

WYROK

Warszawa, dnia 19 czerwca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Piotr Kozłowski

Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 26 kwietnia 2024 roku, 9 maja 2024 roku, 10 czerwca 2024 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- A)w dniu 8 kwietnia 2024 roku przez wykonawcę *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie* (sygn. akt KIO 1205/24),
B)w dniu 8 kwietnia 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* (sygn. akt KIO 1211/24)

w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego – *Teatr Muzyczny w Poznaniu*

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1205/24 wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie*
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1211/24 wykonawcy *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie*

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 1205/24 w zakresie:

- naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie, w jakim wprowadzono zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących doświadczenia pana M. P., T. Rozpędka, T. S. w zakresie informacji związanych z kwalifikacją inwestycji Selvita oraz Equinix,
- naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kierownika robót oświetlenia scenicznego pana J.

i w konsekwencji zarzut podania nieprawdziwych informacji,

- naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie dotyczącym pana A. R..

2. Uwzględnia w części odwołanie sygn. akt KIO 1205/24 i nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* na podstawie:

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 znku oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp odrzucenie oferty z uwagi
 - na informacje podane w załączniku „kryteria pozaceonowe”, a dotyczących Pana K.R. w odniesieniu do obu podanych inwestycji
 - w zakresie informacji dotyczących pełnionych funkcji w ich ramach,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 znku oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp odrzucenie oferty z uwagi
 - na informacje podane w załączniku „kryteria pozaceonowe”, a dotyczące Pana T.R. w odniesieniu do inwestycji „Budynek C, w zespole budynków handlowo-usługowych. Galeria handlowa w Elku” w zakresie informacji dotyczących wartości projektowanego budynku C,
- wykluczenie z postępowania o zamówienie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp z uwagi na przedstawienie informacji, w zakresie inwestycji pn. „Budowa nowego Archiwum Państwowego przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy” w Wykazie osób dotyczącym Kierownika robót teletechnicznych,

wprowadzających Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji nakazuje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a ustawy pzp.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne.

3.Oddala odwołanie sygn. akt KIO 1211/24

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie* oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka*

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Zamawiającego *Teatr Muzyczny w Poznaniu*

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie* tytułem wpisu od odwołania,

kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka*

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka*

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

kwotę 4 428,00 zł (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego *Teatr Muzyczny*

w Poznaniu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie sygn. akt KIO 1205/24

kwotę 4 428,00 zł (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego *Teatr Muzyczny*

w Poznaniu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie sygn. akt KIO 1211/24

2.2zasądza od wykonawcy *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie* na rzecz Zamawiającego *Teatr Muzyczny w Poznaniu* kwotę 2 570, 00 zł (słownie: dwa tysiące pięćset siedemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez *Teatr Muzyczny w Poznaniu* stosowanie do wyniku postępowania,

2.3zasądza od Zamawiającego *Teatr Muzyczny w Poznaniu* na rzecz wykonawcy *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie* kwotę 6 742,00 zł (słownie: sześć tysięcy siedemset czterdzieści dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie* stosowanie do wyniku postępowania,

2.4zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka*

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego

Teatr Muzyczny w Poznaniu kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego *Teatr Muzyczny w Poznaniu* stosowanie do wyniku postępowania.

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 1205/24

KIO 1211/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – *Teatr Muzyczny w Poznaniu* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu”

Numer referencyjny: TM.ZP/252-02/2023 (tak w Ogłoszeniu o zamówieniu; w SWZ: Oznaczenie sprawy: TM.ZP/252

03/2023) (dalej jako: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 105-329885 w dniu 2 czerwca 2023 r.

Sygn. akt KIO 1205/24

W dniu 8 kwietnia 2024 roku Odwołujący *Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie* działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw.

z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U.

z 2023 r. poz. 1610 ze zm.; dalej „PZP” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego, polegających na:

1) zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy – Konsorcjum firm: A. Sp. z o.o. z siedzibą

w Strzelcach Opolskich (lider) oraz A. Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Konsorcjum A.” lub „W.A.”) z Postępowania

i odrzucenia jego oferty,

2) nieprawidłowej ocenie informacji ujętych w Formularzach „Kryteria pozacenowe” (zał. Nr 18 do SWZ) złożonych zarówno przez Wykonawcę A., jak i Odwołującego,

3) wyborze oferty W.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu, że:

1) pominął, że Konsorcjum A. w Wykazie usług oraz w Wykazie osób złożonych

na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 1 ppkt 5, pkt 2 ppkt 3, 5, 11 i 12 oraz pkt 3 ppkt 5, 7, 8 i 10 SWZ, podało w wyniku zamierzonego działania lub – co najmniej – rażącego niedbalstwa informacje, które wprowadziły Zamawiającego w błąd i doprowadziły do uznania, że wykonawca ten – wbrew okolicznościom faktycznym – spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Tymczasem taki sposób działania Wykonawcy wypełnia przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, a którą Zamawiający zdecydował się stosować w Postępowaniu, o czym świadczy zapis zawarty w Rozdziale 6 ust. 2 lit. e SWZ, a w konsekwencji miał obowiązek wykluczenia Konsorcjum A. z Postępowania;

2) pominął, że niektóre z informacji podanych przez Konsorcjum A. w formularzu „Kryteria pozacenowe” załączonym do oferty Konsorcjum A. (sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 18 do SWZ) są informacjami nieprawdziwymi, wprowadzającymi zamawiającego w błąd, podanymi wyłącznie

w celu uzyskania dodatkowych punktów. Taką ofertę należy uznać za złożoną

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „ZNKU”), co powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy;

3) pominął fakt złożenia w JEDZ podmiotu trzeciego Sound&Space nieprawdziwych informacji co do podstaw wykluczenia, co winno skutkować wykluczeniem podmiotu trzeciego oraz samego Wykonawcy, a co najmniej brakiem możliwości zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem, a w konsekwencji stwierdzeniem niespełnienia warunków udziału w postępowaniu;

4) dodatkowo, abstrahując od zaistnienia w Postępowaniu przesłanek wykluczenia Konsorcjum A. i odrzucenia oferty tego Wykonawcy, Zamawiający także nieprawidłowo ocenił w ramach kryteriów oceny ofert, doświadczenie osób, które Konsorcjum A. planowało skierować do wykonania zamówienia,

a wskazanych w formularzu „Kryteria pozacenowe” załączonym do oferty Konsorcjum A. (sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 18 do SWZ). Niektóre z prac wskazanych jako wykonane przez poszczególne osoby wymienione w tym Formularzu, nie odpowiadają opisowi warunków SWZ, a w konsekwencji nie pozwalają na przyznanie dodatkowych punktów ofercie Konsorcjum A.;

5) w przypadku, gdyby zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty Konsorcjum A. z powodu podania nieprawdziwych informacji, w tym noszących znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, zostały uznane za niezasadne, Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał nienależytej i nierzetelnej oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Konsorcjum A.. Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu

w zakresie doświadczenia w wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej

z wykorzystaniem technologii BIM oraz wymaganej kadry do wykonania zamówienia, a podmiotowe środki dowodowe złożone przez tego wykonawcę – pomimo złożenia wyjaśnień w dniu 26.02.2024 r. - w wielu

miejscach zawierają zbyt lakoniczne informacje, nie pozwalające ocenić, czy wykazywane doświadczenie Wykonawcy

i poszczególnych osób jego zespołu odpowiada warunkom opisanym w SWZ. Prawidłowa ocena powinna wiązać się z uznaniem, że W.A.

nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy;

6)w sposób nieprawidłowy ocenił doświadczenie kadry Odwołującego w formularzu „Kryteria pozacenowe” w zakresie kierownika robót instalacji i sieci sanitarnych, kierownika robót teletechnicznych i projektanta elektroakustyki, niezasadnie odejmując punkty za doświadczenie tych osób.

a tym samym naruszył niżej wymienione przepisy ustawy, jak i te, które nie zostały wprost wymienione, ale wynikają z treści uzasadnienia odwołania

I) Art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum A. z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej

i zawodowej, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co mogło

(i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

II) Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A., pomimo że została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania;

III) Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ZNKU oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A., pomimo

że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ZNKU;

IV) Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A., pomimo że została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej

i zawodowej w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania;

V) Art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości oraz wybór oferty niezgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami PZP

i postanowieniami SWZ, w tym wybór – jako najkorzystniejszej – oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez Wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i który powinien zostać wykluczony z Postępowania;

VI) Art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez wybór oferty, której Zamawiający - w oderwaniu od określonych w SWZ warunków udziału w postępowaniu - przyznał zbyt dużą liczbę punktów w Kryterium pozacenowym (kryterium 2 i 3), co miało wpływ na wynik postępowania i czym Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości prowadzonego postępowania;

VII) Art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 125 ust. 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum A. z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że podmiot, na którego zasobach polega Wykonawca nie podlega wykluczeniu,

a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co mogło (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

VIII) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez przyznanie Odwołującemu zbyt małej liczby punktów w Kryterium pozacenowym (2 i 3).

Odwołujący wniosł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji:

a. przyznania ofercie Odwołującego większej liczby punktów (wynikającej z uzasadnienia odwołania);

b. wykluczenia z Postępowania Konsorcjum A. oraz odrzucenia jego oferty

a w przypadku stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum A. lub odrzucenia oferty

c. przyznania ofercie A. w kryteriach oceny ofert mniejszej liczby punktów (wynikającej z uzasadnienia odwołania).

Odwołujący wnosi również o:

- 1) dołączenie do akt niniejszej sprawy akt sprawy o sygn. akt KIO 323/24 i przeprowadzenie dowodu z akt zgromadzonych w tej sprawie, w szczególności z odwołania złożonego w dniu 29 stycznia 2024 r. na okoliczność treści odwołania i załączonych do niego dowodów;
- 2) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na fakturze przedłożonej do akt sprawy na rozprawie oraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa;
- 3) rozpoznanie sprawy na posiedzeniu z udziałem Stron lub rozprawie, nawet w przypadku, gdyby Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej lub gdyby zaistniały jakiegokolwiek inne przesłanki zakończenia postępowania odwoławczego w inny sposób niż wyrokiem.

Odwołujący podał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie

do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 ustawy jako jedyny poza Konsorcjum A. wykonawca, który złożył ofertę i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP wskazanych w petitum odwołania

i wynikających z jego uzasadnienia, interes Odwołującego doznał uszczerbku, w związku

z czym Odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego możliwości pozyskania zamówienia i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 PZP do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie:

I. Uwagi wstępne

Odwołujący podał, że mając na względzie przebieg Postępowania i czynności podejmowane w jego toku przez Zamawiającego, wybór oferty najkorzystniejszej dokonany w dniu 29.03.2024 r. należy traktować jako pierwszą w tym Postępowaniu czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Konsekwentnie dopiero dzień 29.03.2024 r. jest dniem zakończenia oceny ofert złożonych w Postępowaniu. Pismem z dnia 7.02.2024 r. Zamawiający unieważnił bowiem czynność oceny ofert dokonaną przed 19.01.2024 r. oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 19.01.2024 r. Tym samym czynności podejmowane przez Zamawiającego od dnia złożenia ofert w Postępowaniu do dnia 29.03.2024 r. należy traktować jako ciąg czynności składających się łącznie na ocenę ofert w Postępowaniu, zaś wybór oferty najkorzystniejszej z 29.03.2024 r. – jako pierwszy i jedyny (na dzień wnoszenia obecnego Odwołania) wybór. Czynności, o których Zamawiający poinformował w dniu 19.01.2024 r., wobec ich unieważnienia samodzielnie przez Zamawiającego, należy uznać za niebyłe i nieposiadające jakiegokolwiek doniosłości prawnej.

Okoliczność nieistnienia prawidłowo dokonanych czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej potwierdziła również Izba postanowieniem z dnia 12.02.2024 r. w sprawie sygn. akt KIO 323/24, którym umorzyła postępowanie odwoławcze stwierdzając brak substratu zaskarżenia. Izba wówczas podkreśliła, że Zamawiający w ramach autoweryfikacji czynności zdecydował o konieczności powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a „tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przez Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość odwołujący kwestionował”. Powtórzenie tych czynności oznaczało zatem anulowanie dotychczas dokonanych czynności i uznanie ich za niebyłe a następnie dokonanie ich od nowa.

Odwołujący podał, że z tego względu dopiero czynność wyboru oferty najkorzystniejszej

z 29.03.2024 r. można uznać za czynność stanowiącą zakończenie oceny ofert, otwierającą możliwość jej zaskarżenia i poddania ocenie zgodności z PZP czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego od dnia otwarcia ofert do wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu postanowienia z dnia 12.02.2024 r. w sprawie sygn. akt KIO 323/24, Izba jednoznacznie wskazała, że brak było możliwości weryfikacji zgodności z PZP działań Zamawiającego przed dokonaniem nowej oceny ofert.

Odwołujący podał, że w treści niniejszego odwołania powołuje się na treść zarzutów poprzedniego odwołania wniesionego w dniu 29.01.2024 r. (dalej jako „odwołanie

z 29.01.2024 r.”), którym zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 19.01.2024 r., jednakże wyłącznie w

celu zarysowania zakresu wątpliwości i braków

w ofercie (oraz podmiotowych środkach dowodowych) złożonej przez Konsorcjum A. jakie badał (lub powinien był zbadać) Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, który jest obecnie przedmiotem zaskarżenia, a także w zakresie nadal aktualnym. Istotne jest również to, że do odwołania z 29.01.2024 r. załączono liczne dowody, z których w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że Konsorcjum A. podało nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co jednocześnie jednoznacznie świadczyło o działaniach Konsorcjum A. noszących znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ZNKU.

Dowody te, wobec ich przekazania Zamawiającemu przy Odwołaniu z 29.01.2024 r., weszły w posiadanie Zamawiającego i stanowią część dokumentacji Postępowania (przy czym, dla ułatwienia oceny materiału dowodowego, dowody istotne dla rozstrzygnięcia tego odwołania dołączono ponownie). Podkreślenia wymaga, że Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej oferty w dniu 29.03.2024 r. znał ich treść i wynikające z nich informacje dowodzące istnienia podstaw do wykluczenia Konsorcjum A.

z Postępowania oraz odrzucenia złożonej przez tego Wykonawcę oferty. Okoliczność znajomości tych dowodów podczas oceny wyjaśnień złożonych w dniu 26.02.2024 r. przez Konsorcjum A., świadczy o nierzetelności oceny tych wyjaśnień, stronnictwie Zamawiającego i dążeniu za wszelką cenę do udzielenia zamówienia na rzecz Konsorcjum A.

II. Podstawa prawna i uzasadnienie prawne podnoszonych zarzutów

Odwołujący podał, że zgodnie z naczelnymi zasadami udzielania zamówień, wyrażonymi

w art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy, zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela wykonawcy wybranemu zgodnie

z przepisami. Rażącym naruszeniem tych zasad jest nierzetelna ocena ofert w określonych w Postępowaniu kryteriach oceny ofert („Doświadczenie zespołu kierowników budowy i robót wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia”) oraz wybór oferty podlegającej odrzuceniu i złożonej przez wykonawcę, wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania.

ad. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy – podanie nieprawdziwych informacji

Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku

zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – o ile przewidział w dokumentach zamówienia możliwość wykluczenia wykonawcy w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, co w niniejszym Postępowaniu miało miejsce. Dla zastosowania przesłanki wykluczenia z postępowania, określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP konieczne jest ustalenie, że:

1) przedstawione przez wykonawcę informacje, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu wprowadzają zamawiającego w błąd;

2) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy;

3) informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego (pozytywne dla wykonawcy, wprowadzającego w błąd, np. wybór oferty, przyznanie punktów w kryteriach oceny ofert, zaniechanie odrzucenia oferty, uznanie, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu).

Odwołujący wskazał na wyrok SO w Warszawie z dnia 15.04.2021 r. sygn. akt XXIII Zs 22/21

Działanie wykonawcy, który zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym podstawa wykluczenia, określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo.

Odwołujący wskazał wyrok SN z dnia 12.04.2023 r. sygn. akt II CSKP 1454/22)

w odniesieniu do pojęcia rażącego niedbalstwa. Informacje składane w postępowaniu

o udzielenie zamówienia w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego lub oceniane w kryteriach oceny ofert, są oświadczeniami wiedzy składanymi zawsze w sposób celowy i zamierzony. Ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności. Odwołujący wskazał wyrok Izby

z 18.01.2021 r. sygn. akt KIO 3222/20, KIO 3252/20 W orzecznictwie podkreśla się także szczególną rolę oświadczeń własnych wykonawców składanych w postępowaniu jako podmiotowe środki dowodowe. To w ich oparciu zamawiający badają spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej wykonawcy, w tym

wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób, którymi dysponuje na potrzeby realizacji zamówienia. Takie odformalizowanie, polegające na braku obowiązku przedstawiania przez wykonawców pochodzących od osób trzecich dowodów na potwierdzenie prawdziwości tych oświadczeń, służy usprawnieniu i przyspieszeniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych, ale oparte jest na zaufaniu do wykonawców. W konsekwencji uznaje się, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawianie w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Nadużycie takiego zaufania i złożenie informacji nieprawdziwych w oświadczeniach własnych wykonawcy takich jak wykaz usług, robot czy osób, uznawane jest zatem za rażące naruszenie takiego wzorca (np. wyrok z 27.01.2023 r., sygn. akt KIO 84/23). Należy podkreślić, że wypełnienie formularzy (wzorów z SWZ) wykazu usług, robot, osób każdorazowo wymaga przeanalizowania zrealizowanych przez wykonawcę lub poszczególne osoby zadań i wyselekcjonowanie konkretnych ich elementów odpowiadających elementom opisu warunków udziału w postępowaniu. W sytuacji, gdy dana informacja nie odpowiada rzeczywistości, jej podanie w oświadczeniu własnym (o ile nie jest wynikiem prostej omyłki), ewidentnie jest wynikiem zamierzonego działania (ewentualnie oparcie się na zapewnieniach innej osoby nie opartych o odpowiednią dokumentację może stanowić rażące niedbalstwo w postaci zaniechania zweryfikowania prawdziwości kluczowych informacji). O braku popełnienia omyłki przez Konsorcjum A., ale o zamierzonym działaniu (względne rażącym niedbalstwem) z pewnością świadczy fakt, że informacje nieprawdziwe dotyczą wielu elementów warunków i doświadczenia punktowanego w kryteriach oceny ofert (co zostanie szczegółowo omówione poniżej). Wobec wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień, Konsorcjum A. dodatkowo podtrzymało podane uprzednio informacje, kreując dodatkowe twierdzenia mające na celu utwierdzenie Zamawiającego w przekonaniu co do ich prawdziwości - co tym bardziej świadczy o celowości działania Konsorcjum A.. Podobnie w odniesieniu do weryfikacji rzetelności podmiotu trzeciego – Wykonawca jest zobowiązany do weryfikacji czy podmiot ten należycie realizował zamówienia publiczne w przeszłości oraz czy w tym zakresie oświadczenie składane w JEDZ jest prawdziwe. Wykonawca składa dokumenty dostarczone mu przez podmiot trzeci na własną odpowiedzialność. Konsorcjum A. przedstawił w Postępowaniu liczne nieprawdziwe informacje mające m.in. na celu wykazanie, że spełnia warunki udziału w tym Postępowaniu oraz dysponuje zespołem posiadającym doświadczenie punktowane w kryteriach oceny ofert. Odwołujący podał, że wykaże faktyczne okoliczności dotyczące zadań wykazywanych jako doświadczenie własne tego wykonawcy, jako doświadczenie podmiotu trzeciego (Sound & Space) oraz jako doświadczenie osób, które Konsorcjum A. zamierzało skierować do realizacji zamówienia, co do których w Wykazie usług, Formularzu "Kryteria punktowane" oraz w Wykazie osób podano informacje nieprawdziwe, wprowadzające zamawiającego w błąd, w celu pozyskania zamówienia. Zostały one podane w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, otrzymania większej liczby punktów w kryteriach pozacenowych, bezsprzecznie w wyniku zamierzonego działania lub przynajmniej w wyniku rażącego niedbalstwa i miały ewidentny wpływ na decyzje Zamawiającego podjęte w Postępowaniu, prowadzące do wyboru oferty Konsorcjum A. jako najkorzystniejszej, co dotyczy również wprowadzających w błąd informacji w JEDZ podmiotu trzeciego. Tym samym spełnione zostały wszystkie przesłanki wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP.

ad. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP – złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji
Zamawiający odrzuca ofertę złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji
w rozumieniu przepisów ZNKU (art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP). Stypizowanym czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody (art. 14 ust. 1 ZNKU). Rozpowszechnianiem takich wiadomości, o którym mowa w art. 14 ust. 1 ZNKU, jest również posługiwanie się nieprzystługującymi lub nieścisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami **o kwalifikacjach pracowników** (art. 14 ust. 3 pkt 1 ZNKU). Czynem nieuczciwej konkurencji jest także każde działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ZNKU).
W przypadku, w którym zamawiający nie przewidział w postępowaniu o udzielenie zamówienia fakultatywnych podstaw wykluczenia, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP, złożenie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd co do swoich zdolności lub kwalifikacji pracowników traktowane jest jako czyn nieuczciwej konkurencji i skutkuje odrzuceniem oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 lub ust. 3 pkt 1 i art. 3 ust. 1 ZNKU. Odwołujący wskazał orzeczenie Izby z dnia 21.01.2022 r. sygn. akt KIO 5/22 oraz wyrok z dnia 1.12.2022 r. sygn. akt KIO 3025/22 oraz wyrok z dnia 23.05.2023 r. sygn. akt KIO 1287/23 oddalając z przyczyn formalnych zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP

w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ZNKU poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który potwierdził w wykazie osób, stanowiącym podstawę przyznania dodatkowej punktacji, nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia

Brak możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi

Jako utrwalony w orzecznictwie i doktrynie pogląd należy traktować **brak możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi**. Odwołujący wskazał wyrok

z 15.05.2023 r. sygn. akt KIO 1160/23. Zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu oraz przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b PZP. Zamawiający może nie wzywać wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich poprawienie lub uzupełnienie (art. 128 ust. 1 pkt 1 PZP). W przedmiotowej sprawie oferta Konsorcjum A. została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji. O takiej kwalifikacji świadczy podanie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia wykonawcy

(w Wykazie usług), osób kierowanych do realizacji zamówienia podlegających ocenie

w ramach kryteriów oceny ofert (W Formularzu "Kryteria pozacenowe"), w celu uzyskania większej liczby punktów niż ta wynikająca z rzeczywistego doświadczenia tych osób,

a zatem w celu uzyskania przewagi nieuczciwymi metodami. O takiej kwalifikacji świadczy także podanie nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełniania warunków udziału w postępowaniu, przy czym dochodzi tu do zbiegu dwóch podstaw prawnych, tj. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP. Natomiast, w razie uznania, że podanie ww. nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia opisanego w Wykazie usług, Wykazie osób oraz w Formularzu "Kryteria punktowane" nie nastąpiło

w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, nie będzie można o odmówić zakwalifikowania winy Konsorcjum A. przynajmniej do kategorii lekkomyślności lub niedbalstwa. W takiej sytuacji, wobec braku stosowania w Postępowaniu art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP – zgodnie powyżej cytowanym orzecznictwem - będzie samodzielną przesłanką odrzucenia oferty Konsorcjum A.

