstawę art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał IMPULS do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu robót budowlanych wraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie. W dniu 12.06.2024 roku złożył Zamawiającemu nowy wykaz robót budowlanych.

Zarzut nr 1

Zdaniem Odwołującego ze stanu faktycznego sprawy wynika, że IMPULS w sposób w pełni świadomy oświadczył wprost (w treści złożonego za trzecim razem wykazu robót), że zrealizowana budowa budynku sali gimnastycznej w miejscowości Wilkowisko obejmowała wykonanie przez IMPULS klimatyzacji w tej sali, co nie znajduje potwierdzenia w faktach. Mamy więc do czynienia z informacją wprowadzającą w błąd, dotyczącą spełniania przez IMPULS warunku udziału w Postępowaniu. Na okoliczność, że zrealizowana przez IMPULS budowa budynku sali gimnastycznej w miejscowości Wilkowisko nie obejmowała wykonania przez IMPULS klimatyzacji w tej Sali Odwołujący przedstawia poniższe dowody:

1. Dokumenty zamówienia pn. : „Budowa sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w miejscowości Wilkowisko - etap I" dostępne pod adresem https://jodlownik.ezamawiajacy.pl/pn/jodlownik/demand/notice/public/43131/details, oraz w aktach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1658/24 – w dyspozycji KIO
2. Dokumenty zamówienia pn. : „Budowa budynku sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w Wilkowisku – etap II" dostępne pod adresem https://jodlownik.ezamawiajacy.pl/pn/jodlownik/demand/notice/public/74568/details), oraz w aktach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1658/24 – w dyspozycji KIO
3. wniosek z dnia 12.05.2024r. o udostępnienie informacji, skierowany do Gminy Jodłownik - zamawiającego w postępowaniach pn. „Budowa sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w miejscowości Wilkowisko - etap I" oraz „Budowa budynku sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w Wilkowisku - etap II" (załącznik nr 8.1. i 8.2. do odwołania),
4. odpowiedź Wójta Gminy Jodłownik z dnia 15.05.2024r., potwierdzająca, iż ww. inwestycje nie obejmowały wykonania klimatyzacji (załącznik nr 9 do odwołania),
5. Informacja Zamawiającego z dnia 4.06.2024 roku o unieważnieniu pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 30.04.2024 roku (załącznik nr 5 do odwołania), w której sam Zamawiający napisał, iż: „Zamawiający zwrócił się do firmy STAM-BUD Zakład Ogólnobudowlany M.S. - podmiotu udzielającego Wykonawcy IMPULS Contractor Sp. z o.o. referencji dla zadania „Budowa budynku sali gimnastycznej z instalacjami wewnętrznymi (elektryczną, wodno-kanalizacyjną, centralnego ogrzewania, wentylacji mechanicznej, odgromowej) i zewnętrznymi (elektryczną, wodno-kanalizacyjną, deszczową) oraz przebudowa przyłącza wodociągowego w miejscowości Wilkowisko" o wyjaśnienie zakresu robót wykonanych przez firmę IMPULS Contractor Sp. z o.o. w ramach tego zadania. Z wyjaśnień firmy STAM-BUD Zakład Ogólnobudowlany M.S., datowanych na dzień 24.05.2024 roku, a przesłanych do Zamawiającego w dniu 03.06.2024 roku wynika, że zakres robót budowlanych wskazanych przez IMPULS Contractor Sp. z o.o. dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt VI.

1.2) 1)) SWZ nie obejmował wykonania instalacji klimatyzacji."

6.Pismo procesowe IMPULS z dnia 29.05.2024 roku, o którym będzie mowa poniżej, w którym IMPULS stwierdził, że ww budynek posiada jedynie instalację wentylacji mechanicznej z odzyskiem ciepła, które w ocenie Odwołującego należy traktować jako przyznanie, że budowa sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w miejscowości Wilkowisko nie obejmowała klimatyzacji (załącznik nr 10 do odwołania).

Przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp obligują zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy przedstawi on informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Informacja wprowadzająca w błąd (nieprawdziwa) to złożenie przez wykonawcę oświadczenia wiedzy, które nie jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia woli/wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ wymagania zamawiającego, dlatego muszą być oceniane w pryzmacie staranności wymaganej w tych okolicznościach, z uwzględnieniem zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności (podwyższony miernik staranności). Uzasadnia to zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Działanie uczciwe zakłada rzetelne i szczegółowe przedstawienie żądanych informacji i wyklucza posługiwanie się danymi nieprawdziwymi czy nawet niedopowiedzeniami wprowadzającymi zamawiającego w błąd. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że oświadczenie IMPULS ujęte w wykazie robót z dnia 22.04.2024r. wprowadza w błąd. Powyższe wskazuje, że wykonawca IMPULS celowo i umyślnie, a więc w sposób zamierzony, przedstawił Zamawiającemu w ramach niniejszego Postępowania informacje mające na celu wywołanie u Zamawiającego mylnego przeświadczenia, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu. Na zamierzone działanie wskazuje fakt, że informacja ta odnosi się do doświadczenia własnego IMPULS, na dodatek została podana dopiero w trzecim, samodzielnie (tj. bez wezwania Zamawiającego) „uzupełnionym" przez IMPULS wykazie (dopisana) zwłaszcza, że stosunkowo niewiele budynków sal gimnastycznych / hal sportowych jest wyposażana w klimatyzację, gdyż jest to zadanie skomplikowane i kosztowne (tym bardziej jednak posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w tym zakresie miało dla Zamawiającego istotne znaczenie i dlatego nie wyraził zgody na zmianę warunku w tym zakresie). Nie sposób przyjąć, że wykonawca podał przedmiotową informację z braku wiedzy, w wyniku wprowadzenia go w błąd przez inny podmiot itp. Powyższe wypełnia dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Gdyby nawet zresztą uznać, że przedmiotowe oświadczenie nie zostało złożone intencjonalnie i umyślnie, to co najmniej było one wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa IMPULS, co wypełnia dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że na etapie postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1658/24 IMPULS złożył w dniu 29.05.2024 roku pismo procesowe (załącznik nr 10 do odwołania) w którym stwierdził, że ww. budynek posiada: „instalację wentylacji mechanicznej z odzyskiem ciepła (wykonana wentylacja z odzyskiem ciepła posiada funkcję mechanicznego uzdatniania powietrza, którą uznaje się za klimatyzację)" (…). (…). „W obniżeniu temperatury latem pomaga nie tylko klimatyzacja, ale też ciesząca się coraz większą popularnością rekuperacja ("wentylacja mechaniczna z odzyskiem ciepła)" (…). (…). „Pojęcie klimatyzacji winno być na obecnym postępie technologicznym wykładane szeroko (sensu largo). (…).

Prezentowane w ww. piśmie stanowisko IMPULS w żaden sposób nie wskazuje, na brak wprowadzenia Zamawiającego w błąd (celowo i umyślnie, a więc w sposób zamierzony, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) a jest wynikiem strategii procesowej stworzonej na potrzebę uniknięcia skutków, jakie ustawa Pzp wiąże z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Pomijając już nawet, że zarówno potocznie jak i w branży budowlanej nie zachodzą żadne trudności pomiędzy rozdzieleniem znaczenia pojęć: klimatyzacja/ wentylacja czy rekuperacja (nie sposób więc racjonalnie przyjąć, by pojęć tych nie odróżniał profesjonalista IMPULS, zwłaszcza w obliczu treści opisanego wniosku o wyjaśnienie SWZ, gdzie wykonawca wskazywał, że przy halach sportowych mała część inwestorów decyduje się na realizację klimatyzacji, poprzestając przy wentylacji mechanicznej. Co więcej, warunek udziału w postępowaniu obejmował zarówno instalacje wentylacji mechanicznej jak i instalacje klimatyzacji. Nie da się więc racjonalnie zakładać, że pod pojęciem klimatyzacji Zamawiający miał na myśli wentylację mechaniczną! Co więcej, w wykazie robót (jego trzeciej wersji) IMPULS napisał, iż budynek obejmował wykonanie „wentylacji mechanicznej i klimatyzacji", co oznacza, że miał na myśli dwie różne instalacje. Również podane przez IMPULS w ww. piśmie definicje klimatyzacji (których źródła IMPULS nie podaje) wskazują, że jest to technika „z użyciem różnorodnych urządzeń klimatyzacyjnych", czy, że: „główną funkcją klimatyzacji jest chłodzenie powietrza" – a powyższe nie odnosi się do wentylacji mechanicznej (z odzyskiem ciepła, czy bez). Niezależnie od czynności podjętych w postępowaniu po unieważnieniu wyboru z dnia 30.04.2024 roku już tylko powyższe zachowanie IMPULS skutkować powinno wykluczeniem IMPULS z Postępowania i odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący przytoczył orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarzut nr 2

Jak wyżej wskazano, oferta IMPULS powinna zostać odrzucona w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a)

ustawy Pzp już tylko z powodu przedstawienia Zamawiającemu opisanych wyżej nieprawdziwych informacji. Powszechnie w orzecznictwie przyjmuje się bowiem, że nie można zastąpić informacji nieprawdziwych prawdziwymi w drodze zastosowania dobrodziejstwa wynikającego z przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp instytucji uzupełnienia. Tym samym skutkiem stwierdzenia wprowadzenia w błąd Zamawiającego w Postępowaniu w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 (względnie pkt 10) ustawy Pzp powinno być wykluczenie i odrzucenie oferty wykonawcy IMPULS, nie zaś wezwanie do uzupełnienia.

Zarzut nr 3

Po potwierdzeniu się informacji, że w pierwotnym wykazie IMPULS znalazły się informacje nieprawdziwe IMPULS oświadczył w uzupełnionym wykazie robót, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał rozbudowę budynku Zespołu Szkół w Korzennej o halę widowiskowo-sportową oraz basen z zapleczem sanitarnym. Jako zakres prac wykonywanych przez firmę Impuls Contractor IMPULS wskazał: „Budowa budynku: prace ogólno-budowalne, tj. prace murarskie, żelbetowe (m.in. fundamenty, wieńce), prace izolacyjne i wykończeniowe wnętrz oraz instalacje (elektryczne, sanitarne: grzewcze, wod-kan, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji).” IMPULS podał też następujące parametry charakterystyczne obiektu: „Kubatura: 28 800 m3. Powierzchnia użytkowa: 2474,37 m2. Powierzchnia zabudowy: 2774 m2.”

Odwołujący wskazuje, iż IMPULS nie wykonał prac dot. inwestycji w Korzennej o ww. zakresie, a także, że hala widowiskowo-sportowa przy Zespole Szkół w Korzennej nie posiada podanych przez IMPULS parametrów charakterystycznych (w tym kubatury i powierzchni zabudowy). Na powyższe wskazuje m.in. sama wartość zrealizowanych przez IMPULS (jako podwykonawcy EKO REM BUD Jan Cabak) robót wynosząca 3.600.000 PLN brutt Dla porównania, wedle wykazu robót uzupełnionego przez IMPULS, w tym samym czasie IMPULS realizował rzekomo analogiczny zakres prac w odniesieniu do domu weselnego (poz. 1 uzupełnionego wykazu robót), których wartość (przy 4x mniejszej kubaturze i blisko 3x mniejszej powierzchni zabudowy) wynosiła 6.272.905,29 zł brutto, więc blisko 2 razy więcej.