III. Nieprawidłowa ocena spełniania przez Konsorcjum A. warunków udziału

w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczących doświadczenia wymaganego od wykonawcy, zaniechanie wykluczenia W.A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a - lub ewentualnie - lit. b PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ZNKU

W rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 1 ppkt 5 SWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że wykonał należycie, w okresie ostatnich 10-ciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

W złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 PZP wykazie usług W.A. wskazał dwie usługi:

1) w poz. 1 wykazu – udostępnioną przez Sound & Space sp. z o.o. (dalej jako: „S&S”) na podstawie zobowiązania złożonego wraz z ofertą, wykonaną dla JPD Krupińscy, której przedmiotem było wykonanie dokumentacji wielobranżowej dla inwestycji pn.: „Nadbudowa i przebudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr – Utworzenie „Dużej Sceny” Kujawsko Pomorskiego Impresaryjnego Teatru Muzycznego w Toruniu”;

2) w poz. 2 wykazu – nieobjętą zakresem zobowiązania S&S (wbrew oświadczeniu Wykonawcy złożonym w wykazie), wykonaną dla Gminy Miasta Ustka, której przedmiotem było wykonanie dokumentacji wielobranżowej dla inwestycji pn.: „Budowa budynku usługowego Centrum Kultury przy Placu Wolności w Ustce wraz ze zmianą zagospodarowania terenu”.

Odwołujący podał, że w odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż dokonał wyboru oferty W.A., pomimo że ten w poz. 1 wykazu usług:

1) w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, pozwalających uznać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. oświadczył, że wielobranżowa dokumentacja projektowa została wykonana z wykorzystaniem technologii BIM, podczas gdy Odwołujący wykazał dowodami dołączonymi do odwołania, że w rzeczywistości wielobranżowa dokumentacja projektowa nie była wykonana z wykorzystaniem technologii BIM;

2) nie wykazał możliwości polegania na doświadczeniu S&S w zakresie usługi wskazanej

w poz. 2 wykazu, wobec czego Zamawiający nie miał podstaw do badania, czy usługa

ta spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 1 ppkt

5 SWZ.

W odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r. Odwołujący podnosił, iż wnioskiem z dnia 24.11.2023 r. zwrócił się do Inwestora zadania wskazanego w poz. 1, tj. Kujawsko-Pomorskiego Teatru Muzycznego w Toruniu (dalej jako: „KPTMwT” o udostępnienie informacji publicznej m.in. w zakresie, czy wykonywany w ramach tego zamówienia projekt był

wykonywany z wykorzystaniem technologii BIM oraz czy taki był wymóg w SWZ i czy Zamawiający dokonał odbioru dokumentacji w technologii BIM (pyt. 7 i 8 wniosku). W odpowiedzi otrzymał następującą informację:

Dowody: Wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 24.11.2023 r. (Wniosek o udostępnienie informacji publicznej Teatr Muzyczny Toruń (2).pdf) oraz odpowiedź Inwestora

– KPTMwT z dnia 29.11.2023 r. (M.Lukasiewicz inf publiczna podp (1).pdf)

Również w odpowiedzi na dodatkowy wniosek Odwołującego z 28.11.2023 r. Inwestor w dniu 1.12.2023 r. udzielił m.in. następującej odpowiedzi:

Dowody: Wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 28.11.2023 r.

(UDIP_KPTM_Toruń_pytania (1).pdf) oraz odpowiedź Inwestora – KPTMwT z dnia 1.12.2023 r. (odp H.C. podp.pdf)

Odwołujący podnosił, że z informacji uzyskanych od Inwestora (KPTMwT) niebicie wynika, iż we wskazanym w poz. 1 wykazu zamówieniu nie wymagał on wykonania dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM. Odwołujący wskazał również, że okoliczność ta dodatkowo znajduje potwierdzenie w postanowieniach umowy (wraz z aneksami), zawartej pomiędzy Inwestorem - KPTMwT a wykonawcą referencyjnego zadania,

tj. Konsorcjum firm: 1) JPD sp. z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (lider), 2) Zakład Budowlany „Krupiński” Jan Krupiński oraz Clima Komfort sp. z o.o. (dalej jako: „Konsorcjum Wykonawcze”).

Dowody: Umowa nr ITM-4/2018 zawarta w dniu 27.06.2019 r., wraz z 4. aneksami (Umowa Wykonawcza z JPD_27.06.2019.pdf; 01.07.2020 - GRUNWALD - JPD Aneks terminowy

na roboty bud.- wydłużenie do dnia 30.06.2021 r..pdf; Aneks nr 2 JPD Grunwald.pdf; Aneks nr 3 do umowy ITM-4 2018 (1).pdf; ANEKS NR.1 TEATR TORUŃ.pdf) - udostępniona wraz odpowiedzią Inwestora z dnia 1.12.2023 r. (odp H.C.2.pdf)

Odwołujący wnioskiem z 30.11.2023 r. poprosił również Inwestora (KPTMwT)

o udostępnienie umowy podwykonawczej na wykonanie dokumentacji projektowej zawartej pomiędzy S&S (podwykonawcą) a JPD sp. z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (liderem Konsorcjum Wykonawczego), i umowę taką wraz z aneksami otrzymał 1.12.2023 r.

Dowody: Wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 30.11.2023 r. (UDIP_KPTM_Toruń_umowa S&S i JPD.pdf) oraz odpowiedź Inwestora – KPTMwT z dnia 1.12.2023 r. (odp H.C.2.pdf) wraz z umową podwykonawczą o prace projektowe zawartą pomiędzy S&S a JPD sp. z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. i aneksami do tej umowy (Umowa_14_12_2020 LEBIODA vs JPD GRUNWALD-kopia.pdf; ANEKS nr 1 Lebioda vs JPD-kopia (1).pdf; aneks nr 2 Lebioda-kopia.pdf)*

W odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r. Odwołujący wskazał, że w umowie podwykonawczej o prace projektowe, zawartej pomiędzy JPD sp. z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. jako Lidera Konsorcjum Wykonawczego a S&S, również próżno szukać zobowiązania S&S do wykonania dokumentacji z wykorzystaniem technologii BIM. Przeciwnie – w § 1 ust. 3 umowy określono:

- co ewidentnie wskazuje na zobowiązanie do opracowania dokumentacji „klasycznej”, w wymiarze 2D, a nie do wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM

W odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r. Odwołujący wskazał również, że w dniu 6.12.2023 r. uzyskał także dodatkowe potwierdzenie od Prezesa Clima Komfort Sp. z o.o. (partnera Konsorcjum Wykonawczego), że opracowana przez S&S dokumentacja

„nie obejmowała wykorzystania technologii BIM” (pkt 1) oraz że „nie została wykonana w technologii BIM” (pkt 4).

Dowody: Wniosek o udostępnienie informacji z dnia 6.12.2023 r. (Clima Komfort_PA_Teatr Toruń.pdf) oraz odpowiedź Prezesa Clima Komfort Sp. z o.o. z dnia 7.12.2023 r. (23.12.07 Clima Komfort - odp. na pismo dekpól.pdf)

Zamawiający, po zapoznaniu się z odwołaniem unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a w toku ponownej czynności badania i oceny ofert wezwał Wykonawcę A. do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług (pismem z dnia

8 lutego 2024 r.). W odpowiedzi, pismem z dnia 26.02.2024 r. (dalej jako: „Wyjaśnienia”), W.A. ponownie oświadczył, że projekt inwestycji wskazanej w poz. 1 wykazu został wykonany z wykorzystaniem technologii BIM. Podniósł, że Zamawiający

nie wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu dokumentacji projektowej

w technologii BIM, a jedynie z wykorzystaniem technologii BIM, pomimo iż w odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r. w żadnym miejscu Odwołujący nie twierdził, że inaczej rozumie warunek udziału w postępowaniu. Przeciwnie – w tym odwołaniu Odwołujący podniósł twierdzenia i dowody potwierdzające jednoznacznie fakt niewykonania rzeczowej dokumentacji z wykorzystaniem technologii BIM.

Odwołujący podał, że istotne jest, w złożonych Wyjaśnieniach W.A. potwierdził, że powoływane w poprzednim odwołaniu postanowienia umów zawieranych w ramach tej inwestycji (tj. postanowienia umowy zawartej przez Inwestora – KPTMwT z Konsorcjum Wykonawczym nie nakładają obowiązku wykonania projektu w technologii BIM. W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że postanowienia tych umów – co pominął W.A. – nie zawierają również obowiązku wykonania dokumentacji z wykorzystaniem technologii BIM, a którą to okoliczność Odwołujący wykazał w odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r.

Odwołujący w ślad za odwołaniem wniesionym w dniu 29.02.2024 r., podał, że treść umowy zawartej pomiędzy Inwestorem – KPTMwT a Konsorcjum Wykonawczym oraz treść umowy o prace projektowe, zawartej pomiędzy JPD sp. z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (jako Lidera Konsorcjum Wykonawczego) a S&S, nie pozwala na przyjęcie, że S&S faktycznie w ramach tego zadania wykonał wielobranżową dokumentację projektową z wykorzystaniem technologii BIM. Taka dokumentacja stanowi dodatkowe, odrębne opracowanie od koniecznego do wykonania w 2D w celu uzyskania pozwolenia na budowę.

Jest to okoliczność bezsporna co najmniej dla profesjonalistów świadczących tego typu usługi oraz podmiotów je zamawiających. Z tego też powodu wymaganie wykonania dokumentacji z wykorzystaniem technologii BIM formułowane jest wprost, jako znaczące zobowiązanie wykonawcy, co w przedmiotowym zadaniu referencyjnym nie miało miejsca. Z załączonych do wyjaśnień referencji, pochodzących tym razem od JPD sp. z o.o. sp. k. (czyli lidera Konsorcjum Wykonawczego), datowanych na dzień 19.02.2024 r., wynika, że

Natomiast umowa o prace projektowe została zawarta w dniu 14.12.2020 r. z terminem wykonania projektu budowlanego do dnia 15.12.2020 r. (§ 3 ust. 1 umowy). Postanowienia tej umowy (§ 1 ust. 1) zobowiązują S&S do wykonania nowego Projektu architektoniczno-budowlanego w zakresie opisanym w Protokole konieczności nr 1 z dnia 24.07.2020 r. W § 1 ust. 2 umowy wskazano, że zakres przedmiotu tej umowy obejmuje wykonanie projektu budowlanego stanowiącego uzupełnienie i uszczegółowienie istniejącego projektu budowlanego. W § 1 ust. 3 umowa zobowiązywała do przekazania projektu budowlanego

„w 3 egzemplarzach w formie wydruku oraz w 3 wersjach elektronicznych na nośniku CD/DVD (format: „pdf”, „doc”)”, a w § 3 ust. 3 zobowiązywała do złożenia wniosku

o uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę do dnia 18.12.2020 r.

Zatem, nawet uwzględniając okoliczność, na którą jak podaje wskazywał Odwołujący

w poprzednim odwołaniu, iż umowa ta została zawarta dopiero w dniu 14.12.2020 r.

(na ponowne żądanie Inwestora o przekazanie kopii tej umowy, chociaż w rzeczywistości S&S wykonywał projekt budowlany co najmniej od grudnia 2019 r.), to w wyniku wykonania tej umowy w dniu 15.12.2020 r. powinno nastąpić przekazanie projektu budowlanego

do akceptacji w formacie „pdf”, „doc”), a następnie do dnia 18.12.2020 r. powinien zostać złożony wniosek o uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę.

Bezspornym faktem jest, że w dniu 16.06.2021 r. został zatwierdzony zamienny projekt budowlany, a decyzja w przedmiocie zmiany pozwolenia na budowę stała się ostateczna

w dniu 10.07.2021 r. Fakt ten stwierdza Inwestor – oraz Konsorcjum Wykonawcze w preambule Aneksu nr 2 do Umowy, zawartym w dniu 24.09.2021 r. W Preambule tego Aneksu jego Strony stwierdzają: „Zważywszy, że:

(...)

Co istotne, Aneksem nr 2 wprowadzono obowiązek wykonania projektu wykonawczego. Biorąc pod uwagę powyższe - w okresie po wydaniu decyzji w przedmiocie zmiany pozwolenia na budowę (16.06.2021 r.) do dnia 28.02.2022 r., wskazanego w wykazie usług oraz w „nowych” referencjach jako termin końcowy wykonania dokumentacji, wykonywany był jedynie projekt wykonawczy.

Odwołujący podał, że warunek udziału w postępowaniu stanowi o wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej. Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 20 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454) dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę albo zgłoszenie robót budowlanych, do którego dołącza się projekt budowlany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, składa się co najmniej z projektu budowlanego i projektu wykonawczego. Zatem w uwzględniając legalną definicję dokumentacji projektowej Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu nie tylko projektu wykonawczego, ale też projektu budowlanego z wykorzystaniem technologii BIM i w określonych w warunku branżach. A niemalże wszystkie dowody dołączone do Wyjaśnień pochodzą z okresu po wydaniu decyzji zatwierdzającej projekt budowlany.

W.A. wraz z Wyjaśnieniami złożył dowody, mające (w jego ocenie) potwierdzać zgodność z rzeczywistym stanem

faktycznym oświadczenia, złożonego

w Wykazie usług oraz podtrzymanego w Wyjaśnieniach, iż wielobranżowa dokumentacja projektowa wykonana dla inwestycji wskazanej w poz. 1 wykazu została wykonana z wykorzystaniem technologii BIM. Wykonawca wskazał: Odwołujący zauważa, że powoływana wraz z Wyjaśnieniami korespondencja prowadzona była już po wydaniu decyzji w przedmiocie zamiennego pozwolenia na budowę, tj. po dniu 16.06.2021 r., a zatem nie odnosi się w ogóle do projektu budowlanego, wobec czego

nie może potwierdzać okoliczności wykonania wielobranżowej dokumentacji

z wykorzystaniem technologii BIM (nie potwierdza wykonania projektu budowlanego

z wykorzystaniem tej technologii). Odwołujący wskazał, że do Wyjaśnień W.A. dołączył korespondencję prowadzoną w dniach: 18.02.2022 r., 4.10.2021 r., 14.04.2022 r., 25.02.2022 r., 31.01.2022 r., 10.12.2021 r., 30.11.2021 r., 25.02.2022 r., 22.02.2022 r., 24.03.2021 r. Odwołujący w tym miejscu wyjaśnia, że plik, pn. *spotkanie z inwestorem-do wiadomości Konstruktor (Projektant Prefabrykacji) bez udziału CK* – udostępniony przez Zamawiającego „w formie/jakości otrzymanej od Konsorcjum A.” – nie otwiera się, wobec czego należy uznać, że nie został złożony.

W tym miejscu w odwołaniu zrzut ekranu

Poza tą korespondencją do Wyjaśnień została dołączona korespondencja mailowa, zamieszczona w katalogu, pn. *korespondencja z udziałem CK – załączona wizualizacja z modelu BIM*. Pomimo wprowadzającej w błąd nazwy katalogu, treść tej korespondencji stanowi jedynie o przekazaniu odpowiednio: wstępnych (mail z 12.09.2019 r.) lub ostatecznych (mail z 24.09.2019 r.) wizualizacji projektowanego budynku. Z załączonych rysunków, jak i dat prowadzenia tej korespondencji wynika jedynie, że przekazano (również do wiadomości p. Łukasza Simionkowskiego – Prezesa Clima Komfort sp. z o.o.) wizualizację budynku jaka standardowo jest wykonywana na etapie projektu wykonywanego w modelu 2D. Tego typu wizualizacje nie świadczą o wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM. Mogą one świadczyć jedynie

o wykonaniu części elewacji i dachu obiektu, aby zwizualizować obiekt.

Nie jest to jednak świadectwo wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej

z wykorzystaniem technologii BIM. Wykonanie takiej dokumentacji jest o wiele bardziej skomplikowanym, czasochłonnym zadaniem.

Technologia BIM bowiem to nie tylko wizualizacja 3D obiektu, jest to cyfrowy zapis fizycznych i funkcjonalnych właściwości obiektu budowlanego, w formie parametrycznej, służący do generowania i wykorzystania danych o budowlach w formie źródła wiedzy, w pełni dostępnego dla uczestników procesu inwestycyjnego i stanowiący podstawę dla podejmowania decyzji w trakcie pełnego cyklu funkcjonowania, od pierwszej koncepcji, poprzez projektowanie, budowę i eksploatację. Wizualizacje udostępnione przez Wykonawcę A. mogły zostać wykonane w programach graficznych niezwiązanych ściśle

z technologią BIM (np. 3Dmax, V-Ray oraz Corona Renderer.)

Zamawiający w PFU postawił bardzo wysokie wymagania dotyczące standardu BIM (załącznik do PFU - Załącznik_2.3.18_BIM_standardy.pdf – liczący ponad 62 strony opracowanie). Zamawiający wymaga, aby wykonać wielobranżowy projekt o bardzo wysokim poziomie szczegółowości, sięgającym LOD od 3 do aż 5 w zakresie wielobranżowej dokumentacji wykonawczej. Tak wysokie wymagania Zamawiającego co do Standardów BIM oraz obszerny opis dotyczący tego zagadnienia świadczą o świadomości Inwestora

co do tego, co chce osiągnąć dzięki zastosowaniu technologii BIM. Dlatego też, należy uznać, że również warunek stawiany w zakresie doświadczenia projektowego, jakim winien wykazać się wykonawca, powinien być odczytany w taki sposób, że należało wykazać się usługą polegającą na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej

z wykorzystaniem technologii BIM we wszystkich wymaganych w warunku branżach (bez określenia poziomu szczegółowości), a nie tylko ubogą częścią dokumentacji projektowej

z wykorzystaniem technologii BIM (w tym przypadku – jedynie projekt w branży konstrukcyjnej opracowany przez P.B., co wynika z dowodów dołączonych do Wyjaśnień). W złożonych wyjaśnieniach W.A. potwierdził, że Clima Komfort sp. z o.o., jako członek Konsorcjum Wykonawczego, była zaangażowana w realizację etapu wykonawczego.

Odwołujący podał, że niezależnie od twierdzenia W.A., że Clima Komfort sp. z o.o. nie brała udziału w projektowaniu i koordynacji prac projektowych (czemu Odwołujący stanowczo zaprzecza), to bezsporne jest, że jako wykonawca „zaangażowany

w realizację etapu wykonawczego”, miała wiedzę co do tego, w jaki sposób dokumentacja

ta została wykonana. Ponadto, według wiedzy Odwołującego, Clima Komfort sp. z o.o. brała udział w procesie tworzenia dokumentacji i miała wpływ na rozwiązania w branżach, które były przedmiotem jego zakresu rzeczowego.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że Clima Komfort Sp. z o.o. jednoznacznie oświadczyła, że opracowana przez S&S dokumentacja „nie obejmowała wykorzystania technologii BIM” oraz że „nie została wykonana w technologii BIM).

Odwołujący podał, że w złożonych wyjaśnieniach W.A. podejmuje jednak nieudolną próbę wykazania, że – niezależnie od

zobowiązań umownych, z własnej inicjatywy i o czym nie miał wiedzy członek Konsorcjum Wykonawczego (Clima Komfort) – S&S wykonał taką dokumentację. Wskazuje, że „ze względu na wybór technologii realizacji prac budowlanych opartą o prefabrykację budynku w ramach referencyjnej inwestycji konieczne było skoordynowanie otworów na potrzeby prowadzenia instalacji w zakresie wszystkich branż”. Nawiązanie do „wszystkich branż” ewidentnie ma na celu wykreowanie

u Zamawiającego błędnego przekonania, iż W.A. posiada doświadczenie

w wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) z wykorzystaniem technologii BIM.

Odnosząc się do dołączonej do wyjaśnień korespondencji pochodzącej z adresu: biuro@jpdkrupiński (plik pn. korespondencja biuro Krupińscy.pdf), w której oświadczono,

iz „Zakres projektu z wykorzystaniem technologii BIM obejmował branże: branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa. Dla tych branż zostały przygotowane modele BIM które podlegały wzajemnej koordynacji”, Odwołujący podał, że oświadczenie to, jak i oświadczenie tego podmiotu w referencji - w konfrontacji z dowodami załączonymi do Wyjaśnień, a także jednoznacznym oświadczeniem Clima Komfort Sp. z o.o., iż opracowana przez S&S dokumentacja „nie obejmowała wykorzystania technologii BIM” oraz że „nie została wykonana w technologii BIM” – jest niewiarygodne.

Oświadczenia pochodzące od JPD Krupiński Sp. z o.o. pozostają w sprzeczności

z powoływaną w wyjaśnieniach korespondencją, która miała na celu potwierdzić wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM, a która to

(w znaczącej części) pochodzi z okresu po wydaniu decyzji zatwierdzającej zamienny projekt budowlany. Dodatkowo – o czym świadczy data zwrócenia się o referencje i ich pozyskania (odpowiednio: 15.02.2024 r. i 23 lutego 2024 r.) – dokument ten został pozyskany wobec braku możliwości wykazania dowodami pochodzącymi z etapu opracowywania dokumentacji projektowej (w tym projektu budowlanego), iż faktycznie wielobranżowa dokumentacja projektowa, określona w poz. 1 wykazu, została wykonana z wykorzystaniem modelu 3D, a nie jedynie elementy w branży konstrukcyjnej projektu wykonawczego.