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że oświadczenie IMPULS ujęte w wykazie robót z dnia 12.06.2024r. wprowadza w błąd. Powyższe wskazuje, że wykonawca IMPULS celowo i umyślnie, a więc w sposób zamierzony, przedstawił Zamawiającemu w ramach niniejszego Postępowania informacje mające na celu wywołanie u Zamawiającego mylnego przeświadczenia, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu. Jednocześnie przedstawiona Zamawiającemu nieprawdziwa informacja dotyczyła warunków udziału w Postępowaniu, a więc ze swej istoty jej treść mogła mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, i to kluczowe, gdyż decydujące o odrzuceniu oferty. Wprowadzenie w błąd miało zresztą istotny wpływ na decyzję Zamawiającego w Postępowaniu, bowiem w efekcie przedstawienia mu przedmiotowych nieprawdziwych informacji Zamawiający uznał w dniu 19.06.2024 r., że IMPULS spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej – odnoszące się do doświadczenia. Zdaniem Odwołującego IMPULS powinno podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, a jego oferta powinna zostać odrzucona w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp już tylko z powodu przedstawienia Zamawiającemu opisanych wyżej nieprawdziwych informacji.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, iż informacje przedstawione przez IMPULS w ramach uzupełnienia z 12.06.2024 roku (pomijając już to, że w ogóle nie powinny być składane ani podlegać ocenie, a nadto stanowią informacje nieprawdziwe), nie potwierdzają spełniania przez IMPULS warunków udziału w Postępowaniu. Powyższe wynika z faktu, że IMPULS nie wykonał prac dot. inwestycji w Korzennej o zakresie wskazanym w wykazie, a także, że hala widowiskowo-sportowa przy Zespole Szkół w Korzennej nie posiada podanych przez IMPULS parametrów charakterystycznych (m.in. kubatury, powierzchni zabudowy), na co wskazuje już sama wartość tych prac, o czym była mowa powyżej.

Zarzut nr 4

Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiającym zobowiązany jest do udostępnienia wykonawcy protokołu postępowania wraz z załącznikami. Ponadto zgodnie z § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie. Powyższe regulacje mają na celu umożliwienie wykonawcom dokonania weryfikacji poprawności działania zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji także – skorzystanie ze środków ochrony prawnej w przypadku, gdy działanie zamawiającego narusza przepisy prawa. Regulacje te urzeczywistniają również zasadę przejrzystości, jawności oraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Odwołujący podnosi wobec powyższego, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp oraz rozporządzenia wykonawczego. Do godz. 13.16. w dniu wniesienia odwołania Odwołującemu nie zostały udostępnione wnioskowane dokumenty, pomimo niezwłocznego skierowania przez Odwołującego wniosku do Zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej powinien być przygotowany do niezwłocznego udostępniania dokumentów. Tylko na marginesie wskazać należy, że w związku z faktem, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający był wzywany do przekazania dokumentacji postępowania choćby

przez KIO, a nowe dokumenty w Postępowaniu odnosiły się li tylko do powtórzonej czynności oceny ofert (wezwanie do uzupełnienia, wykaz robót i referencje złożone przez IMPULS) - ich udostępnienie Odwołującemu było możliwe „od ręki".

W złożonym pismem z dnia 1 lipca 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnienie Zamawiający wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zdaniem Zamawiającego z okoliczności faktycznych, m.in. ze stanowiskaImpuls Contractor Sp. z o.o. (popieranego przez p. M.S.) wynika zatem, że powołanie się przez Impuls Contractor Sp. z o.o. na realizację zadania *„Budowa budynku sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w miejscowości Wilkowisko*(…)", dla wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z pkt VI. 1. 2) 1)) SWZ, nie miało charakteru intencjonalnego (tj. mającego na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd) lecz wynikało z dokonania interpretacji rozszerzającej pojęcia „klimatyzacji".

Zamawiający wskazał, że w świetle brzmienia w punktu VI. 1. 2) 1)) SWZ taka interpretacja warunku udziału w Postepowaniu nie była uzasadniona. Mianowicie, w zakresie robót instalacyjnych, warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej został sformułowany jako „[…] *robót* […] *instalacyjnych (instalacje elektryczne, wod.-kan., wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, grzewcze)*", gdzie instalacja wentylacji mechanicznej oraz instalacja klimatyzacji zostały wymienione odrębnie. Jest to opis jasny i konkretny, wyłączający możliwość dokonywania interpretacji rozszerzającej na korzyść oferenta.

Zamawiający wskazuje ponadto, że przeciwko tezie Odwołującego o zamiarze Impuls Contractor Sp. z o.o. wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w Postępowaniu, przemawia także okoliczność złożenia przez Impuls Contractor Sp. z o.o. referencji wystawionych przez p. M.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „STAM-BUD Zakład Ogólnobudowlany M.S.", dla zadania *„Budowa budynku sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w miejscowości Wilkowisko*(…)". Treść tej referencji uzasadniała bowiem wystąpienie o udzielenie dodatkowych wyjaśnień od Impuls Contractor Sp. z o.o. co do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Zarzut nr 2

Zamawiający wskazał, że wezwanie Impuls Contractor Sp. z o.o. w dniu 11.06.2024 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie „Wykazu robót budowlanych", nastąpiło w ramach powtórnej czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu. Powtórne badanie i ocena ofert prowadzone były w wyniku unieważnienia czynności z dnia 30.04.2024 r. wyboru oferty Impuls Contractor Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Możliwość wezwania do uzupełnienia przez wykonawcę (oferenta) podmiotowych środków dowodowych przewiduje właśnie przepis art. 128 Ust. 1 Ustawy PZP.

Zamawiający wskazał ponadto na iluzoryczność przedmiotowego zarzutu Odwołującego, wobec stanowiska prezentowanego przez niego w ramach Odwołania 2. Mianowicie, alternatywny zarzut Odwołania 2 stanowił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 Ustawy PZP, poprzez zaniechanie wezwania Impuls Contractor Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, kiedy nie wykazał on spełniania warunków (*vide* pkt 2 ppkt 2 Odwołania 2).

Z powyższego zatem wynika, że Odwołujący przeczy sam sobie, czyniąc Zamawiającemu zarzut z czynności, której podjęcia oczekiwał od Zamawiającego w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1658/24.

Zarzut nr 3

Zamawiający podkreślił, że wartość zrealizowanych robót nie stanowiła czynnika podlegającego ocenie w zakresie spełnienia warunku udziału w Postpowaniu. Ponadto, Odwołujący pominął w swoich twierdzeniach aspekt rodzaju inwestycji budowlanej (budowa / przebudowa), który może wpływać na wycenę prac.

Zamawiający wskazał, że w ramach weryfikacji oferty Impuls Contractor Sp. z o.o. w zakresie spełnia warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych, dokonał sprawdzenia na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Gminy Korzenna, w sekcji*Zamówienia publiczne i ogłoszenia*, zamówień związanych z realizacją prac dotyczących rozbudowy budynku Zespołu Szkół w Korzennej o halę widowiskowo-sportową oraz basen z zapleczem sanitarnym.