Odwołujący podał, że biorąc pod uwagę powyższe, nawet przyjmując korzystną

dla W.A. ocenę materiału dowodowego, którym dysponował Zamawiający badając spełnianie przez Wykonawcę A. warunku udziału w postępowaniu, należy stwierdzić, że jedynie złożone rysunki w zakresie branży konstrukcyjnej w projekcie wykonawczym mogą być uznane za wykonane z zastosowaniem technologii 3D, a nie wielobranżowa dokumentacja projektowa, w tym (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa).

Przekazane przez Wykonawcę A. zrzuty ekranu świadczyć mogą jedynie

o sporządzeniu modelu konstrukcji oraz elewacji obiektu. Na co dowodem jest również korespondencja z wykonawcą projektu P.B., jaką przedstawił sam W.A.. Powoływanie się przez Wykonawcę A. na wykonywanie koordynacji otworowania dla wszystkich branż w modelu 3D nie świadczy o tym, że branże architektoniczną, sanitarną, elektryczną oraz niskoprądową wykonano w modelu 3D.

Odwołujący odnosząc się do dokumentu powołanego w Wyjaśnieniach jako „notatka

z narady” podał, iż treść tego dokumentu wraz z załączonym rysunkiem w wersji papierowej w żaden sposób nie potwierdza wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej

z wykorzystaniem technologii BIM. Wskazał, że nie sposób odnieść się do przydatności tego dowodu, albowiem nie został on powiązany bezpośrednio lub co najmniej pośrednio (przez jego treść) z twierdzeniami W.A. zawartymi w Wyjaśnieniach - Odwołujący, na podstawie art. 531 PZP, wniósł o oddalenie tego dowodu jako ewidentnie niemającego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W odniesieniu do usługi wskazanej w poz. 2 wykazu Odwołujący ponownie (jak

w odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r.) podał, że nie jest ona objęta zobowiązaniem do udostępnienia zasobów przez S&S. Wbrew twierdzeniom W.A. (pkt 4 Wyjaśnień, s. 3) Sound & Space nie określiło w zobowiązaniu zakresu udostępnianych zasobów przez wskazanie doświadczenia, o którym mowa w rozdz. 7 ust. 1 lit. d pkt 1 ppkt 5 SWZ. Przeciwnie - w zobowiązaniu skonkretyzowano zakres udostępnianych zasobów przez wyraźne zaznaczenie „tj.” ze wskazaniem jedynie usługi ujętej w poz. 1 wykazu usług.

Zobowiązanie do udostępnienia zasobów stanowi oświadczenie woli podmiotu trzeciego wobec Wykonawcy, wobec czego Zamawiający nie ma prawa żądać wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania od Wykonawcy, który nim się posługuje. Zakres udostępnianych zasobów powinien wynikać wprost z treści zobowiązania i nie może być interpretowany rozszerzająco. Nie może też być stwierdzany per facta concludentia na podstawie – jak twierdzi W.A. – podania w wykazie usług (który przecież stanowi oświadczenie wykonawcy) usługi nieobjętej zakresem zobowiązania, ani przez przekazanie Zamawiającemu referencji dotyczących tej usługi.

Odwołujący podał, że pomimo tego z niewiadomych względów Zamawiający poprosił o wyjaśnienie Wykonawcę A., czy inwestycja ujęta w poz. 2 wykazu „stanowi również potencjał udostępniony przez podwykonawcę Sound & Space sp. z o.o.”, jednocześnie będąc świadomym, że „w oświadczeniu o udostępnieniu potencjału nie wskazano ww. inwestycji” (co Zamawiający zaznaczył w treści wezwania - pkt A.4). Zamawiający nie mógł na podstawie takiego zobowiązania badać usługi wskazanej w poz. 2 wykazu.

Odwołujący podniósł, że również w tej pozycji wykazu wielobranżowa dokumentacja projektowa nie została wykonana z wykorzystaniem technologii BIM, pomimo odmiennych, niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy i wprowadzających w błąd Zamawiającego oświadczeń W.A. złożonych w wykazie usług oraz w Wyjaśnieniach.

Odwołujący podał, że w odpowiedzi na złożony przez niego wniosek Inwestor zadania ujętego w poz. 2 wykazu usług (Gmina Ustka) umożliwił mu wgląd do jedynej posiadanej płyty z dokumentacją BIM oraz udostępnił umowę na wykonanie dokumentacji wraz z aneksami, a także protokoły odbioru dokumentacji.

Dowód: Wniosek o udostępnienie informacji publicznej z 29.01.2024 r. (Wniosek UDIP_DEKPOL_2024.01.29) wraz z odpowiedzią Burmistrza Miasta Ustka z 6.02.2024 r. (pismo informacja publiczna Sound&Space-kopia) i udostępnionymi dokumentami (katalogi:

protokoły odbioru Sound&Space oraz umowa S&S i aneksy).

Z analizy udostępnionych dokumentów wynika, że umowa na wykonanie referencyjnego zadania została zawarta w dniu 2.12.2021 r. Umowa ta w § 1 zobowiązywała

do opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania „Budowa Centrum Kulturalnego w Ustce” w terminie 12 miesięcy od dnia jej zawarcia (§ 2), za wynagrodzeniem 249 690 zł brutto (§ 3 ust. 1). W umowie tej próżno szukać zobowiązania do wykonania przedmiotowej dokumentacji z wykorzystaniem technologii BIM. Aneksami nr 1 i 2 wydłużono termin wykonania przedmiotu umowy do 31.05.2023 r. Dalej - Aneksem nr 3, zawartym

w dniu 12.08.2023 r., ponownie wydłużono termin wykonania przedmiotu umowy do dnia 2.10.2023 r. Jednocześnie – co znamienne – bez podwyższenia wynagrodzenia, rozszerzono zakres zobowiązań wykonawcy S&S o wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej. Odwołujący podał, że nie trudno dostrzec, że zakres nowego zobowiązania został określony w taki sposób, by ściśle odpowiadał nie tylko zakresowi rzeczowemu doświadczenia wymaganego w niniejszym Postępowaniu, ale też literalnie spornej treści warunku (w tym zadbano o dopisanie odręcznie „ELEKTRYCZNE”):

Ogłoszenie o zamówieniu w niniejszym Postępowaniu zostało opublikowane w dniu **2.06.2023 r.** Termin składania ofert upływał w dniu **7.11.2023 r.** Sound & Space w dniu **6.11.2023 r.** podpisał zobowiązanie do udostępnienia **jedynie** zadania referencyjnego wskazanego w poz. 1 wykazu. Na dzień podpisania zobowiązania S&S nie miał bowiem pewności, czy dokumentacja wykonywana na rzecz Gminy Ustka zostanie odebrana

bez zastrzeżeń i czy otrzyma przed terminem składania ofert potwierdzenie należytego jej wykonania.

Przedłożony do Wyjaśnień Protokół odbioru dokumentacji projektowej (datowany na dzień **10.10.2023 r.**) w istocie nie jest protokołem odbioru końcowego, potwierdzającym należyte wykonanie dokumentacji, ale potwierdza jedynie przyjęcie dokumentacji do weryfikacji. Zgodnie z treścią tego Protokołu (powoływanego również przez Wykonawcę A.

w Wyjaśnieniach):

Odwołujący zwrócił uwagę jak podał w odwołaniu na niezwykle precyzyjne (i raczej nieprzypadkowe) określenie w tym Protokole sposobu wykonania dokumentacji projektowej („z wykorzystaniem technologii BIM”) oraz jej zakresu - „wielobranżowa dokumentacja (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa)”. Jednym słowem – wykonanie tej dokumentacji wiernie odpowiada doświadczeniu wymaganemu w treści warunku udziału w postępowaniu, tak żeby nie pozostawić cienia wątpliwości w tym zakresie:

Odwołujący podał w odwołaniu, że znając sposób działania S&S, w siedzibie Inwestora dokonał wglądu do płyty z dokumentacją BIM i stwierdził, że **zawiera ona projekt ze stemplami czasowymi wygenerowanych plików IFC jak niżej:**

Model_Arch+Konstr__wydanie 2023-11-12.ifc

Data eksportu do IFC: 2023-11-12T23:55:04+01:00

Model_IS+Ele_wydanie 2023-11-12.ifc

Data eksportu do IFC: 2023-11-12T21:13:42+01:00

Model_Went_wydanie 2023-11-12.ifc

Data eksportu do IFC: 2023-11-12T21:13:10+01:00

ustka model ifc 29.09.ifc

Data eksportu do IFC: 2023-09-29T11:29:23

Odwołujący wyjaśnił, że „zaszyta” w pliku IFC data i godzina utworzenia pliku IFC - wskazuje na moment w czasie, w którym powstał dany plik IFC, tj. kiedy dokonano eksportu danych

z modelu źródłowego (natywnego, w którym wprowadzane są dane) do pliku IFC.

Widać tutaj zatem, że jedynie plik „ustka model IFC 29.09” powstał wcześniej i był to model architektury, natomiast model instalacji w branżach wentylacji, sanitarnej, elektrycznej, powstał i został przekazany Zamawiającemu najwcześniej w dniu 12.11.2023 r., o czym świadczy jednoznacznie data eksportu. Pliki te zostały utworzone po złożeniu przez Wykonawcę A. oferty w niniejszym Postępowaniu, a zatem dokumentacja wykonana dla tej inwestycji nie spełnia warunku wykonania przed upływem terminu składania ofert. Ponadto, w udostępnionych przez Gminę Ustka plikach brak jest instalacji niskoprądowych, które są wymagane w treści warunku stawianym w niniejszym Postępowaniu. Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że oznaczone pliki zostały wygenerowane w terminie po otwarciu ofert w niniejszym Postępowaniu. Oznacza to również, że płyta je zawierająca nie mogła być fizycznie przekazana Inwestorowi w dniu 10.10.2024 r., tj. w dniu podpisania Protokołu. Powyższe pozwala również na stwierdzenie, że faktyczne przekazanie Inwestorowi dokumentacji wytworzonej po terminie składania ofert mogło nastąpić dopiero

w dniu 12 lub 13 listopada 2023 r., co jest spójne z dniem wystawienia referencji dołączonych do Wyjaśnień, tj. 13 listopada 2023 r.

Odwołujący podał, że przedstawiona wyżej chronologia zdarzeń, jak i okoliczności potwierdzone powołanymi wyżej dokumentami – w szczególności fakt zawarcia Aneksu nr 3 do umowy na wykonanie dokumentacji na rzecz Gminy Ustka (mniej więcej) w połowie okresu pomiędzy ogłoszeniem niniejszego Postępowania a terminem składania ofert, nakładającej po przeszło 20 miesiącach wykonywania dokumentacji bez wykorzystania technologii BIM i jednocześnie na 7 tygodni przed terminem jej zakończenia charytatywny obowiązek opracowania dokumentacji z wykorzystaniem modelu BIM – wskazują, że S&S „dorabiał” do w zasadniczej części wykonanej dokumentacji w wersji 2D elementy BIM na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w niniejszym Postępowaniu, prawdopodobnie mając wiedzę, iż usługa udostępniona w zobowiązaniu nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podał, że o ile formalnie, „na papierze” wszystko pozornie się zgadza, o tyle - biorąc pod uwagę okoliczności wytworzenia „dorobionych”

na mocy Aneksu nr 3 elementów dokumentacji projektowej - nie można przyjąć, że dokumentacja projektowa wykonana dla tej inwestycji spełnia warunek udziału

w postępowaniu w zakresie dotyczącym doświadczenia w wykonaniu opisanej w nim usługi. Elementy tej dokumentacji z wykorzystaniem technologii BIM faktycznie zostały wytworzone po terminie składania ofert oraz nie obejmują one wszystkich wymaganych w SWZ branż (brak instalacji niskoprądowych). Tym samym doświadczenie zdobyte w wyniku tak wykonanej usługi nie może być ocenione pozytywnie jako potwierdzające spełnianie przedmiotowego warunku.

Pomimo tego W.A. w Wyjaśnieniach (pkt 3, s. 3) nie tylko oświadczył, że

„w ramach inwestycji realizowanej dla Gminy Miasta Ustka pn „Budowa budynku usługowego Centrum Kultury przy Placu Wolności w Ustce wraz ze zmianą zagospodarowania terenu” wykonano projekt z wykorzystaniem technologii BIM”, ale też wskazał, że

W treści Wyjaśnień (pkt 1, s. 1 i ponownie pkt 3, s. 3) W.A. w ocenie Odwołującego intencjonalnie, jedynie na potrzebę obrony swojego doświadczenia, sugeruje, że „rzeczywista treść warunku” referowała do wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej „z wykorzystaniem technologii BIM” a nie „w technologii BIM”.

Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający w taki sam sposób (z użyciem sformułowania

„z wykorzystaniem”) opisał przedmiot zamówienia, tj. zobowiązał wykonawcę

do opracowania dokumentacji z wykorzystaniem cyfrowego modelu obiektu budowlanego

i procesów z tym związanych, zgodnie ze specyfikacją dla BIM. W PFU (s. 8 i 9) Zamawiający wyraźnie wskazał, że „w celu wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z założeniem Zamawiającego, konieczne jest:

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie bez powodu wymagał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w wykonaniu (przed upływem terminu składania ofert) wielobranżowej dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM w każdej ze wskazanych

w warunku branż. Jak już wskazano wyżej, Zamawiający wymaga opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM na bardzo wysokim poziomie szczegółowości - od 3 do 5 LOD. Natomiast w warunku udziału

w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy Zamawiający, zgodnie z art. 112 PZP, bada zdolność wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia na minimalnym poziomie. Tym samym Zamawiający nie określa poziomu szczegółowości, ale wymaga wykazania się wykonaniem wielobranżowej dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM we wskazanych branżach. Z wykorzystaniem technologii BIM ma być bowiem sporządzona dokumentacja, a w ślad za nią wykonywane na jej podstawie roboty budowlane oraz zarządzanie zobowiązaniami gwarancyjnymi.

Zatem pozostaje zadać zdanie Odwołującego pytanie retoryczne, czy Zamawiający pisząc

w PFU o opracowaniu dokumentacji z wykorzystaniem technologii BIM przyjmie na etapie realizacji zamówienia dokumentację, która nie została wykonana z wykorzystaniem tej technologii, a jedynie jej elementy? W taki sam sposób, biorąc pod uwagę tożsamość użytych sformułowań w warunku udziału w postępowaniu oraz w PFU („z wykorzystaniem”), powinien oceniać doświadczenie W.A. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie może na tym etapie pominąć kluczowego z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia wymogu (i zarazem trudnego do wykazania przez wykonawców), jakim jest doświadczenie w wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM. Takie działanie stanowi rażące naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażonych w art. 16 PZP. O ile na etapie badania i oceny ofert Zamawiający działa w zaufaniu do składanych przez wykonawców oświadczeń, o tyle po powzięciu uzasadnionych wątpliwości co do zgodności tych oświadczeń z rzeczywistym stanem rzeczy nie może opierać się jedynie na dość pokrętnych wyjaśnieniach samego Wykonawcy, ale powinien wyjaśnić te wątpliwości w sposób wiarygodny i obiektywny, np. przez skorzystanie z możliwości jaką daje mu art. 128 ust. 5 PZP, czego – jak wynika z udostępnionych przez Zamawiającego załączników do protokołu Postępowania – Zamawiający nie uczynił.

W Postępowaniu W.A., działając intencjonalnie lub wykazując się co najmniej rażącym niedbalstwem wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w wykazie usług oraz złożonych Wyjaśnieniach informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o mogło mieć (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. W ocenie Odwołującego ziściły się przesłanki wykluczenia Konsorcjum A. z udziału w postępowaniu określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, wobec czego oferta złożona przez tego Wykonawcę podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP. Wykonawca ten przedstawił niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, wprowadzające zamawiającego w błąd informacje, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Informacje te miały (nie tylko mogły) mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podjęte w Postępowaniu – na ich podstawie Zamawiający uznał, że Konsorcjum A. spełnia rzeczony warunek udziału w postępowaniu. Informacje te zostały przedstawione w sposób intencjonalny, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd lub co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa dla wykazania spełnienia (niełatwego do wykazania) warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podał, że odnosząc wytyczne zawarte w wyroku SN z dnia 12.04.2023 r., CSKP 1454/21 do okoliczności w niniejszym Postępowaniu, zauważenia wymaga, że Odwołujący z łatwością, w ciągu zaledwie 13 dni (w okresie od 24.11.2023 r. do 6.12.2024 r.), ustalił rzeczywisty stan rzeczy i zaprezentował wnioski w odwołaniu z 29.01.2024 r., co istotne – nie dysponując dokumentami, które S&S ma w dyspozycji i powinien był przedstawić na żądanie Konsorcjum A. Oczywiście jest zatem, że Konsorcjum A. nie zadało sobie najmniejszego trudu zweryfikowania informacji dotyczących doświadczenia S&S, choć od wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne oczekuje się przedstawiania informacji zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, ustalonych z najwyższą starannością, w szczególności mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Konsorcjum A. nie zachowało nawet zwykłej staranności, nie mówiąc już o podwyższonej, właściwej dla podmiotu profesjonalnie działającego na rynku zamówień publicznych. Wykazując się rażącym niedbalstwem – zdecydowało się na skorzystanie z potencjału podmiotu o wątpliwej reputacji na rynku. Okoliczność ta jest szczególnie rażąca, że dotyczy elementu opisu warunku, który jest trudny do spełnienia przez wykonawców, z uwagi na dotychczasowy brak powszechności stosowania technologii BIM. Stąd też należycie działający wykonawca przygotowujący się do udziału w Postępowaniu i poszukujący partnerów z pewnością powinien zweryfikować prawdziwość tak specyficznych elementów doświadczenia partnera.

Odwołujący podał ponownie, że jak podnosił w odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r. o braku rzetelności w przedstawianiu przez S&S informacji dotyczących doświadczenia w wykonaniu dokumentacji projektowej z wykorzystaniem BIM świadczy chociażby odrzucenie oferty złożonej przez S&S przez Zamawiającego – Teatr im. W.S. w Rzeszowie. Z informacji o odrzuceniu oferty z dnia 31.05.2023 r. S&S (dostępnej na) wynika, że Zamawiający - Teatr im. W.S. w Rzeszowie „natrafił na informację”, że przedstawione przez S&S „w formularzu ofertowym informacje, że Pan R.L. jako projektant realizował na rzecz Warbud S.A. (...) dokumentację (projekt wykonawczy) dotyczący (...) w środowisku BIM” mogą być nierzetelne. W postępowaniu tym, jak wskazano w informacji o odrzuceniu oferty, „Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do podmiotu Warbud S.A., i z otrzymanych od

nego informacji wynika, że Pan R.L. nie opracował dokumentacji projektowej w technologii BIM", a ponadto, że S&S „otrzymał zlecenie od Warbud S.A. jedynie w zakresie aktualizacji wytycznych akustycznych, emisji hałasu, pomiaru akustycznych powykonawczych oraz pomiary DSO". W związku z tym Zamawiający odrzucił ofertę S&S na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP.

Odwołujący zwrócił się również w dniu 11.11.2023 r. z wnioskiem do Teatru im. W.S. w Rzeszowie m.in. o wskazanie na jakiej podstawie odrzucił on ofertę złożoną przez S&S i w dniu 23.11.2023 r. otrzymał informację potwierdzającą powyższe.

Dowód: Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty S&S z dnia 31.05.2023 r. oraz wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 11.11.2023 r. (Informacja_o_odrzuceniu_oferty_S&S_31_05_2022_31-05-2022_18.32.53.pdf) wraz

z odpowiedzią Teatru im. W.S. w Rzeszowie z dnia 23.11.2023 r. (odrzucenie ofertySS w Rzeszowie.pdf)

Uporczywe posługiwanie się przez S&S informacjami o rzekomym projektowaniu

z wykorzystaniem technologii BIM wbrew rzeczywistemu zakresowi wykonanych prac, tym bardziej świadczy przynajmniej o rażącym niedbalstwie Konsorcjum A.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum A., jako podmiot profesjonalny działający na branżowym rynku, zobowiązany był do starannego weryfikowania doświadczenia udostępnionego przez S&S. Oczywiście jest, że weryfikacja ta mogła i powinna być dokonana na podstawie dokumentów, potwierdzających posiadanie wymaganego w Postępowaniu doświadczenia, których przedstawienia (co najmniej do wglądu) Konsorcjum A. powinno żądać od S&S. Ewentualne wątpliwości Konsorcjum powinno rozstrzygnąć u źródła, tj. wystąpić do Inwestorów o udostępnienie odpowiednich informacji lub dokumentów w trybie dostępu do informacji publicznej, tak jak uczynił to Odwołujący. Niezweryfikowanie tych informacji świadczy co najmniej o rażącym niedbalstwie Konsorcjum A. w przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co – wraz z pozostałymi zaistniałymi okolicznościami – wyczerpuje normę art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP.

Ponadto, w tych okolicznościach oferta złożona przez Konsorcjum A. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ZNKU. Konsorcjum A. ewidentnie w celu przysporzenia korzyści (osiągnięcia zysku

z wykonania zamówienia) złożyło w wykazie nieprawdziwe i wprowadzające w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy (S&S), co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 14 ust. 1 ZNKU. Działanie Konsorcjum A. wyczerpuje również dyspozycję art. 3 ust. 1 ZNKU, tzn. jest działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającym i naruszającym interes Odwołującego oraz Zamawiającego.

W konsekwencji złożenia nieprawdziwych informacji w wykazie – Konsorcjum A.

nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym

w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 1 ppkt 5 SWZ. Z uwagi jednak na przedstawienie Zamawiającemu w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć (i mających) istotny wpływ na decyzje podejmowane w Postępowaniu, Zamawiający nie może wezwać do złożenia nowego wykazu, ani zobowiązania S&S w trybie art. 128 ust. 1 PZP. W takiej sytuacji przepis ten nie znajduje zastosowania w myśl utrwalonej zasady, iż informacji nieprawdziwych nie można zastąpić prawdziwymi. Wezwanie do uzupełnienia wykazu usług lub zobowiązania pozostawałoby w ewidentnej sprzeczności z art. 16 pkt 1 PZP i to niezależnie od tego, czy zamawiający przewidział w SWZ fakultatywną przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający – opierając się jedynie na Wyjaśnieniach W.A. w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego poprzednim odwołaniem – dokonał ponownie wyboru oferty tego Wykonawcy, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu, czym naruszył podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określone w art. 16 pkt 1 PZP, a także powołane wyżej przepisy PZP i ZNKU.

Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności podał na wypadek nieuwzględnienia zarzutów stawianych w tej części odwołania, należy uznać, że prezentowane okoliczności jednoznacznie wskazują na to, że W.A. nie spełnia warunków udziału

w postępowaniu, a wobec braku możliwości wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z uwagi na okoliczności wskazane w innej części odwołania, oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP.

IV. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ZNKU oraz w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, pomimo przedstawienia w kryteriach pozacenowych (doświadczenie kadry) informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd

W Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.2. Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

W kryterium 2. Doświadczenie zespołu kierowników budowy i robót wyznaczonych

do realizacji przedmiotu zamówienia będzie punktował doświadczenie za kierowanie robotami powyżej liczby wymaganej wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit. d ppkt 3 SWZ dla danego kierownika (nagłówek w 4. kolumnie tabeli dot. Doświadczenia kierowników). Podobnie w kryterium 3. Doświadczenie zespołu projektantów wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający określił, że będzie punktował doświadczenie za wykonane dokumentacje projektowe powyżej liczby wymaganej wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 SWZ dla danego projektanta (nagłówek w 4. kolumnie tabeli dot. doświadczenia projektantów).

W odpowiedzi na tak określone kryteria oceny ofert, Konsorcjum A. w załączniku nr 18 do SWZ „Kryteria pozacenowe” przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie doświadczenia:

- 1) Kierownika robót elektrycznych – p. K. R. (KRE);
- 2) Projektanta architektury (Główny Projektant) – p. R.L. (PA);
- 3) Managera BIM/Koordynatora BIM – p. T.R. (MBIM).

Ad. Doświadczenia KRE

W przypadku doświadczenia KRE Konsorcjum A. wskazało 2 zadania referencyjne, przy czym maksymalnie w tym kryterium można uzyskać 2 punkty (po 1 za każde dodatkowe zadanie referencyjne). W obu zadaniach referencyjnych Konsorcjum A. podało informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

W 1 zadaniu dotyczącym *Budowy budynku badawczo-rozwojowego IGK6 z parkingami, infrastrukturą techniczną i obsługą komunikacyjną* p. K. R., wskazany przez Konsorcjum

A. do pełnienia funkcji KRE, w rzeczywistości tej funkcji nie pełnił. Był odpowiedzialny za instalacje teletechniczne jako koordynator, pełnił stanowisko Eksperta ds. Systemów Instalacyjnych. Nie pełnił ani funkcji Kierownika robót elektrycznych, ani Kierownika robót teletechnicznych. Okoliczność tę potwierdził p. M.W. – Kierownik Kontraktu/Przedstawiciel Generalnego Wykonawcy tej inwestycji, tj. HOCHTIEF Polska S.A.

Dowód: Korespondencja mailowa pomiędzy p. J.T. a p. Marcinem

Wyszyńskim (FW/ IGK6 Gdańsk.pdf)

Odwolujący uzyskał też informację od Elektromontaż Poznań S.A., który na podstawie umowyzawartej z HOCHTIEF Polska S.A. wykonywał kompletną instalację elektryczną

o następującej treści:

Dowody: Wniosek o udostępnienie informacji do Elektromontaż S.A. z dnia 1.12.2023 r. (Pismo do Elektromontaż 0-IGK6.pdf) oraz odpowiedź od Elektromontaż S.A. z 7.12.2023 r. wraz z wyciągiem z umowy oraz protokołami rzeczowo finansowymi zaawansowania robót

(Elektromontaż - informacja.pdf)

Z przekazanej przez Elektromontaż informacji, jak i przykładowych protokołów rzeczowo - finansowych zaawansowania robót wynika, że na tym zadaniu funkcji KRE nie pełnił p. K. R., lecz p. E. Kucharski.

Również w odniesieniu do 2. zadania dotyczącego Budowy Muzeum II Wojny Światowej

w Gdańsku, Odwołujący ustalił, że funkcji KRE nie pełnił p. K. R., lecz p. P.W.. W odpowiedzi na wniosek Odwołującego Muzeum II Wojny Światowej

w Gdańsku udzieliło m.in. następującej informacji:

W udostępnionym dzienniku budowy jako KRE wpisany jest p. P. Wdowiński, a nie p. K. R., wskazany przez Konsorcjum A. jako pełniący funkcję KRE na tym zadaniu.

Dowody: Wniosek o udzielenie informacji publicznej z dnia 24.11.2023 r. (Muzeum II wojny światowej_wniosek.pdf) oraz odpowiedź na ten wniosek Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku z dnia 30.11.2023 r. wraz z pierwszymi stronami dziennika budowy (Gmail - odpowiedź Muzeum IIWS na wniosek z dnia 24.11.2023 r. - Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku.pdf; Udostępnienie informacji_Ryś_11_30 (1).pdf)

Powyższe zarzuty i okoliczności, ewidentnie potwierdzające złożenie przez Wykonawcę A. informacji nieprawdziwych, mające na celu uzyskanie punktów w kryteriach oceny ofert, Odwołujący podnosił w odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r.

Zamawiający, po wyeliminowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zwrócił się jedynie do W.A. z następującą prośbą:

W odpowiedzi na tak postawione pytania W.A. w złożonych Wyjaśnieniach

(pkt 9, s. 5) oświadczył, że p. K. R. brał udział w realizacji obu inwestycji, zaznaczając, że „udział ten nie polegał na zajmowaniu stanowiska o nazwie „kierownik robót elektrycznych”. Już to pierwsze zdanie Wyjaśnień powinno stanowić podstawę uznania,

że W.A. w Formularzu „Kryteria pozacenowe” (zał. Nr 18 do SWZ) przedstawił nieprawdziwe informacje w celu uzyskania przewagi nad innymi, potencjalnymi wykonawcami.

Odwolujący zauważa, że:

1) zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców dysponowania min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia jako Kierownik Robót elektrycznych i która w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych. Warunek udziału w postępowaniu nie referował więc do „stanowiska o nazwie”, ale do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, o jakiej mowa w art. 12 Prawa budowlanego, tj. kierowania robotami elektrycznymi;

2) W Formularzu „Kryteria pozacenowe” w odniesieniu do obu inwestycji W.A. oświadczył: „Pełniona funkcja na inwestycji: kierownik robót elektrycznych”,

a dopiero po zapoznaniu się z treścią odwołania z dnia 29.01.2024 r. dość naiwnie zaczął rozróżniać „stanowiska o nazwie” od „pełnienia funkcji”, jedynie po to by zbudować narrację o nabyciu przez p. K.R. „tożsamego doświadczenia” jakie „standardowo” nabywa kierownik robót elektrycznych;

3) Zamawiający co prawda wyciągnął pomocną dłoń, pytając na wstępie (i tym pytaniem też kończąc) o rolę jaką pełnił p. K. R., ale w kolejnym zdaniu wyraźnie zapytał:

„czy p. K.R. brał udział w realizacji ww. zamówienia jako kierownik robót elektrycznych”;

W dalszej części Wyjaśnień W.A. prezentuje stanowisko całkowicie oderwane od zarzutów odwołania wniesionego w dniu 29.01.2024 r., które to przecież zainicjowało u Zamawiającego potrzebę zwrócenia się o wyjaśnienia. Buduje tezę, opartą

na wyrwanych z kontekstu fragmentach orzecznictwa Izby, iż „z żadnej części dokumentacji postępowania nie wynika, że za kierownika robót elektrycznych uznana zostanie wyłącznie osoba wpisana do dziennika budowy”. Zauważenia przy tym wymaga, że nawet powołane fragmenty orzecznictwa stanowią o tym, że o nabyciu doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót nie przesądza okoliczność dokonywania lub nie wpisów do dziennika budowy, lecz faktyczne pełnienie określonej funkcji na budowie, w tym przypadku funkcji KRE (np. w przypadku, gdy funkcję tę pełniła więcej niż 1 osoba). Z takim poglądem Odwołujący oczywiście się zgadza.

Odwołujący wyjaśnił, że w odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r. nie postawił tezy, jakoby z dokumentacji postępowania wynikało, że „za kierownika robót elektrycznych uznana zostanie wyłącznie wpisana do dziennika budowy”.

Odwołujący powoływał się jedynie

na okoliczność, iż to p. P. Wdowiński, jako faktycznie pełniący funkcję KRE, dokonywał wpisów do dziennika budowy, a nie p. K. R., który został wskazany w Formularzu „Kryteria Pozacenowe” jako pełniący na tej inwestycji funkcję KRE. Jak wskazała Izba

w cytowanym w Wyjaśnieniach wyroku z dnia 3.08.2012 r. (KIO 1525/12), wpis w dzienniku budowy może służyć do wykazania, iż to osoba jego dokonująca pełniła tę funkcję i w tym też celu dowód ten został powołany. Nie jest to jednak jedyny dowód świadczący o tym,

że faktycznie p. K. R. nie pełnił funkcji KRE, a w obliczu całego materiału dowodowego W.A. w Wyjaśnieniach przyznaje, że faktycznie p. K. R. nie pełnił funkcji KRE na obu inwestycjach, ale „uczestniczył w realizacji inwestycji jako pracownik podmiotu Hochtief Polska”.

Zauważenia zdaniem Odwołującego w tym miejscu wymaga, że Hochtief Polska oświadczył, iż p. K. R.:

- 1) był odpowiedzialny za instalacje teletechniczne (a nie elektryczne) jako koordynator,
- 2) pełnił stanowisko Eksperta ds. Systemów Instalacyjnych,
- 3) nie pełnił ani funkcji Kierownika robót elektrycznych,
- 4) nie wpisywał się do dziennika budowy jako Kierownik robót teletechnicznych.

Do Wyjaśnień W.A. dołączył „indywidualny opis pracy wystawiony przez pracodawcę”, mający na celu wykazanie, że p. K. R., jako pracownik Generalnego Wykonawcy (Hochtief Polska) „nabył doświadczenie oczekiwane przez Zamawiającego”. Odwołujący zwraca uwagę, iż już z tego opisu wynika, że p. K. R. zajmował stanowisko eksperta ds. Systemów Instalacji, a nie pełnił funkcję KRE, jak tego oczekiwał Zamawiający.

Niezależnie od opisanych w tym dokumencie zadań, na które powołano się w Wyjaśnieniach, a przy wykonaniu których p. K. R. nabył doświadczenie, doświadczenia tego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z doświadczeniem nabytym przez pełnienie funkcji KRE. Ponadto, na podstawie tego dokumentu Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że zadania jakie wykonywane są na określonym stanowisku pracy były faktycznie wykonywane w ramach obu inwestycji. Zauważenia również wymaga,

że z Indywidualnego opisu zadań – czego nie eksponowano w treści Wyjaśnień – wynika cel istnienia stanowiska (świadczenie szeroko pojętych usług eksperckich w zakresie Systemów Instalacyjnych na rzecz Zespołów Kontraktów i Jednostek Usługowych Spółki), zakres uprawnień p. K. R. oraz zakres odpowiedzialności wobec dokumentacji, budowy, ludzi, finansów, przez pryzmat których należy odczytywać jego zadania i których w żadnym razie nie można utożsamiać z celem, zakresem uprawnień i odpowiedzialnością osoby pełniącej funkcję KRE.

Odwołujący podał, że nawet jeśli p. K. R. świadczył usługi eksperckie w zakresie Systemów Instalacyjnych i w ramach zadania określonego jako: „Współpraca z Kierownikiem Kontraktu w trakcie przygotowania i/lub realizacji kontraktu”

nadzorował lub koordynował prace branżowe czy też prowadził uzgodnienia z rzeczoznawcami i służbami miejskimi lub przygotowywał obiekt do odbioru przez służby miejskie, to – jak literalnie wynika z opisu pierwszego zadania – czynił to jedynie „w zakresie uzgodnionych zadań [z Kierownikiem Kontraktu – dopisek Odwołującego] dotyczących systemów instalacyjnych”.

W ramach wykonywania tych zadań ponosił jedynie odpowiedzialność za nadzór nad prawidłową obsługą techniczną w okresie gwarancyjnym, przestrzeganie procedur i instrukcji

Systemu Zarządzania oraz prawidłowe przechowywanie i zabezpieczenie dokumentacji.

Co więcej p. K. R. podlegał odpowiedzialności służbowej Kierownikowi Zespołu Systemów Instalacyjnych, a nie – jak wskazano w treści Wyjaśnień – „w hierarchii osób uczestniczących w realizacji inwestycji funkcjonował ponad kierownikami branżowymi, w tym ponad kierownikiem robót elektrycznych”.

Odwołujący na marginesie podał, że w ramach świadczenia szeroko pojętych usług eksperckich „prowadzenie procesu ofertowania, wraz z uzgodnieniami

z Inwestorem/Inwestorem Zastępczym/Projektantem/Rzeczoznawcami/ Służbami Miejskimi oraz pozyskiwanie i analiza ofert podwykonawczych w zakresie merytorycznym i cenowym” stanowi zadanie, którego celem jest sprawna organizacja procesu budowy i z pewnością zadanie to nie wyczerpuje „standardowo” wykonywanych przez KRE.

Natomiast z drugiego dokumentu (plik, pn. porozumienie.pdf) dołączonego do Wyjaśnień wynika jedynie, że p. K. R., jako ekspert ds. Systemów Instalacji został czasowo oddelegowany do pracy przy realizacji projektu „Intel Gdańsk” na okres od 4.05.2021 r.

do 01.03.2023 r. Odwołujący wskazuje przy tym, że w odniesieniu do 2. inwestycji W.A. nie złożył nawet takiego dokumentu, podczas gdy - jak wynika z opisu tej inwestycji w Formularzu Kryteria pozacenowe - była ona wykonywana w okresie przed oddelegowaniem, tj. 03.2014 r.-02.2015 r.

Odwołujący podał, że p. K. R., nawet jeśli brał udział w realizacji obu inwestycji jako pracownik Generalnego Wykonawcy (co w odniesieniu do 2. inwestycji nie zostało wykazane), to nabył doświadczenie odpowiednie do wykonywanych zadań (co również

nie zostało wykazane, że w ramach tych inwestycji wykonywał wszystkie zadania wskazane w Indywidualnym opisie jego stanowiska). Jego doświadczenie odpowiada doświadczeniu Eksperta ds. Systemów Instalacyjnych, bo takie też stanowisko faktycznie zajmował

w organizacji Hochtief Polska. Natomiast Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w pełnieniu „funkcji kierownika robót elektrycznych”, który to jest uczestnikiem procesu budowlanego (art. 17 pkt 4 Prawa budowlanego), pełni samodzielną funkcję techniczną w budownictwie i który w związku z tą funkcją ponosi odpowiedzialność zawodową na zasadach określonych w Rozdziale 10 Prawa budowlanego

(m.in. za prawidłowe i bezpieczne wykonanie robót związanych z instalacjami elektrycznymi). W zależności od rodzaju i skutków naruszenia obowiązków – KRE ponosi również odpowiedzialność cywilną i karną. W.A., niejako dodatkowo na s. 7 Wyjaśnień wskazał, że

Z tego fragmentu SWZ „kreatywnie” wywodzi, iż „zakres pełnionych funkcji” (choć wcześniej pisał o wykonywanych zadaniach) „i okoliczności, w ramach których Pan K.R. nabył doświadczenie pozwalają stwierdzić, że osoba ta spełnia wymagania Zamawiającego”. Pomija jednak przy tym fakt, że na tej samej stronie SWZ, punkt wcześniej, Zamawiający odnosi się do zasad uznawania uprawnień wymaganych od poszczególnych Kierowników Robót, pozwalających na pełnienie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie

w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego. Poza tymi osobami (Kierownikami robót), Zamawiający wymaga dysponowania przez wykonawcę osobami, które określa jako: Kierownik prac mechaniki sceny, Kierownik prac akustyki, Kierownik prac elektroakustyki, Manager BIM lub Koordynator BIM. Wobec tych osób Zamawiający wymaga jedynie odpowiedniego wykształcenia i doświadczenia, które może być nabyte „na podobnie nazwanych stanowiskach”.

W ocenie Odwołującego przyjęta w Wyjaśnieniach przez Wykonawcę A. linia obrony nie przystoi podmiotowi prowadzącemu profesjonalną działalność w budownictwie, a mimo tego Zamawiający ją przyjął i przyznał 2 punkty za doświadczenie p. K. R., pomijając,

iż faktycznie nie pełnił on funkcji KRE, co zostało wykazane już w odwołaniu wniesionym

w dniu 29.01.2024 r. i przyznane w Wyjaśnieniach. Nie można też pominąć ostatniego argumentu podniesionego w Wyjaśnieniach, choć już w przytoczonym fragmencie SWZ – wbrew stanowisku W.A. – „zaszyte” jest odniesienie do doświadczenia

w pełnieniu funkcji KRE poprzez określenie „za kierowanie robotami, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (rodzaj i wielkość), określonymi w rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppk 4 SWZ, powyżej liczby wymaganej jako minimum.

W.A. intencjonalnie pomija przy tym, iż Zamawiający następująco opisał omawiane kryterium doświadczenia:

Zatem Zamawiający nie pozostawił wykonawcom wątpliwości co do tego, że punktowane będzie doświadczenie w kierowaniu robotami powyżej liczby wymaganej jako minimalna

w warunku udziału w postępowaniu.

Ad. Doświadczenie PA

W przypadku doświadczenia PA Konsorcjum A. wskazało 3 zadania referencyjne, przy czym maksymalnie w tym kryterium można było uzyskać 3 punkty (po 1 za każde dodatkowe zadanie referencyjne).

Odwołujący podniósł, że w pierwszym zadaniu referencyjnym, dotyczącym Przebudowy, rozbudowy i adaptacji zabytkowego budynku Młyna Górnego w Grudziądzu na funkcje kulturalno-edukacyjne, kubatura obiektu zaprojektowana przez p. Roberta Lebiotę, wskazanego przez Konsorcjum A. do pełnienia funkcji PA, była niższa od wymaganej przez zamawiającego min. 15 000 m³. W tym zakresie Odwołujący zastrzega możliwość założenia na rozprawie dowodów potwierdzających tę okoliczność i obalających twierdzenia i dowody prezentowane w Wyjaśnieniach.

Odwołujący wskazał, że podana w Opisie technicznym Projektu Wykonawczego Architektury wielkość kubatury, tj. 15835 m³ ma charakter informacyjny, określany przez architekta, który powinien w celu określenia tej wielkości stosować prawidłowe normy, co w tym przypadku nie miało miejsca.

Ad. MBIM

W przypadku doświadczenia MBIM Konsorcjum A. wskazało 3 zadania referencyjne, przy czym maksymalnie w tym kryterium można było uzyskać 3 punkty (po 1 za każde dodatkowe zadanie referencyjne).

W 3im zadaniu referencyjnym Konsorcjum Admierz wskazało zadanie: „Projekt: Budynek C, w zespole budynków handlowo-usługowych. Galeria handlowa w Elku”. Oświadczyło również: „Niniejsze zadanie obejmowało m.in.: wykonanie wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego (...) zrealizowanego z wykorzystaniem modelu BIM”. Jako termin realizacji projektu wskazano: „13.05.2013 r. – 22.11.2013 r.”

W odniesieniu do tego zadania Odwołujący podał, że przekazane zostały Zamawiającemu informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie następujących oświadczeń:

- 1) o kierowaniu przez p. T. Rospędkę „pracami przy wykonywaniu projektu z wykorzystaniem modelu BIM”,
- 2) wartości inwestycji, która została określona na ponad 30 mln netto (Zamawiający wymagał min. 30 mln netto),
- 3) rzeczowego zaangażowania biura projektowego – Pulsart Architekci, w którego zespole p. T. R. był projektantem (wykonanie wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego),
- 4) terminu realizacji projektu, tak by mieścił się w okresie 10 lat przed terminem składania ofert.

Odwołujący podał, że jeszcze przed wniesieniem odwołania z 29.01.2024 r. Odwołujący otrzymał informację od Generalnego Wykonawcy Galerii Handlowej w Elku, tj. Mostostal Warszawa SA, iż ten nierealizował budowy na podstawie projektu z wykorzystaniem modelu BIM oraz że wartość prac dotyczących budynku C nie przekraczała 30 mln zł. I ustalenia

te pozostają nadal aktualne.

Dowód:

Dowód: wniosek o udzielenie informacji z dnia 1.12.2023 r. (Mostostal Warszawa_ pismo Brama Mazur (1).pdf) oraz odpowiedź Mostostal Warszawa SA z dnia 2.01.2024 r. (DEKPOL - MOSTOSTAL.docx (1).pdf)

Odwołujący w trybie dostępu do informacji publicznej w dniu 20.12.2023 r. otrzymał również informację od Starostwa Powiatowego w Elku, z której wynika, że w posiadanej przez organ dokumentacji nie znaleziono informacji potwierdzających udział w projektowaniu p. T.R. oraz, czy projekt został zrealizowany z wykorzystaniem modelu BIM. Wraz z tą odpowiedzią organ przekazał kopię decyzji pozwolenia na budowę (nr 458/12) oraz decyzji zmieniającej pozwolenie na budowę nr 32/2014. W pozwoleniu na budowę widnieje informacja, iż projekt budowlany dla Galerii Handlowej w Elku, w tym dla Budynku C, wskazanego przez Konsorcjum A. jako zadanie referencyjne, opracowany został przez zespół projektantów pod kierownictwem architekta K.F., a nie przez firmę wskazaną przez Konsorcjum A., tj. Pulsart Architekci. Odwołujący dodatkowo dopytał mailowo, czy autorem projektu zamiennego, dołączonego do wniosku z dnia 2013.12.19 (data wpływu 2023.12.20) o wydanie pozwolenia zamiennego przez GV Elk Sp. z o. o. jest Pan mgr inż. arch. K.F. i otrzymał odpowiedź od W.G. – Naczelnika Wydziału Budownictwa w Starostwie Powiatowym w Elku, iż architekt ten był projektantem wiodącym.