Z uzyskanych informacji wynika, że Impuls Contractor Sp. z o.o. spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt VI. 1. 2) 1)) SWZ.

Zarzut nr 4

Zamawiający wskazał, że udostępnił Odwołującemu protokół Postępowania wraz z załącznikami w dniu 24.06.2024 r. o godz. 13:16. Tymczasem, plik dokumentu Odwołania został opatrzony przez pełnomocnika Odwołującego kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 24.06.2024 r. o godz. 21:44, a zamieszczenie Odwołania na platformie e-Zamówienia nastąpiło w dniu 24.06.2024 r. o godz. 22:52.

Zamawiający wyjaśnił, że udostępnianie Odwołującemu protokołu Postępowania wraz z załącznikami, w

okolicznościach sprawy, nastąpiło bez zbędnej zwłoki.

Wniosek Odwołującego obejmował udostępnienie *„protokołu postępowania wraz z załącznikami w tym: pisma, wezwania, wyjaśnienia, uzupełnienia oraz wykaz robót i wykaz osób wraz z referencjami*", a więc całej dokumentacji. Zamawiający wyjaśnia, że wskazane materiały obejmowały ponad 200 plików o łącznej wielkości przekraczającej 2GB, co komplikowało proces przygotowania i udostępnienia dokumentów.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący, w toku wcześniejszego postępowania odwoławczego z Odwołania 1, pozyskał już zdecydowaną większość dokumentów składających się na protokół postepowania wraz z załącznikami, co umożliwiało mu ograniczenie wniosku o udostepnienie dokumentów, poprzez wskazanie na dokumenty powstałe w ramach powtórnej czynności badania i oceny ofert, co w sposób znaczny przyspieszyłoby przygotowanie i przekazanie wnioskowanych dokumentów. Odwołujący nie skorzystał z tej możliwości.

Wykonawca IMPULS CONTRACTOR SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz Krakowie (dalej: „IMPULS") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego W piśmie ww. wykonawca ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę IMPULS CONTRACTOR SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: pismo procesowe IMPULS z dnia 29 maja 2024 r. *na fakt*: potwierdzenia, że sala gimnastyczna w Wilkowisku posiada jedynie instalację wentylacji mechanicznej z odzyskiem ciepła; wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz na posiedzeniu z udziałem Stron, tj.: informację z otwarcia oferty, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z postępowania dot. budowy hali widowiskowo-sportowej oraz basenu Korzennej z trzech postępowań, jak również specyfikację z trzeciego postępowania na budowę pływalni *na fakt*: niewykonania przez IMPULS takiego zakresu prac na jaki się powołuje w uzupełnionym wykazie; wniosek do wójta Korzenna o udostępnienie informacji publicznej w przedmiocie podwykonawców, którzy uczestniczyli przy realizacji zamówienia *na fakt*: wystąpienia przez Odwołującego z wnioskiem o udostępnienie informacji w zakresie prac wykonanych przez IMPULS.
2. Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj. pismo procesowe IMPULS z dnia 29 maja 2024 r. *na fakt*: treści wyjaśnień udzielonych przez IMPULS w zakresie pojęcia „klimatyzacja".

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożone przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj. odwołanie z dnia 12 maja 2024r., odwołanie z dnia 6 maja 2024 r.; odpowiedź na odwołanie z dnia 21 maja 2024r.; oświadczenie o cofnięciu odwołania z dnia 24 maja 2024 r. jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa sali rehabilitacyjno – sportowej przy Zespole Szkół Specjalnych Nr 11, al. Dygasińskiego 25 w Krakowie.

W punkcie VI. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w następujący sposób:

1)) zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

- *nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał* ***co najmniej dwie roboty budowlane, polegające na budowie lub przebudowie budynków wykonanych w technologii tradycyjnej murowanej i/lub żelbetowej w zakresie robót ogólnobudowlanych i instalacyjnych***

(instalacje elektryczne, wod.-kan., wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, grzewcze) wraz z wykończeniem wnętrz, o kubaturze minimum 5.000 m³ (każdy) i powierzchni zabudowy minimum 500 m² (każdy), w tym co najmniej jeden budynek hali/sali sportowej/gimnastycznej;

W toku postępowania jeden z wykonawców wnioskował o zmianę warunku udziału, zgodnie z poniższym:

(…) Mając na uwadze powyższe, wnosimy o zmianę wskazanych we wstępie warunków udziału w postępowaniu, celem zapewnienia proporcjonalności warunków do przedmiotu zamówienia. Proponujemy określenie spełnienia warunków tak, by wymóg posiadanego doświadczenia nie obejmował robót w zakresie instalacji klimatyzacji dla budynków będących halami/salami sportowymi/gimnastycznymi.

Tym samym warunek miałby następująca postać:

VI. Warunki udziału w postępowaniu.

1.O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(…)

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

1)) zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

•nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie budynków wykonanych w technologii tradycyjnej murowanej i/lub żelbetowej w zakresie robót ogólnobudowlanych i instalacyjnych (instalacje elektryczne, wod.-kan., wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, grzewcze) wraz z wykończeniem wnętrz, o kubaturze minimum 5.000 m³ (każdy) i powierzchni zabudowy minimum 500 m² (każdy), w tym co najmniej jeden budynek hali/Sali sportowej/gimnastycznej przy czym w zakresie robót instalacyjnych dla budynku hali/sali sportowej/gimnastycznej brak jest wymogu realizacji instalacji klimatyzacyjnej. (…)

Pismem z dnia 27 marca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na ww. pytanie wskazał, że: *Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ i nie wyraża zgody na zmiany*.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał IMPULS do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należytą realizację - na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2024 r. IMPULS złożył wykaz robót (wraz z referencjami), wskazując:

Przedmiot (rodzaj) zamówienia	**Wartość**	**Data, miejsce wykonania i podmiot na rzecz którego roboty zostały wykonane**
Rozbudowa i przebudowa budynku Publicznej Szkoły Podstawowej w Łąkcie Dolnej w związku z budową Sali gimnastycznej. Budynek został wykonany w technologii tradycyjnej murowanej z elementami żelbetowymi. Wykonano prace ogólnobudowlane i instalacje: wod-kan, odgromową i elektryczną. Parametry charakterystyczne obiektu: Kubatura: 6911 m3, Powierzchnia użytkowa: 695,71 m2 Powierzchnia zabudowy: 757 m2	2.457.540,00 zł brutto	Termin realizacji: 25.09.2023-15.12.2023 Miejsce wykonania: 32-733 Trzciana, Łątka Dolna 136 Inwestor: Gmina Trzciana, 32-733 Trzciana 302
Dom weselny Ujanowice Budowa budynku Usługowego w Ujanowicach – Dom Weselny „Zielone Wzgórze" Zakres prac: wykonanie stanu surowego zamkniętego wraz z zagospodarowaniem terenu, wykończeniem i instalacjami. Technologia tradycyjna murowana. Instalacje: wod-kan, gaz, c.o., wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, elektryczne. Parametry charakterystyczne obiektu: Kubatura: 7953,00 m3 Powierzchnia użytkowa: 1765,00 m2 Powierzchnia zabudowy: 1042,47 m2	6.272.905,29 zł brutto	Termin realizacji: 02.03.2018-14.10.2020 Miejsce wykonania: 34-603 Ujanowice 114 Inwestor: Firma Remontowo-Budowlana „WÓJCIK" Zbigniew Grzegorzek , 34-603 Ujanowice 114
Przebudowa budynku zlokalizowanego przy ul. Kopernika 23 w Krakowie w celu utworzenia w poziomie parteru budynku magazynu aptecznego, banku krwi, pracowni diagnostyki biochemicznej i poradni neonatologicznej i ginekologiczno – położniczej wraz z instalacjami wraz z instalacjami wewnętrznymi elektrycznymi, instalacjami wod-kan, c.o., wentylacji mechanicznej i klimatyzacji wraz z zewnętrznymi czerpniami i wyrzutniami powietrza, instalacjami gazów medycznych w Krakowie przy ul. Kopernika 23. Technologia prac tradycyjna murowana, żelbetowa oraz systemowa (ściany z płyt g-k). Parametry charakterystyczne obiektu: Kubatura: 10 920,00 m3 Powierzchnia użytkowa: 1667,10 m2 Powierzchnia zabudowy: 2800 m2	5.331.190,00 zł brutto	Termin realizacji: 07.02.2022-06.12.2022 Miejsce wykonania: Szpital Uniwersytecki w Krakowie – 31-501 Kraków, ul. Kopernika 23 Inwestor: Szpital Uniwersytecki w Krakowie, 31-501 Kraków, ul. Kopernika 36
Budowa budynku sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w miejscowości Wilkowisko z wykończeniem wnętrz wraz z instalacjami wewnętrznymi (elektryczną, wodno –kanalizacyjną, centralnego ogrzewania, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, odgromowej) i zewnętrznymi elektryczną, wodno-kanalizacyjną, deszczową) oraz przebudowa przyłącza wodociągowego. Technologia tradycyjna murowana. Parametry charakterystyczne obiektu: Kubatura: 6427 m3 Powierzchnia użytkowa: 529,81m2 Powierzchnia zabudowy: 594,38 m2	3.100.000,00 zł brutto	Termin realizacji: lata 2021-2023 Miejsce wykonania: Szkoła Podstawowa w Wilkowisku, 34-617 Wilkowisko 364 Zleceniodawca: STAM-BUD Zakład Ogólnobudowlany , Inwestor: Gmina Jodłownik

Impuls tego samego dnia zmodyfikował poz. 4 wykazu, w następujący sposób:

Wykaz z godz. 11:07 – poz. 4

Wykaz z godz. 14:27 – poz. 4

Wykaz z godz. 15:15 – poz. 4

Pismem z dnia 30 kwietnia 2024 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty IMPULS. Na ww. czynność Odwołujący w dniu 12 maja 2024r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Sprawa została zarejestrowana pod sygn. akt KIO 1658/24.

Pismem z dnia 29 maja 2024 r. IMPULS ustosunkował się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazując m.in.

Nie zgadzamy się z faktem, że Wykonawca w pełni świadomie wprowadził w błąd Zamawiającego. Hala sportowa w miejscowości Wilkowisko spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, ponieważ hala została wykonana w wykonanych w technologii tradycyjnej murowanej i/lub żelbetowej w zakresie robót ogólnobudowlanych, budynek posiada kubaturę: 6427 m3 (min. zgodnie z wymogami 5000 m3), powierzchnię zabudowy: 593,38 m2 (minimum 500 m2) oraz posiada następujące instalację: elektryczną, wodociągową, kanalizacyjną, centralnego ogrzewania oraz instalację wentylacji mechanicznej z odzyskiem ciepła (wykonana wentylacja z odzyskiem ciepła posiada funkcję mechanicznego uzdatniania powietrza, którą uznaje się za klimatyzację – zgodnie z definicją klimatyzacja to proces uzdatniania powietrza poprzez oczyszczanie, chłodzenie lub podgrzewanie powietrza) oraz zostało w niej wykonane wykończenie wnętrz (tynki, posadzki, malowanie ścian, wykończenie podłóg itd.).

DEFINICJA KLIMATYZACJI:

Klimatyzacja *– technika umożliwiająca utrzymywanie optymalnych warunków klimatycznych w zamkniętych pomieszczeniach mieszkalnych lub użytkowych bądź wnętrzach pojazdów mechanicznych – w szczególności temperatury, wilgotności, czystości i jakości zapachowej powietrza, której głównym celem jest zapewnienie komfortowych warunków do życia i funkcjonowania człowieka (tzw. klimatyzacja bytowa) lub odpowiednich warunków dla określonych procesów technologicznych (tzw. klimatyzacja przemysłowa). Klimatyzacja obejmuje szereg procesów przetwarzania i uzdatniania powietrza (np. filtrację, pochłanianie lub neutralizację szkodliwych substancji chemicznych, jonizację, usuwanie zanieczyszczeń pyłowych i gazowych lub drobnoustrojów chorobotwórczych, chłodzenie lub ogrzewanie, nawilżanie lub osuszanie) zachodzących z użyciem różnorodnych urządzeń klimatyzacyjnych, (np. klimatyzatorów typu split, klimatyzatorów typu multi-split, systemów klimatyzacji VRF).*

Funkcje klimatyzacji:

Klimatyzacja stanowi technikę umożliwiającą utrzymywanie optymalnych warunków klimatycznych w zamkniętych pomieszczeniach budynków mieszkalnych lub użytkowych bądź wnętrzach pojazdów mechanicznych – w szczególności temperatury, wilgotności, czystości i jakości zapachowej powietrza, w celu zapewnienia komfortowych warunków do życia i funkcjonowania człowieka (tzw. klimatyzacja bytowa) lub odpowiednich warunków dla określonych procesów technologicznych (tzw. klimatyzacja przemysłowa). Uzyskanie wymaganych parametrów możliwe jest dzięki stosowaniu szeregu różnorodnych procesów przetwarzania i uzdatniania powietrza zachodzących z użyciem urządzeń klimatyzacyjnych.