Dowód: Wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 13.12.2023 r. oraz odpowiedź

Starostwa Powiatowego w Elku z dnia 20.12.2023 r. (odpowiedź na wniosek Starostwa w Elku.pdf) wraz z udostępnionym pozwoleniem na budowę oraz decyzją zmieniającą pozwolenie na budowę (skan decyzji pozwolen Brama Mazur.pdf), a także korespondencja mailowa pomiędzy B.S. a W.G. (Starostwo Brama Mazur - uzupełnienie do pozwolenia zmieniającego decyzję.pdf)

Odwołujący w dniu 4.12.2023 r. zwrócił się więc do p. K.F., prowadzącego biuro projektowe CDF ARCHITEKCI, z pytaniem:

W dniu 24.01.2024 r. ponowił pytanie:

W odpowiedzi Odwołujący otrzymał informację, że projekt powstawał na przełomie lat 2010-2012, czyli w czasie, kiedy prowadzona przez p. K.F. firma CDF Architektki nie wykonywała projektów z wykorzystaniem modelu BIM (pierwszy projekt w systemie BIM wykonany został w 2016-2017 r.). Jednocześnie wskazał również, że „Projektantem całego zamierzenia projektowego była moja firma. Jedyni architekci jacy pojawili się na budowie to architekci wykonujący wnętrza dla części kinowej. Nie pamiętam jednak jak ta firma się nazywała”. W podsumowaniu p. K.F. stwierdził: „Czytając informację jakie Pan przesłał, mam wrażenie, że ktoś z drugiej strony mija się z prawdą”.

Dowód: Korespondencja mailowa pomiędzy p. D.O. a p. K.F.

(CDF Architektki) (Korespondencja, odpowiedź CDF Architektki_dot. Galerii w Elku.pdf)

Wezwany do Wyjaśnień, W.A. wskazał, że Biuro PLUSART.PL Architektki wykonywało kompletną dokumentację budynku C oraz że dokumentacja ta stanowiła część Galerii Handlowej w Elku, wykonywanej na podstawie jednego pozwolenia na budowę,

o wartości 110,7 mln zł. Ponadto przytoczył treść przedmiotowego warunku i wywiódł z niej, że dla oceny jego spełniania należy brać pod uwagę wartość całej inwestycji (obiektu

a nie budynku). Odwołujący podniósł, że Wyjaśnienia te ponownie kreowane są w celu „wybrnięcia” z podania w Formularzu „Kryteria pozacenowe”, informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, jakoby to wartość Budynku C, dla którego wykonywany

był referencyjny projekt wynosiła ponad 30 mln zł. Konsorcjum A. w Formularzu „Kryteria Pozacenowe” wskazało bowiem: „Projekt: Budynek C, w zespole budynków handlowo-usługowych” oraz „Wartość inwestycji: ponad 30 mln zł”. Co istotne – powierzchnia Budynku C stanowi jedynie ok. 10% powierzchni całej Galerii Handlowej w Elku.

Natomiast zgodnie z treścią ww. Formularza Zamawiający oczekiwał podania nazwy

i zakresu projektów dot. Inwestycji. Zatem wykonawcy, wskazując w Formularzu wykonanie określonego projektu, zobligowani byli jako „Inwestycję” traktować obiekt użyteczności publicznej, dla którego taktycznie wykonywany był projekt przy udziale Managera BIM,

co jest również spójne z treścią warunku udziału w postępowaniu. Nie ma definicji legalnej „obiektu użyteczności publicznej”. Przepisy rozporządzenia z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz.U.

z 2022 r. poz. 1225) definiują jedynie budynek użyteczności publicznej i taką definicję Zamawiający powołał na s. 21 (ostatni tiret) SWZ. Zamawiający w warunkach udziału

w postępowaniu posługuje się kilkakrotnie pojęciem „obiektu użyteczności publicznej”

(ale nie: pojęciem „obiektu budowlanego” w rozumieniu art. 7 pkt 14 PZP - jak zdaje się

na tym etapie przyjmować W.A.). Odwołujący dodatkowo podnosi,

że powszechnie oba te pojęcia, tj. „obiekt użyteczności publicznej” i „budynek użyteczności publicznej” używane są zamiennie. Warto w tym miejscu zauważyć, że sam W.A. na swojej stronie internetowej utożsamia budynek użyteczności publicznej

z obiektem:

Natomiast w złożonych wyjaśnieniach celowo powołuje się na wartość „obiektu” (w tym wypadku całej Galerii Handlowej w Elku), tylko dlatego, że wartość Budynku C, dla którego wykonywana była dokumentacja projektowa przy udziale T. Rospędka jest mniejsza

niż wymagane 30 mln zł. Celowo też pomija, że przepisy PZP w art. 7 pkt 14 definiują „obiekt budowlany” (a nie „obiekt”).

Nie zawierają też pojęcia „obiektu użyteczności publicznej. Przeciwna do prezentowanej przez Odwołującego interpretacja spornego warunku – poza tym że byłaby niezgodna z literalną treścią warunku – prowadziłaby do przyjęcia, że wystarczające byłoby uczestniczenie w wykonaniu projektu dla znikomej wartości obiektu użyteczności publicznej, który był wykonywany na jego podstawie, czego Zamawiający

z pewnością nie oczekiwał. Zauważenia wymaga również, że Generalny Wykonawca inwestycji (Mostostal Warszawa SA), oświadczył iż nie tylko nie realizował budowy

na podstawie projektu z wykorzystaniem modelu BIM, ale też że wartość prac dotyczących budynku C nie przekraczała 30 mln zł. Co znamienne – przedłożone wraz z Wyjaśnieniami referencje Biura PLUSART.PL Architektki, w tym datowana na dzień 5.02.2024 r., a więc

już po zapoznaniu się przez Wykonawcę A. z treścią zarzutów odwołania wniesionego w dniu 29.01.2024 r., oraz referencja GV EŁK Sp. z o.o., w ogóle nie odnoszą się do wartości Budynku C, dla którego wykonywany był projekt. Wartości tej nie potwierdza również pismo p. R. Kurzypa (Biuro PLUSART.PL Architektki) z dnia 5.02.2024 r. kierowane do p. E. Stefaniak (pracownika W.A.), pomimo że W.A. – zadając pytanie – znał w tym zakresie zarzuty odwołania z dnia 29.01.2024 r., a także

w Wyjaśnieniach miał rozwiązać wątpliwości Zamawiającego. Co istotne – Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień „zalecił”, aby wykonawca w miarę możliwości złożył na potwierdzenie swoich oświadczeń odpowiednie dowody.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, Zamawiający wymagał wykazania, że osoba wskazana jako Manager BIM „brała udział przy wykonaniu co najmniej 1 wielobranżowego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego lub projektu wykonawczego”. W.A. – opisując kwestionowane zadanie referencyjne – oświadczył, że obejmowało ono wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego. Zauważyć jednak należy, że złożone wraz z Wyjaśnieniami referencje z dnia 12.03.2015 r. (od Inwestora Galerii Handlowej w Elku – GV EŁK Sp. z o.o.) potwierdzają jedynie wykonanie projektu budowlanego, wraz

ze szczegółowym opisem branż; ani słowem nie odnoszą się natomiast do projektu wykonawczego.

Niezależnie od tego, według najlepszej wiedzy Odwołującego – i wbrew oświadczeniom złożonym przez Wykonawcę A. w Formularzu „Kryteria pozacenowe” – referencyjne zadanie wskazane hasłowo: „Projekt: Budynek C” nie obejmowało wykonania projektu wykonawczego, a projekt budowlany zamienny, w wykonaniu którego brał udział p. T. R., został wykonany w sierpniu 2023 r., a zatem nie mieści w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert, jak wymagał tego Zamawiający w treści warunku. Powyższe okoliczności i sposób działania, potwierdzone dowodami pozyskanymi od Inwestorów lub Wykonawców/Podwykonawców zadań referencyjnych, wskazanych przez Konsorcjum A. dla poszczególnych osób w celu uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium pozacenowym jednoznacznie wskazują, że Konsorcjum A.

w sposób zamierzony lub co najmniej rażąco niedbały przedstawił w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Bez znaczenia jest przy tym, że Zamawiający przewidział jako podstawę wykluczenia jedynie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, którego dyspozycją nie są objęte informacje przekazywane w celu otrzymania punktów w kryteriach oceny ofert. Nie można bowiem przyjąć, że celem ustawodawcy było dopuszczenie do podawania nieprawdziwych informacji w postępowaniach, w których zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Przyjęciu takiego stanowiska stoi na przeszkodzie art. 16 pkt 1 PZP,

a podstawą eliminacji takiej oferty z Postępowania jest art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP. Odwołujący stoi na stanowisku, że działanie Konsorcjum A. wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 14 ust. 1 i 3 oraz art. 3 ust. 1 ZNKU, wobec czego złożona przez tego Wykonawcę oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP.

W tym przypadku – podobnie jak z informacjami złożonymi w wykazie usług – Konsorcjum A. ewidentnie w celu przysporzenia korzyści (osiągnięcia zysku z wykonania zamówienia) złożyło nieprawdziwe i wprowadzające w błąd wiadomości w celu uzyskania przewagi punktowej i zdobycia zamówienia. Zatem wybór tej oferty w Postępowaniu rażąco narusza zasady legalizmu, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nieprawdziwe informacje dotyczące kluczowej kadry Konsorcjum A. dotyczą osób, którymi Wykonawca ten dysponuje bezpośrednio. Tym bardziej więc powinien ustalić

i przekazać Zamawiającemu rzetelne, zgodne z rzeczywistością informacje na temat doświadczenia tych osób.

V. Nieprawidłowa ocena oferty Konsorcjum A. w ramach kryteriów oceny ofert

Odwołujący podał, że Zamawiający nie tylko nieprawidłowo pominął okoliczność,

że Konsorcjum A. podało nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego

w błąd co do dysponowania osobami, których doświadczenie było punktowane w ramach kryteriów oceny ofert, ale też z pominięciem informacji wskazanych w Formularzu „Kryteria pozacenowe” przyznał dodatkowy punkt za doświadczenie p. T.B. wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy.

Jak Odwołujący podnosił w odwołaniu wniesionym w dniu 29.01.2024 r., w załączniku

do oferty „Kryteria pozacenowe” Konsorcjum A. wskazało dwie inwestycje, przy których p. B. pełnił funkcję kierownika budowy. Przy tym z informacji ujętych w tym Formularzu wyraźnie wynika, że inwestycja pn. „Zespół zabudowy obejmujący budowę budynku biurowo-usługowego z garażem podziemnym, przebudowę budynku biurowo-usługowego „Bellona” (...)” nie została zakończona, zaś p. B. nadal pełni przy

tej inwestycji funkcję kierownika budowy. Poza oświadczeniem samego Konsorcjum

w Formularzu „Kryteria punktowane”, Odwołujący przedkładał wraz z odwołaniem

z 29.01.2024 r. (i przekłada obecnie) zdjęcie tablicy informacyjnej oraz powołuje się

na materiały prasowe, które potwierdzają, że w styczniu 2024 r. (a zatem po upływie terminu składania ofert) trwają prace konstrukcyjne i zaczyna się montaż elewacji, a inwestycja

ta będzie realizowana jeszcze w 2025 r. (<https://media.ghelamco.pl/286543-budowa-the-bridge-wiezowiec-osiagnal-40->

pieter-i-160-m-wysokosci; <https://warszawa.naszemiasto.pl/the-bridge-budowa-warszawskiego-wiezowca-nabiera-tempa-do/ar/c9-9567759> - wydruki zostaną złożone na rozprawie)

Dowód: Zdjęcie tablicy informacyjnej (pro-tGE6VRVV.jpeg)

Zgodnie z opisem Kryterium 2, za doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy Zamawiający przyznawał maksymalnie 2 punkty, w tym po 1 pkt za każdą inwestycję powyżej minimum wymaganego na spełnienie warunku, w ramach której dana osoba kierowała robotami zgodnymi z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 1 SWZ. We wzorze określonym w załączniku nr 18

do SWZ Zamawiający doprecyzował jakie dokładnie informacje należy podać i jak

je usystematyzować. W odniesieniu do Kryterium 2 dotyczącego doświadczenia kierowników budowy i robót, zamawiający w każdym z wierszy dotyczącym poszczególnych funkcji jednoznacznie określił, że należy podać nazwę zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość inwestycji (PLN netto), kubaturę obiektu i dane zamawiającego. Nie ulega zatem wątpliwości, że w celu uzyskania dodatkowych punktów w Kryterium nr 2 należało podać jedynie doświadczenie poszczególnych osób zdobyte przy inwestycjach, które zostały już ukończone.

Wymóg zakończonej inwestycji Zamawiający – na skutek wniosków o zmianę SWZ – usunął jedynie z Wykazu osób (załącznik nr 8 do SWZ) oraz Formularza „Kryteria pozacenowe” (załącznik nr 18 do SWZ) w zakresie dotyczącym projektantów, a nie kierowników (w tym kierownika budowy) i Managera BIM. W pierwotnej wersji SWZ zarówno we wzorze formularza nr 18, jak i formularza nr 8, wymóg podania informacji dotyczących wyłącznie zakończonych inwestycji istniał w odniesieniu zarówno do Zespołu projektowego, jak

i Kierowników budowy i robót. Natomiast w wyniku modyfikacji SWZ Zamawiający usunął ten wymóg z obu formularzy w odniesieniu jedynie do członków zespołu projektowego. Pozostawienie tego wymogu dla Kierowników budowy i robót świadczy o celowości takiego wymagania i świadomym jego postawieniu przez Zamawiającego.

Dowód: odpowiedź na pytanie nr 37 z dnia 4.08.2023 r. wraz z modyfikacją załącznika nr 8 i 18

Zatem Zamawiający nie powinien był przyznać ofercie Konsorcjum A. punktu za pełnienie funkcji kierownika budowy przy inwestycji „Bellona”, skoro nawet Konsorcjum A. w Formularzu „Kryteria pozacenowe” oświadczyło, że funkcja Kierownika budowy jest nadal pełniona. Z tego powodu punktacja powinna zostać obniżona o 1 punkt.

VI. Nieprawidłowa ocena spełniania przez Konsorcjum A. warunków udziału w Postępowaniu dotyczących dysponowania potencjałem kadrowym wymaganym od wykonawcy, zaniechanie wykluczenia Konsorcjum A.

na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a – a ewentualnie – lit. b PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ZNKU

Zgodnie z Rozdziałem 7 ust. 1 lit. d pkt 2 i 3 SWZ, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami wchodzącymi w skład Zespołu projektowego oraz osobami do kierowania budową i kierowania robotami, które wykonawca zamierza skierować

do realizacji niniejszego zamówienia, tj. po 1 osobie posiadającej uprawnienia

i doświadczenie opisane w SWZ do pełnienia następujących funkcji: Projektant architektury (Główny Projektant), Projektant konstrukcji, Projektant instalacji sanitarnych, Projektant instalacji elektrycznych, Projektant instalacji teletechnicznych, Projektant drogowy, Projektant oświetlenia scenicznego (technologicznego), Projektant mechaniki sceny, Projektant akustyki, Projektant elektroakustyki, Manager BIM lub Koordynator BIM, Projektant instalacji AKPiA BMS, Kierownik Budowy, Kierownik Robót konstrukcyjnych, Kierownik Robót instalacji i sieci sanitarnych, Kierownik Robót elektrycznych, Kierownik Robót teletechnicznych, Kierownik Robót drogowych, Kierownik robót oświetlenia scenicznego, Kierownik prac mechaniki sceny, Kierownik prac akustyki, Kierownik prac elektroakustyki, Kierownik Robót AKPiA i BMS.

W celu wykazania spełniania powyższego warunku, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia

Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami

na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ) – dalej jako „Wykaz osób”.

Złożony przez Konsorcjum A. Wykaz osób nie potwierdza jednak dysponowania przez tego wykonawcę odpowiednim potencjałem kadrowym, a ponadto niektóre z informacji podanych w Wykazie są informacjami nieprawdziwymi, wprowadzającymi Zamawiającego

w błąd, co do spełniania przez Konsorcjum A. warunku zdolności technicznej

i zawodowej w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia. W związku

z odwołaniem z dnia 29.01.2024 r., Zamawiający wezwał Konsorcjum A. do złożenia Wyjaśnień. Pomimo jednak złożenia tych Wyjaśnień w dniu 26.02.2024 r., w dalszym ciągu nie można przyjąć, że osoby, które Konsorcjum A. zamierza

skierować do wykonania zamówienia, posiadają wymagane doświadczenie. Ponadto treść złożonych Wyjaśnień wręcz utwierdza w przekonaniu o zamiarze celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Jak zatem wynika z analizy treści Wykazu osób złożonego przez Konsorcjum A., nawet uzupełnionego o informacje zawarte w Wyjaśnieniach z dnia 26.02.2024 r., Wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami, kierowanymi do pełnienia funkcji: Projektant instalacji teletechnicznych, Manager BIM lub Koordynator BIM, Projektant instalacji AKPiA i BMS, Kierownik Robót teletechnicznych, Kierownik prac elektroakustyki, Kierownik Mechaniki Sceny, Kierownik robót oświetlenia scenicznego oraz Projektant instalacji sanitarnych. Rzeczywiste doświadczenie osób, które Konsorcjum A. zamierzało skierować do realizacji zamówienia nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego opisanym w SWZ, a w konsekwencji Konsorcjum nie dysponuje wymagającym potencjałem kadrowym i nie spełnia ww. warunku udziału w Postępowaniu.

Ad. Projektant instalacji teletechnicznych

Jako Projektanta instalacji teletechnicznych Konsorcjum A. wskazało p. M.P. (poz. 5 pierwszej tabeli w Wykazie osób). Zgodnie z Rozdziałem 7 ust. 1 lit. d pkt 2 ppkt 5 SWZ, osoba ta powinna – poza wymogiem posiadania odpowiednich uprawnień i stażu zawodowego – posiadać doświadczenie w postaci wykonania, w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert: „minimum 2 projektów wykonawczych instalacji teletechnicznych/niskoprądowych (obejmujących – łącznie w ramach tych projektów - systemy sieci strukturalnej, WLAN, serwerownię, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD,) dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto każdy oraz kubaturze większej niż 15.000,00 m³ każdy”

Jedną z dwóch wymaganych inwestycji, dla których p. P. wykonywał prace projektowe, jest – według Wykazu osób – inwestycja pn. Centrum Badawczo-Rozwojowe Usług Laboratoryjnych w Obszarze Odkrywania i Rozwoju Leków Selvita S.A.". Nie spełnia ona jednak warunków wymaganych przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał bowiem, aby wykonane projekty dotyczyły obiektu użyteczności publicznej. Wobec zarzutu zawartego w Odwołaniu z 29.01.2024 r., Zamawiający wezwał Konsorcjum A. do wyjaśnień (wezwanie z dnia 8.02.2024 r.), czy obiekt powstały w ramach ww. inwestycji stanowi obiekt użyteczności publicznej. W odpowiedzi Konsorcjum A. co prawda potwierdziło

tę okoliczność, przy czym powołało się na własną definicję i rozumienie pojęcia użyteczności publicznej, które jest nieuprawnione i odbiega od definicji legalnej. W Wyjaśnieniach Konsorcjum A. wskazało:

Konsorcjum A., składając ofertę, z całą pewnością zdawało sobie sprawę,

że wskazana inwestycja – wbrew informacjom jakie wykonawca wskazał w Wykazie osób - nie dotyczyła budynków użyteczności publicznej. Sam bowiem na swojej stronie internetowej (<https://adamietz.pl/poradniki/budynki-uzytecznosci-publicznej-definicja-i-przepisy/>) zamieścił definicję budynków użyteczności publicznej, która potwierdza, że "Budynki użyteczności publicznej to obiekty, których głównym celem jest dostarczanie szerokiego spektrum udogodnień dla społeczności lokalnej. Ważną cechą takich miejsc jest ich powszechny charakter – są one dostępne dla wszystkich mieszkańców, niezależnie od ich statusu społecznego czy ekonomicznego". Definicja podana w Wyjaśnieniach jest całkowicie odmienna i została ewidentnie wykreowana wyłącznie na potrzeby niniejszego Postępowania.

Przede wszystkim jednak, wbrew twierdzeniom Konsorcjum A., Zamawiający w SWZ (zob. w Uwagach zamieszczonych po ust. 1 lit. d pkt 3 Rozdziału 7 SWZ; str. 21 SWZ - Na str. 21 SWZ znajduje się m.in. następująca uwaga: "W ramach sformułowanych warunków udziału w postępowaniu (zarówno dotyczących doświadczenia Wykonawcy, jak i wymaganego personelu Opisanego powyżej), Zamawiający informuje, że: (...) Zamawiający poprzez budynek użyteczności publicznej rozumie, zgodnie z § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny;") wprost określił, jak należy rozumieć pojęcie obiektu użyteczności publicznej odsyłając do definicji legalnej budynku użyteczności publicznej zawartej we właściwych przepisach, tj. w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury

z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1225). Już chociażby z tego względu powołanie się w Wyjaśnieniach na wyrok Izby z 9.10.2020 r. sygn. akt KIO 2500/20 jest nietrafione, gdyż w stanie faktycznym leżącym u podstaw tego orzeczenia, zamawiający nie odwoływał się do żadnej legalnej definicji.

Niezależnie od powyższego, legalna definicja budynku użyteczności publicznej

ma rzeczywiście charakter częściowo otwarty, jednakże granicą jest funkcja i przeznaczenie budynków. Interpretacji przepisu i kwalifikacji budynków należy zatem dokonywać mając na względzie wyłącznie tę wytyczną. Jednoznacznie bowiem ustawodawca wymienił funkcje do jakich powinien być przeznaczony dany budynek, aby został zakwalifikowany do kategorii budynków użyteczności publicznej. Z całą pewnością zatem przyjęcie – jak tego oczekuje Konsorcjum A. - że chodzi o „obiekt przynoszący pożytek jakiejś zbiorowości” nie jest zgodne ani z legalną definicją, ani nawet z potocznym rozumieniem takiego terminu. „Publiczna użyteczność” nie oznacza pożytków dla jakiegokolwiek zbiorowości (zbiorowością w rozumieniu Konsorcjum A. byłaby w tej sytuacji grupa akcjonariuszy – a nawet potoczne rozumienie nie pozwala na tak szerokie rozumienie pojęcia „publiczny”). W polskim porządku prawnym, jak również w potocznym rozumieniu tego słowa, „publiczny” oznacza dostępność dla nieograniczonego, dowolnego odbiorcy. Przeciwnością tego pojęcia jest „prywatny” - równoznaczny z ograniczeniami dostępności wyłącznie dla osób uprawnionych ze względu na własność. Funkcje budynków wymienione w ww. przepisie wiążą się ze świadczeniem usług dla nieograniczonego odbiorcy w celu zaspokojenia określonych potrzeb społecznych. Jedynie dodatkowo, niejako poza podstawową definicją, do kategorii budynków użyteczności zaliczono także budynki biurowe oraz socjalne – jednakże odesłanie do „podobnych funkcji” nie odnosi się już do funkcji budynków biurowych i socjalnych. Inwestycja wskazana w Wykazie osób Konsorcjum A. obejmowała budowę przez spółkę Selvita S.A. budynków przeznaczonych na potrzeby własnej, prywatnej powierzchni badawczej, tj. kompleksu laboratoriów z zakresu, m.in. chemii medycznej, biochemii, biologii molekularnej i komórkowej, ADME/DMPK, farmakologii in vivo oraz analityki. Jest to zatem strefa całkowicie prywatna, bez publicznego dostępu i nie służąca do zaspokajania potrzeb publicznych (a zatem nie przeznaczona na użytek publiczny). Jak jednoznacznie wynika z informacji dotyczących tej inwestycji zamieszczonych na stronie internetowej Selvita S.A. <https://selvita.com/aktualnosci/selvita-z-rekomendacja-dofinansowania-projektu-utworzenia-centrumbadawczo-rozwojowego-uslug-laboratoryjnych-w-krakowie/> „dodatkowa powierzchnia laboratoryjna wyposażona zgodnie z najwyższymi międzynarodowymi standardami pozwoli zwiększyć skalę działalności oraz wdrożyć nowe, innowacyjne usługi do oferty Spółki, których w tym momencie Selvita nie jest w stanie rozwijać wobec braku dostępnej powierzchni laboratoryjnej. (...) zamierzamy stale umacniać swoją pozycję na globalnym rynku CRO - Organizacje zajmujące się badaniami kontraktowymi (CRO) stanowią trzon przemysłu farmaceutycznego i biotechnologicznego. Oferują mnóstwo usług obejmujących cały cykl życia leku, a rozbudowa infrastruktury laboratoryjnej oraz poszerzanie oferty Selvity jest jednym z kluczowych elementów realizacji naszego planu. Wyczerpaliśmy już dostępne zasoby powierzchni laboratoryjnej możliwe do wynajęcia w Krakowie, dlatego zdecydowaliśmy o inwestycji we własny obiekt badawczo-rozwojowy.” Potwierdza to, iż zrealizowana inwestycja nie obejmuje budynków użyteczności publicznej, ale powstała na cele prywatne prowadzenia działalności gospodarczej na rzecz innych przedsiębiorców, nie zaś dla publicznego odbiorcy. W szczególności publiczny odbiorca nie może korzystać z dostępności ww. budynków w celu skorzystania z usług Selvita S.A., w tym w celu zaspokojenia określonych potrzeb społecznych, co jest istotą kwalifikowania budynków jako budynki (obiekty) użyteczności publicznej. W tym miejscu należy podkreślić, że nie można zgodzić się z twierdzeniem Konsorcjum A. zawartym w Wyjaśnieniach, że prowadzenie badań w dziedzinie biotechnologii w laboratorium Selvita S.A. powoduje, że jest to obiekt, który przyczynia się szeroko pojętemu pożytkowi publicznemu. Tak jak wskazano powyżej, badania prowadzone są na potrzeby własnej działalności gospodarczej, na rzecz innych przedsiębiorców, nie zaś dla dobra publicznego. Przede wszystkim jednak w ramach laboratorium świadczone są usługi dla biznesu (dla innych przedsiębiorców), nie zaś usługi o charakterze powszechnym dla publicznego odbiorcy. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, o zakwalifikowaniu danego obiektu jako budynek użyteczności publicznej „przesądza funkcja, charakter prowadzonej działalności w tym budynku tj. realizowane usługi na rzecz zaspokajania określonych potrzeb społecznych” (zob. m.in. wyr. KIO z 12.12.2013 r., KIO 2771/13). Skoro obiekty laboratorium Selvita nie kwalifikują się do kategorii budynku użyteczności publicznej, o którym mowa w ww. rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, to bez znaczenia pozostaje, że zostały przypisane do kategorii IX według Prawa budowlanego, tj. do grupy budynków kultury, nauki i oświaty. Przypisanie do kategorii, o których mowa w załączniku do ustawy Prawo budowlane ma zupełnie inne przeznaczenie niż klasyfikacja, o której mowa w rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Ponadto, kwalifikacja danego obiektu jako budynek (obiekt) użyteczności publicznej musi zostać

dokonana w świetle przepisów ww. rozporządzenia jeszcze na etapie projektowania inwestycji i uzyskiwania pozwolenia na budowę, a zatem nie podlega zmianie oraz interpretacji. Zgodnie bowiem z art. 5 ust. 1 Prawa budowlanego, „obiekt budowlany jako całość oraz jego poszczególne części, wraz ze związanymi z nim urządzeniami budowlanymi należy, biorąc pod uwagę przewidywany okres użytkowania, projektować i budować w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych, oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej (...)”, w tym z uwzględnieniem szczególnych wymogów technicznych adekwatnych do zamierzonego sposobu użytkowania budynku wynikających z ww. rozporządzenia. Jeśli zatem zamierzony sposób użytkowania budynku powoduje kwalifikację takiego budynku jako budynek użyteczności publicznej, musi on zostać zaprojektowany z uwzględnieniem szczególnych wymagań jakim muszą odpowiadać tego typu budynki (np. § 55 ust. 2 – przystosowanie dla osób niepełnosprawnych, § 69 ust. 5 – szerokość stopni, § 75 ust. 2 – szerokość drzwi, § 116 ust. 1 – umieszczenie wodomierza, § 157 ust. 1 – warunki techniczne instalacji gazowej, § 186 ust. 2 – prowadzenie instalacji elektrycznej, § 209 ust. 1 pkt 1 – odrębne zasady bezpieczeństwa pożarowego). Zamierzony sposób użytkowania budynku musi zatem zostać ujawniony już w projekcie budowlanym (zob. art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b Prawa budowlanego). Kwalifikowanie danego budynku (objektu) jako budynek użyteczności publicznej nie może być dokonywane już po zakończeniu inwestycji i jedynie za potrzeby udziału w innym Postępowaniu. Jest to kwalifikacja mająca doniosłe znaczenie z punktu widzenia zgodności z Prawem budowlanym, która powinna być ujawniana jednoznacznie w projekcie budowlanym. Prawdłowa kwalifikacja podlega bowiem badaniu przez odpowiedni organ budowlany pod kątem prawidłowego zaprojektowania zamierzenia budowlanego adekwatnie z zamierzonym sposobem użytkowania. Skoro zatem budynki laboratorium Selvita nie zostały zaprojektowane i zgłoszone do pozwolenia na budowę jako obiekty użyteczności publicznej, nie mogą zostać zakwalifikowane do tej kategorii w okresie późniejszym, tym bardziej przez osoby trzecie. Odmienna kwalifikacja mogłaby nawet skutkować zmianą przeznaczenia budynków wymagającą odpowiedniego zgłoszenia w trybie art. 71 ust. 2 Prawa budowlanego. Wbrew zatem prawidłowej klasyfikacji, zgodnej z legalną definicją i wbrew rzeczywistemu przeznaczeniu budynków objętych inwestycją, w Wykazie osób Konsorcjum A. podało nieprawdziwą informację, jakoby inwestycja spółki Selvita dotyczyła budynku użyteczności publicznej. Informacja ta była podana celowo, co jasno wynika z utrzymania takich twierdzeń w Wyjaśnieniach, a przede wszystkim miała wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, gdyż doprowadziła do mylnego uznania, iż Konsorcjum A. spełnia omawiany warunek udziału w Postępowaniu. W takim przypadku, zgodnie z utrwaloną zasadą, wynikającą z art. 16 pkt 1 PZP, Zamawiający nie może dopuścić do zastąpienia przez wykonawcę informacji nieprawdziwych prawdziwymi, ale zobowiązany jest do jego wykluczenia i odrzucenia złożonej przez niego oferty. Jednocześnie Konsorcjum A. nie dysponuje osobą, która wykonała 2 projekty wykonawcze instalacji teletechnicznych/niskoprądowych dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej, a zatem nie spełnia ww. warunku udziału w Postępowaniu.

Ad. Manager BIM lub Koordynator BIM

Jako Managera BIM lub Koordynatora BIM Konsorcjum A. wskazało p. T.R. (poz. 11 pierwszej tabeli w Wykazie osób). Zgodnie z Rozdziałem 7 ust. 1 lit. d pkt 2 ppkt 11 SWZ, osoba ta powinna – poza wymogiem posiadania odpowiednich uprawnień i stażu zawodowego – posiadać doświadczenie w postaci udziału, w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert: „przy wykonaniu co najmniej 1 wielobranżowego (branża architektoniczna, konstrukcyjno -budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego lub wykonawczego zrealizowanego z wykorzystaniem modelu BIM dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych), a ponadto inwestycja której dotyczył w/w projekt została zakończona pozwoleniem na użytkowanie (w formie wykonalnej decyzji lub skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót budowlanych)”

Odwołujący podał, że informacje zawarte w Wykazie osób, mające na celu opis doświadczenia p. Rospędką, nie pozwalają na ustalenie jakiej inwestycji dotyczyły pełnione przez niego obowiązki, a w konsekwencji nie potwierdzają, że prace wykazane w Wykazie osób rzeczywiście odpowiadają opisowi warunku udziału w postępowaniu. Konsorcjum A. ograniczyło się do wskazania, że p. R. brał udział przy wykonywaniu projektów dla inwestycji budowy budynku biurowo-usługowego przy Al. Jerozolimskich w dzielnicy Włochy w Warszawie. Jako zamawiającego podano natomiast firmę APMD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która jest biurem architektonicznym (według najlepszej wiedzy Odwołującego - aktualnie w upadłości) a nie inwestorem. Z tego powodu, na podstawie danych w Wykazie osób, nie jest możliwe zidentyfikowanie inwestycji ani według adresu,

ani według inwestora w celu weryfikacji, czy faktycznie p. R. wykonał prace wskazane w Wykazie osób.

Pomimo braku w Wykazie osób kompletu informacji pozwalających na ocenę spełniania omawianego warunku w Postępowaniu, Zamawiający wezwał Konsorcjum A. jedynie do wyjaśnienia kto był inwestorem, czy wykorzystano technologię BIM oraz czy – i kiedy – pozyskano pozwolenie na użytkowanie budynku przy Al. Jerozolimskich w dzielnicy Włochy w Warszawie.

W Wyjaśnieniach, pismem z 26.02.2024 r., Konsorcjum A. przekazało pismo z Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego z dnia 23.02.2024 r., celem potwierdzenia faktu oraz daty uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku biurowo - usługowego przy ul. Aleje Jerozolimskie w dzielnicy Włochy w Warszawie. Należy jednak zwrócić uwagę, że w treści pisma z PINB zacytowano pytania zadane przez Konsorcjum A.. Jak wynika z analizy tego pisma, Konsorcjum A. wystąpiło o informację dotyczącą daty pozwolenia na użytkowanie budynku pod konkretnym adresem - przy ul. Aleje Jerozolimskie 213, 02-222 Warszawa. Tymczasem brak jest podstaw do uznania, że w Wykazie osób powołano się na inwestycję dotyczącą właśnie tego budynku. Skoro Konsorcjum A. znało dokładną lokalizację inwestycji – niezrozumiałe jest z jakiego powodu nie podało pełnej informacji w Wykazie osób. Przede wszystkim, skoro nie istnieje powiązanie pomiędzy inwestycją wskazaną w Wykazie osób, a informacją z PINB, brak jest podstaw do przyjęcia, że Konsorcjum A. wykazało, że Pan R. brał udział w wykonaniu projektu dla inwestycji, która została zakończona pozwoleniem na użytkowanie.

Skoro Konsorcjum A. posiadało wiedzę co do nazwy inwestora (według Wyjaśnień inwestorem miałyby być firma Equinix (Poland) spółka z o.o.), to powinno było tę informację podać w Wykazie osób, gdyż była wymagana przez Zamawiającego.

Przede wszystkim jednak z dowodów przedłożonych wraz z Wyjaśnieniami – nawet z referencji od APMD Sp. z o.o. - nie wynika potwierdzenie, aby projekt wykonywany przez Pana Rospędka dotyczył inwestycji realizowanej na zlecenie Equinix (Poland) spółka z o.o. W konsekwencji, fakt, że pod adresem Aleje Jerozolimskie 213 w Warszawie istnieje budynek należący do Equinix (Poland) spółka z o.o. nie oznacza, iż w jego zaprojektowaniu brał udział Pan R..

Odwołujący podał, że budynek znajdujący się pod adresem Aleje Jerozolimskie 213 w Warszawie należący do Equinix (Poland) spółka z o.o. nie pełni funkcji obiektu użyteczności publicznej. Jak wynika z informacji dostępnych w internecie (w tym pod linkami podanymi przez Konsorcjum A. w Wyjaśnieniach), jest to budynek stanowiący przestrzeń kolokacyjną, a zatem służący jako serwerownia pozwalająca na umieszczanie swoich serwerów zewnętrznym firmom.

Źródło: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://main.pl/wpcontent/uploads/2022/02/Parametry-os%CC%81rodko%CC%81w-MAIN-Data-Center-2022.pdf>

Pod względem technicznym budynek jest budynkiem przeciwpożarowym. Funkcją budynku jest zatem udostępnianie jego powierzchni na potrzeby posadowienia i ochrony serwerów firm zewnętrznych korzystających z tzw. usługi hotelingu serwerów. Z całą pewnością budynek nie służy zaspokajaniu potrzeb społecznych, o charakterze użyteczności publicznej (zob. argumentacja m.in. w pkt 147 i 149 Odwołania).

Dowód: zrzut ze strony internetowej Rei-Con Contruction Company, wykonawcy budynku przeciwpożarowego-serwerowni EQUINIX, al. Jerozolimskie 213, Warszawa [Plik: screenshot-rei-con-pl-pf-budowa (...) -2024-04-08-14_28_52.pdf]

Również z treści referencji wystawionych przez APMD Sp. z o.o. (załączonych do Wyjaśnień) nie wynika, aby projekty wykonywane przez Pana Rospędka dotyczyły budynku pod adresem Aleje Jerozolimskie 213 w Warszawie należącego do Equinix (Poland) spółka z o.o. Z treści tych referencji nie wynika także potwierdzenie, aby Pan R. wykonał projekty dla tej konkretnej inwestycji z wykorzystaniem modelu BIM. Ktoś (wobec braku czytelnego podpisu lub chociaż pieczętki imiennej nie można stwierdzić kto w imieniu APMD złożył oświadczenie zawarte w piśmie z 29.09.2023 r. i czy był do tego uprawniony)

z ramienia APMD stwierdził jedynie, że w okresie 01.2017-10.2020 Pan R. propagował ideę technologii BIM w pracowni APMD, a także pełnił rolę BIM Managera

w tej organizacji. W żadnym miejscu natomiast nie znajduje się informacja, że dla budynku przy ul. Aleje Jerozolimskie powstała wielobranżowa dokumentacja z wykorzystaniem modelu BIM. Rola BIM Managera mogła być pełniona wówczas, gdy pracownia wykonywała projekty dla danej inwestycji w BIM co mogło mieć miejsce dla innych inwestycji niż

ta wskazana w Wykazie osób.

Odwołujący podał, że wobec braku wystarczających informacji w Wykazie osób, a także Wyjaśnień i załączonych dowodów, które w dalszym ciągu w żaden spójny sposób

nie potwierdzają, że Pan R. posiada wymagane doświadczenie, stwierdził Odwołujący, że Konsorcjum A. nie wykazało spełniania omawianego warunku. Jednocześnie treść Wyjaśnień oraz złożonych dowodów wskazuje na manipulację

faktami

w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, w sposób zamierzony i ukierunkowany na przekonanie Zamawiającego, że doświadczenie Pana Rospędka odpowiada warunkom zamówienia. Jednocześnie dziwi Odwołującego bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego złożonych przez Konsorcjum A. Wyjaśnień, ponieważ z ich treści wynikają niespójne informacje, ale przede wszystkim nie są to informacje potwierdzające, że Pan R. posiada doświadczenie w postaci udziału przy wykonaniu co najmniej 1 wielobranżowego projektu (...) zrealizowanego z wykorzystaniem modelu BIM dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych), a ponadto inwestycja której dotyczył w/w projekt została zakończona pozwoleniem na użytkowanie (w formie wykonalnej decyzji lub skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót budowlanych).

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum A. nie wykazało dysponowania osobą posiadającą doświadczenie opisane w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 2 ppkt 11 SWZ, a wręcz podało nieprawdziwe informacje o rzekomym wykonaniu przez p. Rospędka wymaganych prac. Nie ulega bowiem wątpliwości, że informacje podane w Wykazie osób, a także w Wyjaśnieniach, nie tylko nie potwierdzają spełniania wymaganego warunku, ale świadczą o zamierzonym lub co najmniej rażąco niedbałym podaniu przez Konsorcjum A. nieprawdziwych informacji mających na celu wykazanie spełniania omawianego warunku udziału w postępowaniu. Informacje te miały wpływ na decyzje Zamawiającego, o czym świadczy uwzględnienie Wyjaśnień, uznanie doświadczenia pana Rospędka za zgodne z SWZ, a w konsekwencji wynik Postępowania. W takim przypadku, zgodnie z utrwaloną zasadą, wynikającą z art. 16 pkt 1 PZP, Zamawiający nie może dopuścić do zastąpienia przez wykonawcę informacji nieprawdziwych prawdziwymi, ale zobowiązany jest do jego wykluczenia i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Ad. Projektant instalacji AKPiA i BMS

Jako Projektanta instalacji AKPiA i BMS Konsorcjum A. wskazało pana A.R. (poz. 12 pierwszej tabeli w Wykazie osób). Zgodnie z Rozdziałem 7 ust. 1 lit. d pkt 2 ppkt 12 SWZ, osoba ta powinna – poza wymogiem posiadania odpowiednich uprawnień i stażu zawodowego – posiadać doświadczenie w postaci wykonania, w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert: „minimum 1 projektu wykonawczego instalacji AKPiA i BMS dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto”.

W opisie doświadczenia p. A. R., podobnie jak w przypadku m.in. p. M.P. (wskazanego do funkcji Projektanta instalacji teletechnicznych), powołano się na wykonanie projektu wykonawczego na potrzeby budowy „Centrum Badawczo-Rozwojowego Usług Laboratoryjnych w Obszarze Odkrywania i Rozwoju Leków Selvita S.A”, które – wbrew informacjom zawartym w Wykazie osób – nie obejmowało budowy budynku użyteczności publicznej. W tym zakresie, w celu niepowielania argumentacji, Odwołujący odstąpił od uzasadnienia powyżej.

W odniesieniu do warunku dysponowania osobą na stanowisko Projektanta instalacji AKPiA i BMS, Konsorcjum A., działając w sposób zamierzony, podało nieprawdziwą informację, jakoby inwestycja spółki Selvita dotyczyła budynków użyteczności publicznej. Informacja ta miała wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, gdyż doprowadziła do uznania, iż Konsorcjum A. spełnia omawiany warunek udziału w Postępowaniu. Informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w okolicznościach mających miejsce w tym Postępowaniu, skutkują wykluczeniem Konsorcjum A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP i odrzuceniem złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. A oraz art. 226 ust. 7 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i 3 oraz art. 3 ust. 1 ZNKU. Ponadto, powyżej wskazuje na fakt, że Konsorcjum A. nie dysponuje również osobą, która wykonała 1 projekt wykonawczy instalacji AKPiA i BMS dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej, a zatem nie spełnia ww. warunku udziału w Postępowaniu.

Ad. Kierownik robót teletechnicznych

Jako Kierownika Robót teletechnicznych Konsorcjum A. wskazało p. Z.W. (poz. 5 drugiej tabeli w Wykazie osób). Zgodnie z Rozdziałem 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 5 SWZ, osoba ta powinna – poza wymogiem posiadania odpowiednich uprawnień i stażu zawodowego – posiadać doświadczenie w postaci pełnienia, w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert:

„funkcji kierownika robót instalacyjnych przy co najmniej 2 budowach lub przebudowach dla obiektu użyteczności publicznej o wartości każdej z robót minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto oraz obejmujących łącznie realizację systemów:

sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD”

Z treści Wykazu osób, p. Z.W. kierował pracami dotyczącymi dwóch inwestycji: „Budowa nowego Archiwum Państwowego przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy” oraz „Budowa Aparthotel Termy Uniejów”. Jednakże zdaniem Odwołującego żadna z tych prac w rzeczywistości nie potwierdza posiadania doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego.

W odniesieniu do „Budowy nowego Archiwum Państwowego przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy”, Konsorcjum A. wskazało, że p. W. W. pełnił przy tej inwestycji funkcję kierownika robót teletechnicznych. Odwołujący, w oparciu o informacje uzyskane od Safège S.A.S. Oddział w Polsce, który przy tej inwestycji pełnił funkcję Inwestora zastępczego, ustalił w ramach inwestycji nie została wykonana instalacja DSO (wymagana zgodnie z opisem warunku). Ponadto, w Wyjaśnieniach Konsorcjum A. potwierdziło, że w ramach ww. inwestycji nie został wykonany system DSO.