Funkcje klimatyzacji obejmują:

•chłodzenie powietrza – obniżenie temperatury powietrza w pomieszczeniach budynków mieszkalnych i użytkowych lub wnętrzach pojazdów mechanicznych w celu zwiększenia komfortu termicznego przebywających w nich osób (np. w okresie letnim przy wysokich temperaturach panujących na zewnątrz);

•ogrzewanie powietrza – podwyższenie temperatury w pomieszczeniach budynków mieszkalnych i użytkowych w celu zwiększenia komfortu termicznego przebywających w nich osób (np. w okresie zimowym przy niskich temperaturach panujących na zewnątrz); stanowiące dodatkowe lub główne źródło ogrzewania;

•oczyszczanie powietrza – filtracja, pochłanianie i neutralizacja szkodliwych substancji chemicznych; usuwanie zanieczyszczeń pyłowych i gazowych, alergenów (np. pyłków roślinnych, zarodników pleśni), drobnoustrojów chorobotwórczych (np. wirusów, bakterii, grzybów) i nieprzyjemnych zapachów za pomocą filtrów powietrza;

•jonizowanie powietrza – neutralizacja zanieczyszczeń pyłowych (np. cząstek kurzu domowego), alergenów (np. pyłków roślinnych, zarodników pleśni, roztoczy kurzu domowego) lub drobnoustrojów chorobotwórczych (np. wirusów, bakterii, grzybów) z wykorzystaniem jonów ujemnych (anionów

•regulacja wilgotności powietrza (nawilżanie i osuszanie) – utrzymywanie optymalnych parametrów wilgotnościowych powietrza w pomieszczeniach zamkniętych w celu zapewnienia komfortu cieplnego przebywających w nich osób bądź prawidłowego przebiegu procesów technologicznych.

Główną funkcją klimatyzacji jest chłodzenie powietrza, czyli zapewnienie odpowiednich parametrów komfortu cieplnego użytkowników budynków lub pojazdów w okresie letnim. Temperatura klimatyzowanych pomieszczeń powinna być niższa od temperatury panującej na zewnątrz maksymalnie o 6°C i z reguły wynosi 23-26°C; zaś poziom wilgotności względnej

powietrza wynosi 40-60%. Funkcje oczyszczania i regulacji wilgotności powietrza są ważne dla alergików, gdyż umożliwiają skuteczną eliminację zanieczyszczeń powietrza i alergenów.

Uszło uwadze odwołującego się, który definicję KLIMATYZACJI rozumie bardzo wąsko, a więc uznaje, iż jest to tylko proces chłodzenia powietrza w pomieszczeniach. Tymczasem pod tym pojęciem rozumianym ***sensu largo****, należy rozumieć także np. proces rekuperacji.*

W obniżeniu temperatury latem pomaga nie tylko klimatyzacja, ale też ciesząca się coraz większą popularnością ***rekuperacja*** *(wentylacja mechaniczna z odzyskiem ciepła), która nie tylko wymienia powietrze przy możliwie niskich kosztach (przynosząc przy tym duże oszczędności), ale i chłodzi powietrze latem, dzięki wymiennikowi ciepła znajdującym się w rekuperatorze. Tak więc budynek z rekuperacją, mimo stałej wymiany powietrza zużytego na świeże, posiada bardziej komfortową temperaturę niż ta na zewnątrz.*

Pismem z dnia 6 czerwca 2024 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1658/24 Zamawiający poinformował, że w dniu 4 czerwca 2024r. dokonał unieważnienia czynności w postępowaniu polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Impuls Contractor Sp. z o.o. i przystąpi do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Wobec powyższego, na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy PZP, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone.

Pismem z dnia 4 czerwca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Na czynność Zamawiającego, polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, w dniu 12.05.2024 roku zostało złożone do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez ***TEXOM Sp. z o.o.,*** *31-548 Kraków, al. Pokoju 1.*

Zmawiający zawiadomił Wykonawców o wniesionym odwołaniu. Wykonawca IMPULS Contractor Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego.

Zarzuty odwołania TEXOM Sp. z o.o. dotyczyły braku doświadczenia IMPULS Contractor Sp. z o.o. w zakresie wykonania robót instalacyjnych w części dotyczącej wykonania instalacji klimatyzacji. Na potwierdzenie swoich twierdzeń Odwołujący przedstawił wnioski dowodowe obejmujące m.in. dokumenty.

Wykonawca IMPULS Contractor Sp. z o.o. przedstawił swoje stanowisko wobec zarzutu odwołania wraz z dokumentami dodatkowymi.

(…)

Zamawiający zwrócił się do firmy STAM-BUD Zakład Ogólnobudowlany M.S. - podmiotu udzielającego Wykonawcy IMPULS Contractor Sp. z o.o. referencji dla zadania „Budowa budynku sali gimnastycznej z instalacjami wewnętrznymi (elektryczną, wodno- kanalizacyjną, centralnego ogrzewania, wentylacji mechanicznej, odgromowej) i zewnętrznymi (elektryczną, wodno-kanalizacyjną, deszczową) oraz przebudowa przyłącza wodociągowego w miejscowości Wilkowisko" o wyjaśnienie zakresu robót wykonanych przez firmę IMPULS Contractor Sp. z o.o. w ramach tego zadania.

Z wyjaśnień firmy STAM-BUD Zakład Ogólnobudowlany M.S., datowanych na dzień 24.05.2024 roku, a przesłanych do Zamawiającego w dniu 03.06.2024 roku wynika, że zakres robót budowlanych wskazanych przez IMPULS Contractor Sp. z o.o. dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt VI. 1. 2) 1)) SWZ nie obejmował wykonania instalacji klimatyzacji.

Z powyższego wynika, że wykonawca IMPULS Contractor Sp. z o.o. nie wykazał posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego, określonego w punkcie VI. 1. 2) 1)) SWZ.

(…)

W trakcie ponownego badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 11 czerwca 2024 r., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał IMPULS do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu robót budowlanych.

IMPULS pismem z dnia 12 czerwca 2024 r. uzupełnił wykaz robót, wskazując m.in. na:

Rozbudowa budynku Zespołu Szkół w Korzennej o halę widowiskowo-sportową oraz basen z zapleczem sanitarnym. Technologia wykonania budynku tradycyjna (murowo – żelbetowa) Zakres prac wykonywanych przez firmę Impuls Contractor: Budowa budynku: prace ogólno-budowalne, tj. prace murarskie, żelbetowe (m.in. fundamenty, wieńce), prace izolacyjne i wykończeniowe wnętrz oraz instalacje (elektryczne, sanitarne: grzewcze, wod-kan, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji). Parametry charakterystyczne obiektu: Kubatura: 28 800 m3. Powierzchnia użytkowa: 2474,37 m2. Powierzchnia zabudowy: 2774 m2.	3.600.000,00 zł brutto	Termin realizacji: lipiec 2018 – styczeń 2021 Miejsce wykonania: Zespół Szkół w Korzennej. Zleceniodawca: EKO-REM-BUD Jan Cabak, 33-336 Łabowa 185

Pismem z dnia 19 czerwca 2024 r. Zamawiający, o godzinie 15:59, zawiadomił o ponownym wyborze oferty IMPULS jako najkorzystniejszej.W tym samym dniu, o godz. 16.26 Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami w tym pisma, wezwania, wyjaśnienia, uzupełnienia oraz wykazu robót i wykazu osób wraz z referencjami złożonych przez IMPULS. Z uwagi na brak odpowiedzi, wniosek został ponowiony w dniu 24 czerwca 2024r. o godz. 8.59. Zamawiający udostępnił Odwołującemu wnioskowane dokumenty o godz. 13.16 w dniu 24 czerwca 2024 r.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1), nr 2) oraz 4) w *petitum* odwołania.

Zarzut nr 1 *– naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania.*

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.*

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Lekkomyślność polega na tym, że sprawca przewiduje, iż jego działanie może wyrządzić szkodę, jednak bezpodstawnie uznaje, iż skutku takiego uniknie.

Niedbalstwo polega na tym, że sprawca nie przewiduje, iż jego działanie może wyrządzić szkodę, chociaż powinien taki skutek przewidzieć. Pojęcie to związane jest przede wszystkim z niedołożeniem należytej staranności. Do oceny czynności wykonawcy znajduje zastosowanie art. 355 § 1 i 2 ustawy z dnia z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny zgodnie z którym: *§ 1. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). § 2. Należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.*

W judykaturze i doktrynie wskazuje się, że przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności, przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu. Bez wątpienia za profesjonalistę należy uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wzorzec należytej staranności nakłada zatem na wykonawcę, który składa ofertę, podmiotowe środki dowodowe, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, mają one bowiem wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Z kolei rażące niedbalstwo to niezachowanie staranności, jakiej można wymagać od osób najmniej nawet rozgarniętych.

Bezsporne było to, że w ramach zadania pn.: *„Budowa budynku sali gimnastycznej z instalacjami wewnętrznymi (elektryczną, wodno- kanalizacyjną, centralnego ogrzewania, wentylacji mechanicznej, odgromowej) i zewnętrznymi (elektryczną, wodno-kanalizacyjną, deszczową) oraz przebudowa przyłącza wodociągowego w miejscowości Wilkowisko”* (wykaz robót z dnia 22 kwietnia 2024r., poz. 4) IMPULS nie wykonał instalacji klimatyzacji. Spór sprowadzał się do tego, czy IMPULS deklarując wykonanie klimatyzacji w ramach realizacji ww. zadania, wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Zdaniem Izby, twierdzenia Odwołującego zasługiwały na aprobatę. Analiza dokumentów zamówienia, w szczególności wykazu robót oraz wyjaśnień IMPULS w tym zakresie doprowadziło Izbę do przekonania, że IMPULS wprowadził Zamawiającego w błąd co do wykonania klimatyzacji podczas budowy sali gimnastycznej przy szkole podstawowej w Wilkowisku, a tym samym, że spełnia warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Izba nie dała wiary próbie wykazania przez IMPULS, że pojęcie „klimatyzacji” jest dużo szersze i wchodzi w jej zakres również wentylacja mechaniczna z odzyskiem ciepła. W przedmiotowej sprawie nie zmieniły się okoliczności faktyczne, tylko sposób ich interpretacji na potrzeby postępowania odwoławczego.

Rację ma Odwołujący twierdząc, że skoro zdaniem IMPULS tak należy rozumieć pojęcie „klimatyzacja” to właśnie dokładnie takie stwierdzenie winno znaleźć się w wykazie. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca biorący udział w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako profesjonalista, winien dochować należytej staranności i mieć świadomość, wykazując spełnianie warunków udziały, jaki zakres robót wykonał. Nie bez znaczenia ma również fakt, że IMPULS dokonał dwukrotnej korekty wykazu robót z dnia 22 czerwca 2024r. w zakresie poz. 4, każdorazowo dodając treść odpowiadającą treści warunku w przedmiotowym postępowaniu.
Skoro zatem IMPULS, mając świadomość, że przedstawione w wykazie informacje nie są zgodne z zakres wykonanych robót (bowiem nie wykonał on klimatyzacji, a wentylację mechaniczną z odzyskiem ciepła), to fakt ten stanowi podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa.