Dowód: oświadczenie inwestora zastępczego przesłane pocztą e-mail 26.01.2024 r. [plik:

Korespondencja z Sefage w sprawie Archiwum Państwowe.eml]

Wyjaśnienia z 26.02.2024 r. (pkt 15 – ad lit. C ust. 3 wezwania) - w aktach sprawy

Zdaniem Odwołującego nie można przyjąć za właściwą interpretację warunku udziału

w postępowaniu, dokonaną przez Konsorcjum A. w Wyjaśnieniach, jakoby wynikało

z niego, że wystarczające jest, aby system DSO był planowany do wykonania. Wniosku takiego nie da się wywieść z żadnego z zapisów SWZ. Zgodnie z opisem warunku (Rozdz. 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 5 SWZ) Wykonawca miał dysponować osobą (...), która (...) „pełniła funkcję kierownika robót instalacyjnych przy co najmniej 2 budowach lub przebudowach dla obiektu użyteczności publicznej o wartości każdej z robót minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto oraz obejmujących łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD”. Jednoznacznie Zamawiający określił, że w ramach wykazywanych – jako nabyte doświadczenie - budow/przebudów były realizowane (a nie jedynie przewidziane) wymienione systemy. Argumentacja ta została wykreowana przez Konsorcjum A. wyłącznie na potrzeby uniknięcia odpowiedzialności za podanie w Wykazie osób nieprawdziwych informacji. Pozostaje ona jednak wbrew jakimkolwiek zasadom logicznego myślenia, dlatego też

nie można dać wiary, że rzeczywiście tylko z tej przyczyny Konsorcjum A. oświadczyło w Wykazie osób, że w zakresie budowy został zrealizowany system DSO.

Informacja ta została, wbrew faktycznemu zakresowi prac, podana w sposób zamierzony

w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do zgodności powoływanej inwestycji

z wymaganiami SWZ.

Nieuprawniona jest także interpretacja Konsorcjum A., jakoby wystarczające było, aby system DSO został wykonany tylko w ramach jednej z wykazywanych budow/przebudów. Wbrew twierdzeniom Konsorcjum A., sposób sformułowania warunku jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający wymagał wykazania się 2 budowlami lub przebudowlami spełniającymi kryteria ujęte w opisie zawartym w Rozdz. 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 5 SWZ.

Użyte słowo „łącznie” wyraźnie służy podkreśleniu właśnie takiego wymogu, aby wszystkie wymienione systemy były łącznie zrealizowane w ramach danej budowy/przebudowy.

W przypadkach, gdy Zamawiający dopuszczał, aby wykazywane realizacje sumarycznie wypełniały wymagane elementy warunku, wyraźnie podawał taką informację (np. w Rozdz. 7 ust. 1 lit. d pkt 2 ppkt 3 SWZ – projektant instalacji sanitarnych – miał wykonać „2 projekty wykonawcze instalacji sanitarnych – obejmujące – łącznie w ramach tych projektów – wentylację (...)). Nawet przy Projektancie instalacji teletechnicznych Zamawiający

w podobny sposób opisał warunek, dopuszczając, aby projektant posiadał doświadczenie

w zaprojektowaniu wymaganych instalacji „łącznie w ramach tych projektów”. Konsekwentnie, gdyby Zamawiający dopuszczał zsumowanie różnych zakresów doświadczenia, opis warunku brzmiałby analogicznie do tych zawartych w Rozdz. 7 ust. 1 lit. d pkt 2 ppkt 3 i 5 SWZ, np. „pełniła funkcję kierownika robót instalacyjnych przy co najmniej

2 budowach lub przebudowach (...) oraz obejmujących - łącznie w ramach obu robót - realizację systemów: sieci strukturalnej, (...)”.

Na etapie składania ofert, a także składania Wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, Konsorcjum A. interpretowało ten warunek odmiennie niż w Wyjaśnieniach z dnia 26.02.2024 r. W Wykazie osób Konsorcjum A. użyło wyraźnie sformułowania, odrębnie dla każdej z inwestycji wykazywanych jako doświadczenie Pana Z.W., opisującego każdą z inwestycji jako “budowę (...) o wartości (...) obejmującą łącznie realizację systemów: (...)”.

Świadczy to o tym zdaniem Odwołującego, że nie jest prawdą, że Konsorcjum A. było przekonane do podawanego obecnie sposobu interpretacji, a przede wszystkim o tym,

że oczywistą i jednoznaczną interpretacją warunku był wymóg, aby instalacja DSO była zrealizowana w ramach każdej z wykazywanych inwestycji, łącznie z innymi wymienionymi

w opisie warunku systemami.

Budowa Aparthotel Termy Uniejów, wbrew twierdzeniom Konsorcjum A. zawartych

w Wyjaśnieniach, nie obejmowała w rzeczywistości budowy ani przebudowy budynku użyteczności publicznej. Aparthotel Termy Uniejów jest budynkiem hotelowym, a zatem zaliczany jest do budynków zamieszkania zbiorowego, o których

mowa w § 3 pkt 5,

nie zaś w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r.

w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie

(tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1225). Wbrew twierdzeniom Konsorcjum A., Zamawiający

w SWZ wprost określił, jak należy rozumieć pojęcie obiektu użyteczności publicznej odsyłając do definicji legalnej budynku użyteczności publicznej zawartej we właściwych przepisach, tj. w § 3 pkt 6 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Warunek udziału w Postępowaniu należy zatem interpretować z uwzględnieniem legalnej definicji, nie zaś – oderwanego od przepisów – potocznego rozumienia. Zresztą, nawet gdyby opierać się na potocznym rozumieniu pojęcia „użyteczność publiczna”, nie można byłoby przyjąć – jak tego oczekuje Konsorcjum A. – że chodzi o pożytek w postaci „ogólnodostępności wraz ze świadczeniem usług”. Jak już podkreślono powyżej, w orzecznictwie przyjmuje się, że o kwalifikacji budynku przesądza charakter prowadzonej w tym budynku działalności, tj. realizowane usługi

na rzecz zaspokajania określonych potrzeb społecznych, a nie fakt, kto do pomieszczeń tego budynku ma dostęp (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013 r. KIO 2771/13). Odwołujący podał, że przede wszystkim jednak, budynki takie jak hotel, nie są obiektami zaliczanymi do kategorii obiektu użyteczności publicznej, o którym mowa w § 3 pkt 6 ww. rozporządzenia. Ustawodawca jednoznacznie zakwalifikował je bowiem do innej, odrębnej kategorii, tj. jako budynki zbiorowego zamieszkania (zgodnie z § 3 pkt 5 ww. rozporządzenia przez budynek zamieszkania zbiorowego należy rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek

do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny). Wyodrębnienie różnego rodzaju grup budynków, w tym osobno budynków użyteczności publicznej i osobno budynków zamieszkania zbiorowego, podyktowane jest koniecznością spełniania przez te budynki innych warunków technicznych – adekwatnych do pełnionych przez nie innych, specyficznych funkcji. Nie można zatem swobodnie „przesuwać” i kwalifikować danego budynku w oderwaniu od ww. legalnych definicji poszczególnych rodzajów budynków, jedynie na potrzeby wykazania warunków udziału w Postępowaniu.

Jak zostało uprzednio wskazane, kwalifikacja budynków dokonywana jest na etapie projektu budowlanego i nie podlega zmianom (z wyjątkiem przypadków skorzystania z odpowiedniej procedury administracyjnej).

Stanowisko dotyczące odrębności znaczeniowej określeń „budynek użyteczności publicznej”

oraz „budynek zamieszkania zbiorowego” potwierdził m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny

w Krakowie w wyroku z dnia 7 maja 2009 r., sygn. akt II SA/Kr 457/09. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Administracyjny wskazał, że okoliczność tego rodzaju, że w budynku

są świadczone usługi wynajmu pokoi, nie pozwala na sklasyfikowanie budynku jako budynku użyteczności publicznej. Również na gruncie PZP, w kontekście oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba niejednokrotnie wypowiadała się, że skoro zamiarem Zamawiającego było wyłonienie wykonawców posiadających doświadczenie w projektowaniu

określonej kategorii budynków – użyteczności publicznej, zgodnie z warunkami technicznymi

przewidzianymi w ww. rozporządzeniu, to - jak podkreśliła Izba m.in. w wyroku z 1.4.2019 r. (sygn. akt KIO 455/19) - powołanie się na prace dotyczące hotelu nie potwierdza spełniania takiego warunku, gdyż „hotel przynależy do kategorii określonej w § 3 pkt 5 rzeczzonego rozporządzenia – tj. jest budynkiem zamieszkania zbiorowego (...)”.

Odwołujący podał, że pojęcia „budynek użyteczności publicznej” oraz „budynek zamieszkania zbiorowego” (obok „budynków mieszkalnych”) są w sposób jednolity rozumiane, ujmowane i stosowane w polskim porządku prawnym, a przede wszystkim traktowane jako inne, odrębne od siebie rodzaje budynków (np. art. 3 pkt 38a Prawa ochrony środowiska - art. 3 pkt 38a Prawa ochrony środowiska przez „ścieki bytowe”, rozumie się ścieki z budynków mieszkalnych, zamieszkania zbiorowego oraz użyteczności publicznej, powstające w wyniku ludzkiego metabolizmu lub funkcjonowania gospodarstw domowych oraz ścieki o zbliżonym składzie pochodzące z tych budynków; art. 30 ust. 7 i 8 ustawy

z dnia 7.05.2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 733 ze zm.) - np. „W przypadku, gdy inwestor występuje z wnioskiem

o pozwolenie na budowę albo dokonuje zgłoszenia rozbudowy, nadbudowy

lub przebudowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej związanej z rozbudową, nadbudową lub przebudową instalacji technicznej wewnątrz budynku,(...)”. Tym samym budynek hotelowy nie może zostać zakwalifikowany jako budynek użyteczności publicznej, skoro jest wprost kwalifikowany jako budynek zbiorowego zamieszkania.

Nie ma racji Konsorcjum A. twierdząc, że przepis art. § 3 pkt 5 rozporządzenia i zawarta w nim definicja nie znajduje zastosowania w Postępowaniu. Zawarta w tym – powszechnie obowiązującym - przepisie definicja budynku zbiorowego zamieszkania wprost oznacza, że skoro hotel zaliczany jest do tej kategorii, to – nawet jeśli jakieś niewielkie części jego powierzchni przeznaczone są na potrzeby usług pobocznych, np. restauracja dla gości hotelowych (a zatem jako usługi dodatkowe do usługi stanowiącej o głównym przeznaczeniu budynku) – nie może on jednocześnie być budynkiem kwalifikowanym do innej kategorii. Inwestycja obejmująca budowę Aparthotelu Termy Uniejów jednoznacznie była traktowana przez inwestora jako budowa hotelu, nie zaś budynku użyteczności publicznej przeznaczonego na cele gastronomiczne. Okoliczność ta jednoznacznie wynika chociażby z opisu przedmiotu zamówienia wskazanego w treści ogłoszenia przetargu na zaprojektowanie i budowę ww. obiektu („Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją obiektu Aparthotelu Termy Uniejów z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu oraz kompletnym wyposażeniem i uruchomieniem obiektu wraz z pozwoleniem na użytkowanie i kategoryzacją obiektu jako hotel ****”). Ponadto, w treści wniosku o pozwolenie na budowę dotyczącego omawianej inwestycji, dostępnego w publicznym rejestrze prowadzonym przez Główny Urząd Nadzoru Budowlanego, cały obiekt stanowiący zamierzenie budowlane objęte tym wnioskiem został zakwalifikowany przez inwestora do kategorii XIV (budynki zakwaterowania turystycznego i rekreacyjnego, jak: hotele, motele, pensjonaty, domy wypoczynkowe, schroniska turystyczne) w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Dowód: wydruk z rejestru wniosków o pozwolenie na budowę prowadzonego przez GUNB

<https://wyszukiwarka.gunb.gov.pl/wniosek/facc9bb5-72d7-4551-ae20-e210a11ee872/> [Plik:

Informacja z wyszukiwarki GUNB dot. kategorii Aparthotel.pdf]

Wydruk z

[aparthotelu-termu-uniej%C3%B3w.?searchProfileId=2967&user=&token=&uuid=086752d6-](aparthotelu-termu-uniej%C3%B3w.?searchProfileId=2967&user=&token=&uuid=086752d6-ba4b-11e7-860f-002655ffd6c8)

[ba4b-11e7-860f-002655ffd6c8](#) [Plik: ogłoszenie o przetargu_Aparthotel przetargi (...).pdf]

W konsekwencji pełniona funkcja kierownicza przy budowie hotelu nie potwierdza posiadania wymaganego doświadczenia.

Odwołujący podał, że żadna spośród dwóch prac p. Z.W. nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego. W rezultacie Konsorcjum A.

nie wykazało, że dysponuje osobą, która pełniła przynajmniej dwukrotnie funkcję kierownika robót instalacyjnych przy budowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej, obejmującej m.in. system DSO. Powyższe okoliczności świadczą o fakcie, iż w treści Wykazu osób, podano – a następnie w Wyjaśnieniach podtrzymano – nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, tj. nieprawdziwy zakres prac (system DSO, który nie był w rzeczywistości wykonany), a także nieprawdziwą informację, jakoby budowa Aparthotelu Termy Uniejów dotyczyła budynków użyteczności publicznej. Próba wytłumaczenia się przez konsorcjum A. w Wyjaśnieniach powodów podania powyższych informacji oraz podana nielogiczna argumentacja jedynie utwierdzają w przekonaniu, że nieprawdziwe informacje podane zostały w pełni świadomie, pomimo ich niezgodności z rzeczywistością, w celu przekonania Zamawiającego o spełnianiu warunków.

Ad. Kierownik prac elektroakustyki

Konsorcjum A. wskazało p. W.G. do pełnienia funkcji Kierownika prac elektroakustyki (poz. 10 drugiej tabeli w Wykazie osób). Zgodnie z Rozdziałem 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 10 SWZ, osoba ta powinna – poza wymogiem posiadania odpowiednich uprawnień i stażu zawodowego – posiadać doświadczenie w postaci kierowania, w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert, „pracami dotyczącymi systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta,

w tym w ramach realizacji co najmniej 2 robót budowlanych dla obiektów użyteczności publicznej z widownią dla każdej realizacji na minimum 300 miejsc siedzących (Kierownik prac elektroakustyki).”

W celu wykazania posiadania przez p. W.G. doświadczenia wymaganego do pełnienia funkcji, wskazano dwie inwestycje, tj. Roboty budowlane w ramach rozbudowy i modernizacji Teatru Rozrywki w Chorzowie oraz Przebudowę Opery na Zamku w Szczecinie.

Udział Pana W.G. w drugiej ze wskazanych inwestycji (Opera na Zamku

w Szczecinie) nie pozwala na uznanie, iż posiada on wymagane doświadczenie. Jak wynika z treści pisma od firmy MIKOR Inżyniering Sp. z o.o., który był generalnym wykonawcą

ww. inwestycji, Pan G. nie kierował pracami w zakresie elektroakustyki.

Dowód: pismo MIKOR z 29.01.2024 r. wraz z wnioskiem o informacje [Pliki: Pismo od Mikor_odpowiedz z 29012024.pdf; Wniosek o informacje skierowany do Mikor.pdf]

Wobec zarzutów odwołania z dnia 29.01.2024 r., Zamawiający wezwał Konsorcjum A.

Wobec zarzutów odwołania z dnia 29.01.2024 r., Zamawiający wezwał Konsorcjum A. do wyjaśnienia czy Pan G. brał udział w realizacji ww. inwestycji jako kierownik prac elektroakustycznych lub czy faktycznie kierował pracami elektroakustycznymi. W Wyjaśnieniach Konsorcjum A. co prawda wskazało, że Pan W.G.

w ramach ww. inwestycji faktycznie kierował pracami elektroakustycznymi, jednakże

na dowód powyższych twierdzeń załączył protokół zaawansowania prac, z którego powyższa okoliczność jednak nie wynika. Z analizy przekazanego przez Konsorcjum A. protokołu wynika, że wskazano w jego treści zakres wykonanych prac. Natomiast w żaden sposób nie wynika z treści tego dokumentu, aby Pan G. kierował pracami elektroakustycznymi (a tym bardziej – co było wymogiem określonym w omawianym warunku udziału w Postępowaniu – pracami dotyczącymi systemu elektroakustycznego). Na protokole znajduje się rzeczywiście podpis Pana W.G., ale jako Prezesa Zarządu ABLO Group sp. z o.o. – obok pieczęci i podpisu MIKOR Inżyniering Sp. z o.o. Podpisy

te znajdują się w części dla podwykonawcy, co oznacza, że ABLO Group Sp. z o.o. oświadcza, że jako podwykonawca MIKOR Inżyniering Sp. z o.o. wykonała – obok prac wykonanych bezpośrednio przez MIKOR Inżyniering Sp. z o.o. ujętych również w tym protokole – któreś z prac ujętych w protokole.

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego, firma ABLO Group sp. z o.o. reprezentowana przez Pana W.G. jako jej Prezesa, była – na podstawie umowy zawartej

w dniu 5.06.2015 r. pomiędzy MIKOR Inżyniering Sp. z o.o. a ABLO Group sp. z o.o. - jedynie dostawcą elementów technologii teatru w zakresie elektroakustyki i multimediiów,

nie zaś wykonawcą (podwykonawcą) prac elektroakustycznych. Umowa ta nie przewidywała, aby jakkolwiek osoba z ramienia ABLO Group sp. z o.o. miała kierować pracami elektroakustycznymi (obowiązki Dostawcy wymienione zostały w § 8 umowy). Jediną osobą wskazaną w ww. umowie ze strony ABLO Group sp. z o.o. był Pan G.S. wyznaczony do kierowania i koordynowania spraw związanych z realizacją zawartej umowy dostawy. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, że Pan W.G. kierował pracami elektroakustycznymi.

Dowód: kopia umowy z 5.06.2015 r. pomiędzy MIKOR Inżyniering Sp. z o.o. a ABLO Group sp. z o.o. [Plik: umowa ablo.pdf]

Odwołujący podał, że Zamawiający dokonując oceny oferty Konsorcjum A. dysponował pismem MIKOR z 29.01.2024 r, ponieważ stanowiło ono załącznik do odwołania z 29.01.2024 r. Z treści tego pisma jednoznacznie wynika, że jedynym wykonawcą prac elektroakustycznych była firma MIKOR Inżyniering Sp. z o.o., zaś kierownikiem prac elektroakustycznych – Pan M.G.. Uwzględnienie w tej sytuacji Wyjaśnień Konsorcjum A. popartych jedynie ww. protokołem postępu prac, z którego w żaden sposób nie wynika, aby faktycznie Pan G. kierował pracami elektroakustycznymi

i który w żaden sposób nie podważa faktów wynikających z jednoznacznej treści pisma MIKOR, świadczy o braku rzetelności badania sytuacji podmiotowej Konsorcjum A.

i stronniczym i tendencyjnym dążeniu do wyboru oferty tego wykonawcy za wszelką cenę.

Zamawiający wadliwie uznał, że Konsorcjum A. wykazało spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania osobą kierowaną na stanowisko kierownika prac elektroakustycznych. Pan W.G. nie pełnił funkcji kierownika prac elektroakustycznych, ani nawet faktycznie takimi pracami nie kierował w ramach inwestycji przebudowy Opery na Zamku w Szczecinie. Konsorcjum A. nie spełnia zatem omawianego warunku udziału w Postępowaniu, a jednocześnie, w wyniku zamierzonego działania (co potwierdza sposób i treść udzielonych Wyjaśnień) wprowadziło Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków, co miało wpływ na wynik Postępowania.

Ad. Kierownik prac mechaniki sceny

Jako Kierownika prac mechaniki sceny Konsorcjum A. wskazało p. Olafa Frindt (poz. 8 drugiej tabeli w Wykazie osób). Zgodnie z Rozdziałem 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 8 SWZ, osoba ta powinna – poza wymogiem posiadania odpowiedniego wykształcenia i stażu zawodowego – posiadać doświadczenie w postaci kierowania, w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert: "pracami związanymi z mechaniką sceny przy

co najmniej 2 inwestycjach dotyczących budowy lub przebudowy obiektów użyteczności publicznej z widownią na minimum 300 miejsc siedzących każda, w których znajduje się przynajmniej 1 urządzenie mechaniki scenicznej górnej i 1 urządzenie mechaniki dolnej oraz przynajmniej 1 z tych urządzeń zostało odebrane przez Urząd Dozoru Technicznego lub Wojskowy Urząd Dozoru Technicznego".

Jak wynika z treści Wykazu osób, p. O.F. kierował pracami dotyczącymi dwóch inwestycji: Remontu i renowacji Opery Narodowej Unter den Linden w Berlinie oraz nowego obiektu teatru ludowego Volkstheater w Monachium. W przypadku obu tych inwestycji Konsorcjum A. wskazało, że przynajmniej 1 urządzenie mechaniki scenicznej zostało odebrane przez Urząd Dozoru Technicznego. Należy zauważyć, że Urząd Dozoru Technicznego (UDT) jest państwową osobą prawną działającą w obszarze bezpieczeństwa urządzeń technicznych w oparciu o szereg aktów prawnych, przede wszystkim ustawę

z 21.12.2000 r. o dozorcze technicznym. W zakresie o jakim mowa w opisie omawianego warunku udziału w

Postępowaniu, kluczową działalnością UDT jest wykonywanie dozoru technicznego nad urządzeniami technicznymi, w zakresie określonym przepisami obowiązującymi na terenie Polski. Dlatego też niemożliwe jest, aby UDT dokonywał odbioru technicznego przy inwestycjach w Berlinie i w Monachium.

Tym samym Konsorcjum A. nie wykazało dysponowania osobą, która spełnia warunek, o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 8 SWZ, a przede wszystkim świadomie podało nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd twierdząc, iż UDT dokonywało odbioru urządzeń na ww. Inwestycjach w celu wywarcia u Zamawiającego błędnego przekonania o spełnianiu warunku przez Konsorcjum A..

Ad. Kierownik robót oświetlenia scenicznego

Jako Kierownika robót oświetlenia scenicznego Konsorcjum A. wskazało p. D.J. (poz. 7 drugiej tabeli w Wykazie osób). Zgodnie z Rozdziałem 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 7 SWZ, osoba ta powinna – poza wymogiem posiadania odpowiednich uprawnień i stażu zawodowego – posiadać doświadczenie w postaci pełnienia, w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert: „funkcji kierownika robót elektrycznych przy co najmniej 2 robotach budowlanych obejmujących wykonanie oświetlenia scenicznego dla obiektów użyteczności publicznej z widownią na minimum 300 miejsc siedzących każda”.