Nie ulega wątpliwości, że informacja dotycząca spełniania warunków udziału w postępowaniu miały istotny wpływ na decyzję zamawiającego, bowiem zdecydowały o wyborze oferty IMPULS jako najkorzystniejszej.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający, oceniając, czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien ograniczyć się do ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Dla uznania informacji za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił. Biorąc powyższe pod rozwagę, twierdzenia Zamawiającego, że *stanowisko IMPULS nie miało charakteru intencjonalnego (tj. mającego na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd) lecz wynikało z dokonania interpretacji rozszerzającej pojęcia „klimatyzacji"* nie zasługiwało na aprobatę. Tym bardziej, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazuje wprost, że ***w świetle brzmienia w punktu VI. 1. 2) 1)) SWZ taka interpretacja warunku udziału w Postepowaniu nie była uzasadniona.*** *Mianowicie, w zakresie robót instalacyjnych, warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej został sformułowany jako „[…] robót […] instalacyjnych (instalacje elektryczne, wod.-kan., wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, grzewcze)", gdzie instalacja wentylacji mechanicznej oraz instalacja klimatyzacji zostały wymienione odrębnie. Jest to opis jasny i konkretny, wyłączający możliwość dokonywania interpretacji rozszerzającej na korzyść oferenta.*

Zarzut nr 2 *– naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp*

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Skład orzekający w pełni podziela utrwalone w orzecznictwie Izby stanowisko, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu, nie można w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem w zakresie istotnych dla tego postępowania informacji, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie zawiera błąd dotyczący braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2023r. w sprawie o sygn. akt KIO 84/23).
Jak już ww. IMPULS wprowadził Zamawiającego w błąd co do wykonania klimatyzacji podczas realizacji zadania pn.: *„Budowa budynku sali gimnastycznej z instalacjami wewnętrznymi (elektryczną, wodno- kanalizacyjną, centralnego ogrzewania, wentylacji mechanicznej, odgromowej) i zewnętrznymi (elektryczną, wodno-kanalizacyjną, deszczową) oraz przebudowa przyłącza wodociągowego w miejscowości Wilkowisko".* Brak było zatem podstaw prawnych i faktycznych do wezwania do uzupełnienia wykazu robót, zastępującego istniejący, który uzasadniał odrzucenie oferty IMPULS.

Zarzut nr 4 *– naruszenie art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 16 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp*

Art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Z kolei zgodnie z § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w

sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: *Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie.*

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*

Zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp załączniki do protokołu *„udostępnia się"* po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Co za tym idzie, zamawiający po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty powinien pozostawać w gotowości do umożliwienia zainteresowanym wykonawcom dostępu do jawnych dokumentów postępowania. Zamawiający powinien zatem tak procedować, aby dokumenty postępowania były możliwe do udostępnienia tuż po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Przenosząc powyższe na grunt omawianej sprawy, Zamawiający nie wykazał obiektywnej przeszkody w niezwłocznym udostępnieniu wnioskowanych przez Odwołującego dokumentów. Nie można bowiem uznać za obiektywną przeszkodę rozmiar plików oraz nieznajomość działania usług świadczonych w chmurze.

Nie ma przy tym znaczenia, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu protokół postępowania wraz z załącznikami w dniu 24 czerwca 2024 r. o godz. 13:16, z kolei plik dokumentu odwołania został opatrzony przez pełnomocnika Odwołującego kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 24 czerwca 2024 r. o godz. 21:44, a zamieszczenie odwołania na platformie e-Zamówienia nastąpiło w dniu 24 czerwca 2024 r. o godz. 22:52. Nie chodzi bowiem o to, aby Zamawiający udostępnił dokumenty na kilka godzin przed upływem terminu na wniesienie odwołania i tym samym zapewnił realny dostęp do środków ochrony prawnej. Zamawiający obowiązany jest udostępnić dokumenty niezwłocznie. Nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający pozostawał w zwłoce w udostępnieniu wnioskowanych przez Odwołującego dokumentów. W konsekwencji powyższego, do zakończenia postępowania odwoławczego, Odwołujący nie zdołał otrzymać odpowiedzi od wójta gminy Korzenna na wniosek o udostępnienie informacji publicznej w przedmiocie podwykonawców, którzy uczestniczyli przy realizacji zamówienia pn: Rozbudowa budynku Zespołu Szkół w Korzennej o halę widowiskowo-sportową oraz basen z zapleczem sanitarnym.

W ocenie Izby naruszenia Zamawiającego mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący dochował należytej staranności wnioskując o dokumenty 27 minut po otrzymaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający pozostawał w zwłoce z udostępnieniem dokumentów postępowania, czym ograniczył w sposób nieuzasadniony weryfikację przez Odwołującego zakresu robót wykonanych przez IMPULS przy rozbudowie budynku Zespołu Szkół w Korzennej.

W pozostałych zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut nr 3 *– naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp*

Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że IMPULS nie wykonał prac wskazanych w uzupełnionym wykazie robót.

W ocenie Izby z dowodów złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron nie wynika w sposób jednoznaczny, że IMPULS nie wykonał takiego zakresu prac na jaki powołuje się w uzupełnionym wykazie dot. realizacji zadania pn. *Rozbudowa budynku Zespołu Szkół w Korzennej o halę widowiskowo-sportową oraz basen z zapleczem sanitarnym*. Argumentacja Odwołującego opierała się wyłącznie na wartości wykonanych robót, która zdaniem Odwołującego była zbyt niska. Powyższe było niewystarczające do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit a oraz 2 lit. i b w zw. z § 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Zgodnie z art. 574 ustawy Pzp *do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw.* Dalej, zgodnie z art. 575 ustawy Pzp *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Z § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy, wynosi 10 000 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu

kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 PLN, inne uzasadnione wydatki.

§ 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że *W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części*.

§ 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia stanowi, że *W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.*

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 złotych uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 złotych poniesioną przez Odwołującego oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Z czterech zarzutów trzy okazały się zasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 1/4 i Zamawiający w części 3/4.

Odwołujący poniósł koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13 600 złotych tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia swego pełnomocnika (10 000 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 4 300 zł (17 200 zł x 1/4).

Zamawiający poniósł koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał do wysokości 12 900 złotych (17 200 zł x 3/4).

Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 złotych, stanowiącą po potrąceniu 3/4 sumy kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……