W celu wykazania spełniania ww. Warunku, Konsorcjum A. wskazało – jako doświadczenie p. J. - 2 inwestycje, w tym Rewitalizację gmachu Bytomskiego Centrum Kultury. Odwołujący, w trybie dostępu do informacji publicznej, uzyskał jednak informację, że przy tej inwestycji kierownikiem robót elektrycznych podczas wykonywania oświetlenia scenicznego nie był - jak twierdzi Konsorcjum A. - D.J., ale Pan J.G..

Dowód: Pismo z Bytomskiego centrum Kultury z 5.04.2024 r. wraz z wnioskiem o dostęp do informacji publicznej. [Pliki: DDK.050.1.2024 Odp. Na zapytanie w sprawie udzielenia informacji publicznej.pdf, UDIP Bytom.pdf]

Odwołujący podał, że mając na uwadze powyższe, Konsorcjum A. nie wykazało dysponowania osobą, która spełnia warunek, o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 7 SWZ, a przede wszystkim podało nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd twierdząc, wbrew faktom, iż Pan D.J. pełnił funkcje kierownika robót elektrycznej przy ww. Inwestycji.

Ad. projektant instalacji sanitarnych

W celu wykazania spełniania warunku w zakresie dysponowania osobą na stanowisko kierownika instalacji sanitarnych, Konsorcjum A. w Wykazie osób wskazało dwie osoby.

W odniesieniu do opisu doświadczenia jednej z nich, tj. Pana T.S., Konsorcjum A. podało nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego

w błąd. Po pierwsze, w opisie doświadczenia p. T. S. wskazano wykonywanie prac przy inwestycji Selvita, a zatem nie obejmującej budowy budynków użyteczności publicznej. W tym zakresie odwołujący podtrzymuje argumentację pisaną w powyższych częściach odwołania. Po drugie, wbrew rzeczywistości zakresowi wykonanych projektów, w Wykazie osób zaznaczono, że wykonane przez p. T.S. projekty wykonawcze dla inwestycji Selvita S.A. dotyczyły m.in. instalacji gaszenia zraszczowej, podczas gdy w rzeczywistości zaprojektowano instalację mgły wodnej (co potwierdziło Konsorcjum A. w Wyjaśnieniach), która nie jest ani instalacją zraszczową ani tryskaczową.

uzasadnienie powodu podania w Wykazie osób, że doświadczenie p. T.S. obejmowało w poz. 2 projekt dotyczący instalacji zraszczowej - podczas gdy w rzeczywistości była to instalacja mgły wodnej - jest całkowicie nie do przyjęcia. Stanowi ewidentnie próbę wybrnięcia z faktu podania w sposób celowy nieprawdziwych informacji. Wbrew twierdzeniom Konsorcjum A., instalacja zraszczowa i instalacja mgły wodnej nie są absolutnie systemami o tożsamym działaniu. Nie można też uznać,

że zaprojektowanie instalacji mgły wodnej spełnia warunek udziału określony w Roz. 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 3 SWZ podczas gdy Zamawiający oczekiwał doświadczenia w projektowaniu albo instalacji tryskaczowej albo instalacji zraszczowej, a nie jakiegokolwiek instalacji gaszenia wodą. Zgodnie z jednoznacznym zapisem omawianego warunku, Zamawiający wymagał, aby osoba kierowana na ww. stanowisko, poza odpowiednimi uprawnieniami i stażem zawodowym, posiadała doświadczenie w postaci wykonania, w ciągu ostatnich

10 lat przed upływem terminu do składania ofert, minimum 2 projektów wykonawczych instalacji sanitarnych (obejmujących - łącznie w ramach tych projektów - wentylację mechaniczną, ciepło technologiczne, instalację wody lodowej lub klimatyzację, centralnego ogrzewania, instalację wodno-kanalizacyjną, instalację gaszenia: tryskaczowa lub zraszczowa oraz sieci i przyłączy sanitarnych) dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto każdy, oraz kubaturze większej niż 15.000,00 m³ każdy.

Dla zobrazowania podziału instalacji przedstawić należy grafikę klasyfikacji stałych urządzeń gaśniczych:

Odwołujący podał, że z powyższej grafiki widać, że Stałe Urządzenia Gaśnicze (SUG)

po pierwsze dzieli się według medium służącego do gaszenia, ale te podlegają dalszemu podziałowi. SUG Wodne dzielą się na 3 odrębne rodzaje stałych urządzeń gaśniczych: tryskaczowe, zraszaczowe, mgłowe.

Gdyby Zamawiający dopuścił doświadczenie w projektowaniu instalacji opartej o dowolne urządzenie gaśnicze wykorzystujące wodę jako środek gaśniczy, wystarczyłoby, aby użył pojęcia „Stałe Urządzenie Gaśnicze Wodne” (SUGW). Tymczasem Zamawiający jednoznacznie zawęził zakres wymaganych (zarówno na warunki udziału, jak i jako element przedmiotu zamówienia) instalacji do dwóch – zraszaczowej i tryskaczowej. W żadnym miejscu SWZ Zamawiający nie dopuścił także żadnego rozwiązania równoważnego pod względem technicznym (abstrahując od faktu, że instalacja mgły wodnej nie jest równoważna pod względem technicznym do instalacji zraszaczowej ani do instalacji tryskaczowej). Możliwość powoływania się na rozwiązania „równoważne” do opisanych jednoznacznie w warunku udziału w Postępowaniu przy wykazywaniu spełniania tych warunków nie wynika także z żadnych przepisów. Niezrozumiała jest również argumentacja, że Zamawiający

nie sprecyzował jednoznacznie co rozumie pod pojęciem instalacji tryskaczowej lub zraszaczowej, skoro są to konkretne rodzaje instalacji gaśniczych. Takie podejście Konsorcjum A. pozwala powziąć wątpliwości jaki zakres przedmiotowy został uwzględniony w ofercie i czy jest ona zgodna z SWZ, skoro Wykonawca ten twierdzi,

że „system gaszenia: tryskaczowego lub zraszaczowego, należy interpretować te wymogi w sposób szeroki” i twierdzi, że system mgły wodnej jest z tymi dwoma systemami tożsamy.

W treści SWZ, w PFU dla Przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający opisał wymagania co do instalacji jakie należy wykonać w projektowanym budynku TM Poznań, Zamawiający jednoznacznie dopuścił zastosowanie tylko dwóch rodzajów instalacji (tryskacze, zraszacze) z trzech możliwych typów wodnych SUG występujących na rynku, wykluczając tym samym jednoznacznie zastosowanie instalacji mgły wodnej (zob. str. 159 i 249 PFU: pkt 1.2.2.1.2 oraz 1.2.2.2.2 PFU). Wymagania te są spójne dla całości warunków zamówienia. Konsekwentnie bowiem do wymagań przedmiotu zamówienia, zarówno w odniesieniu

do warunku udziału w Postępowaniu dotyczącym Projektanta, jak i Kierownika robót sanitarnych, Zamawiający wymagał doświadczenia w projektowaniu/wykonaniu jednej

z dwóch instalacji, które dopuścił do zastosowania przy realizacji zamówienia.

Konsorcjum A. w wyjaśnieniach z 26.02.2024 r. zrównuje instalacje zraszaczowe

i instalacje mgły wodnej powołując się na to, że każda z nich jest stałym wodnym urządzeniem gaśniczym, uruchamianym przez system ampułkowy i każda jest systemem ciśnieniowym uruchamiającym wypływ wody jako środka gaśniczego z wykorzystaniem zamkniętego układu rurociągów.

Odwolujący podał, że w rzeczywistości, w żadnej mierze nie można uznać, że projektowanie instalacji mgły wodnej stanowi doświadczenie tożsame z projektowaniem instalacji tryskaczowej lub zraszaczowej. Są to całkowicie odmienne instalacje z uwagi na chociażby stosowanie innych norm i przepisów do ich projektowania (np. dla instalacji tryskaczowych są to normy PN-EN 12845; NFPA 13 oraz NFPA 20 ; VdSCEA4001:2020; dla instalacji zraszaczowych są to normy PN-EN 12259; NFPA 15; VdS 2109:2012-06(04); PN PrPN-M-51541; (normy dla instalacji tryskaczowych i zraszaczowych klasyfikują obciążenie ogniowe

i określają dokładnie parametry systemu do odpowiedniej klasyfikacji); a dla instalacji mgły wodnej – normy EN 14972, VdS3188 oraz NFPA 750 (określają jedynie zasady i wymogi planowania systemu)), zupełnie inne mechanizmy działania, sposób wykorzystania i zużycia środka gaśniczego, a nawet skala wielkości instalacji, gabaryty i sposób posadowienia instalacji. Z tego względu projektanci specjalizują się w danej instalacji, z uwagi

na znajomość norm i przepisów wg których muszą zaprojektować prawidłowo działającą instalację stałych urządzeń gaśniczych.

Jak wskazano powyżej, wykorzystanie w każdej z 3 rodzajów instalacji SUGW wody jako środka gaśniczego nie powoduje, że są to tożsame instalacje. Odnosząc się chociażby

do stwierdzenia, że wszystkie są instalacjami ciśnieniowymi, należy zauważyć, że jest ono jedynie teoretycznie prawdziwe. Różnica w ciśnieniach pracy tych instalacji jest znacząco różna i tak dla instalacji mgły wodnej to około 140bar zaś instalacje tryskaczowe/zraszaczowe to około 7-9 bar. Przede wszystkim jednak, każdą z tych instalacji cechuje odmienny mechanizm działania. W zasadzie jedyną wspólną cechą tych instalacji jest fakt, że są urządzeniami gaśniczymi, a ich pierwotnym ich medium jest woda.

Natomiast:

- instalacje mgły wodnej (w odróżnieniu do instalacji tryskaczowych i zraszaczowych)

nie korzystają z otwartego strumienia wody, rozpylonego za pomocą płytek rozdeszczających, tylko z drobnokropelkowej mgły wodnej, uzyskiwanej przez urządzenia wysokociśnieniowe i sprężone powietrze;

- w przypadku instalacji tryskaczowych i zraszaczowych dochodzi do intensywnego wypływu strumienia wody pod ciśnieniem, którego celem jest znaczące obniżenie temperatury materiału palnego i ognia co w konsekwencji doprowadza do ugaszenia pożaru, bądź kontrolowanego nierozprzestrzeniania się pożaru do czasu kontynuacji akcji

przez straż pożarną.

W instalacjach tryskaczowych i zraszaczowych wymagane jest znacznie większe zapotrzebowanie na wodę z uwagi na jej zużycie do gaszenia strefy objętej pożarem. Dochodzi do wypływu większego strumienia wody podczas gaszenia pożaru. Powoduje

to konieczność zaprojektowania zbiorników p.poż. o znacznych pojemnościach powyżej 150m³ dochodzących i przekraczających nawet 1000m³, wykonanych w technologii żelbetowych lub stalowych zbiorników. Zaś w przypadku instalacji mgły wodnej ilość zużycia wody jest nawet i 7-9 razy mniejsza, co powoduje też konieczność projektowania znacznie mniejszych pojemności zbiorników (o pojemności od 30-80m³) i często wykonanych

z tworzyw sztucznych, a w konsekwencji lokalizowane są one wielokrotnie wewnątrz obiektu

chronionego (co w przypadku instalacji tryskaczowych oraz zraszaczowych nie jest praktykowane z uwagi na duże gabaryty zbiorników). Instalacje mgły wodnej są także instalacjami o znacznie mniejszej średnicy rur (główne tranzyty to średnica dn60, zaś mniejsze nitki doprowadzające medium do dyszy mgłowej dn10, która rozpyla wodę

do cząsteczek o wielkości poniżej 1000 mikronów, czyli grubości kropli 1mm i mniejsze),

niż jak to ma miejsce w przypadku rur instalacji tryskaczowych i zraszaczowych (gdzie tranzyty mają średnicę dn 100-150, mniejsze nitki tzw. rozprowadzające dn25-40). W konsekwencji – instalacje takie generują zupełnie inną wielkość obciążenia konstrukcji obiektu. Instalacje mgły wodnej są zatem znacznie mniejsze, lżejsze, a w konsekwencji dużo mniej problematyczne m.in. na etapie projektowania (np. (nie wymagają uwzględnienia dużych gabarytów elementów instalacji i ich wpływu na obciążenie konstrukcji ciężarem instalacji). Abstrahując zatem od faktu, że są to zupełnie inne instalacje, to również doświadczenie w projektowaniu instalacji mgły wodnej, właśnie z racji tego, że jest to dużo mniejsza, mniej wymagająca i łatwiejsza instalacja, nie może równać się z doświadczeniem w projektowaniu instalacji zraszaczowej lub tryskaczowej.

Konsorcjum A. w Wyjaśnieniach twierdzi również, że Zamawiający w odpowiedzi

na wniosek nr 30, w wyjaśnieniach SWZ z 20.10.2023 r. "wskazał kierunek interpretacyjny wskazujący na to, że elementem kluczowym dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie instalacji jest to, aby medium gaśniczym danej instalacji była woda". Wykonawca zupełnie pomija jednak, że podmiot, który był autorem wniosku nr 30 powoływał się na pewne elementy instalacji gaszenia gazem podobne do posiadanych przez instalacje tryskaczową i zraszaczową. Z tego względu Zamawiający wskazał w odpowiedzi na wodę jako medium gaśnicze wyłącznie w celu wykazania głównej różnicy, która dyskwalifikuje możliwość powołania się na instalacje gaszenia gazem. W żaden sposób nie można takiej odpowiedzi rozumieć jako rozszerzenie wymagania zawartego w SWZ na wszelkie instalacje gaszenia wodą. Wręcz Zamawiający ponownie – jednoznacznie i literalnie - wymienił tylko

i wyłącznie dwa dopuszczone zgodnie z SWZ rodzaje instalacji. Zamawiający ewidentnie podtrzymał swoje stanowisko zawarte w SWZ co do konieczności wykazania się zaprojektowaniem jednej z dwóch dopuszczalnych instalacji (tryskaczowej lub zraszaczowej), które co spójne z intencją Zamawiającego co do charakteru i wyposażenia obiektu będącego przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego, opisaną w ramach PFU str. 159 i 249 PFU.

Ponadto, co cytuje nawet Konsorcjum A. w wyjaśnieniach z 26.02.2024 r., Zamawiający już wówczas powołał się na powszechne rozumienie charakterystyki instalacji tryskaczowej i zraszaczowej. Zresztą, jak samodzielnie zauważa Konsorcjum A., „Zamawiający w treści warunku używał tylko wybranych dwóch pojęć tj. instalacja tryskaczowa i instalacja zraszaczowa”. Niezrozumiałe, nie oparte o żadne przepisy, orzecznictwo czy praktykę, jest przypisywanie sobie przez Konsorcjum A. uprawnienia do powoływania się na doświadczenie w projektowaniu rozwiązań innych niż wprost wymienione przez Zamawiającego. Owo "opracowanie [dokumentów, Wykazu osób - przyp. Odwołującego] w taki sposób, aby określenia w nim zawarte były adekwatne do nomenklatury stosowanej w postępowaniu" stanowi wprost potwierdzenie podania nieprawdziwych informacji i celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Skoro w ocenie Konsorcjum A. instalacja mgły wodnej odpowiada wymaganiom Zamawiającego - niepotrzebne byłoby nazywanie zaprojektowanej instalacji instalacją zraszaczową. Przede wszystkim jednak, wobec jednoznacznego odwołania się przez Zamawiającego (spójnie - zarówno w treści warunków udziału w Postępowaniu, jak i w PFU), tylko do dwóch enumeratywnie wymienionych rodzajów instalacji gaśniczych, Konsorcjum A. mogło wystąpić o wyjaśnienie treści SWZ lub o rozszerzenie ww. wymagania i dopuszczenie wszystkich instalacji gaszenia wodą, w sytuacji gdy uważało, że są one zamienne, równoważne lub z innych względów wymienne. Konsorcjum o wyjaśnienie takie jednak nie występowało, dlatego też samowolne rozszerzenie wymagań warunków SWZ jest nieuprawnione, a w konsekwencji nosi znamiona wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Niezależnie jednak od wskazania 2 osób do pełnienia jednej funkcji projektanta instalacji sanitarnych, informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd dotyczące jednej z nich, podane w okolicznościach mających miejsce w tym Postępowaniu, skutkują wykluczeniem Konsorcjum A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP i odrzuceniem złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. A oraz art. 226 ust. 7 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i 3 oraz art. 3 ust.

1 ZNKU.

W podsumowaniu stanowiska odnoszącego się do oceny potencjału kadrowego Odwołujący podał, że Konsorcjum A., wbrew informacjom podanym w Wykazie osób, nie dysponuje osobami posiadającymi doświadczenie wymagane do pełnienia funkcji Projektanta instalacji teletechnicznych, Managera BIM lub Koordynatora BIM, Projektanta instalacji AKPi/ i BMS, Kierownika Robót teletechnicznych, Kierownika prac elektroakustyki, Kierownika Mechaniki Sceny oraz Kierownikiem robót oświetlenia scenicznego, a tym samym nie spełniania warunków, o których mowa w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 2 ppkt 5, 11

i 12 oraz pkt 3 ppkt 5, 7, 8 i 10 SWZ. odwołujący podał, że przede wszystkim jednak, podając - w wyniku zamierzonego działania (co znajduje potwierdzenie w treści Wyjaśnień) - w treści Wykazu osób (tak jak w przypadku podania informacji w Wykazie usług), a następnie podtrzymując je w Wyjaśnieniach, nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia ww. osób, a także osoby kierowanej na stanowisko Projektanta instalacji sanitarnych (szczegółowo wymienione powyżej), mające na celu wykazanie spełniania warunków udziału, o których mowa w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 2 ppkt 5, 11 i 12 oraz pkt 3 ppkt 5, 7, 8 i 10 SWZ, wprowadziło Zamawiającego w błąd co do spełniania przez tego Wykonawcę ww. warunków udziału w Postępowaniu. Okoliczność ta ewidentnie miała wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, gdyż w ich oparciu uznał, że Konsorcjum A. spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Co zostało wykazane powyżej, podanie tych nieprawdziwych informacji było ewidentnie zamierzone, celowe, a zatem wypełnia przesłanki podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 2 pkt 8 PZP. Podanie nieprawdziwych informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu stanowiło jednocześnie o złożeniu oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji, a zatem oferta Konsorcjum A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. Z art. 14 ust. 1 i 3 i art. 3 ust. 1 ZNKU.

VII. Brak możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ustawy wobec braku spełniania przez Konsorcjum A. warunków udziału

w Postępowaniu, tak w zakresie doświadczenia tego Wykonawcy, jak i wymaganego potencjału kadrowego

Niezależnie od faktu, że Konsorcjum A. nie może zostać wezwane do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału

w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji (co zostało szczegółowo omówione w poprzednich częściach Odwołania), to dodatkowo nie może zostać wezwane

do uzupełnienia tych środków, również z uwagi na fakt, że Konsorcjum było wzywane

do złożenia podmiotowych środków dowodowych dwukrotnie i tym samym utraciło możliwość uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający w dniu 1 grudnia 2023 r. przesłał Konsorcjum A. wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Pismo zostało przesłane do Lidera Konsorcjum A. za pomocą platformy, na której prowadzone jest Postępowanie. Wobec niezłożenia dokumentów w terminie, Zamawiający

po przeprowadzeniu telefonicznych negocjacji, dniu 13 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnień w następującym zakresie:

Konsorcjum A. przedstawiło w dniu 18 grudnia 2023 r. wyjaśnienia, twierdząc,

że przeoczyło wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, ponieważ zostało ono przez Zamawiającego przesłane na inne konto na platformie e-Zamówienia,

niż to z którego złożono ofertę. Lider Konsorcjum tłumaczył, że A. sp. z o.o. posługuje się wieloma kontami na platformie utworzonymi dla tego samego podmiotu – o nazwach A. sp. z o.o. oraz A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, dla których pozostałe dane są identyczne – NIP, REGON. Domagał się ponownego wezwania

do złożenia dokumentów w trybie art. 126 ust. 1 PZP. Taka argumentacja w ocenie Odwołującego nie mogła zostać uznana za słuszną.

Fakt, że Lider Konsorcjum posiada więcej niż jedno konto podmiotu zarejestrowane

na platformie e-Zamówienia i nie kontroluje przepływu korespondencji na tych kontach,

nie jest w żaden sposób okolicznością niezależną od W.A.. Wykonawcy są uprawnieni do stworzenia więcej niż jednego profilu na platformie zakupowej, jednakże robią to na własne ryzyko. Zamawiający, wyszukując wykonawcę po numerze NIP, ma bowiem możliwość prowadzenia korespondencji przez dowolny profil, stworzony dla wykonawcy, który złożył ofertę. W szczególności chybiona jest argumentacja A., że z innego profilu została złożona oferta – przecież to nie profil jest wykonawcą w Postępowaniu, lecz konkretny podmiot prawny, o wskazanym numerze NIP. A. złożył ofertę

i w konsekwencji powinien był monitorować wszystkie swoje konta na platformie, które założył dla spółki o numerze NIP 7561836633. Skoro Zamawiający wysłał korespondencję na konto A. oznaczone:

ADAMIETZ Sp. z o.o.

PL-NIP: 7561836633

PL-REGON: 532242263,

to nieskuteczny jest zarzut, że nie przekazał A. wezwania, gdyż nie wysłał korespondencji na konto A. oznaczone:

ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ

PL-NIP: 7561836633

PL-REGON: 532242263

Zamawiający miał i ma możliwość prowadzenia korespondencji z A. przy użyciu każdego z założonych przez tego wykonawcę kont, w tym również i na trzecie konto, tj.:

ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ

A. Sp. z o.o

PL-NIP: 7561836633

PL-REGON: 532242263

Żądanie Konsorcjum A. o ponowne wystosowanie wezwania z art. 126 ustawy jest

w tej sytuacji wręcz absurdalne, skoro samo Konsorcjum potwierdziło, że korespondencja wpłynęła, a nazwy dwóch kont, przypisanych do jednego NIP Wykonawcy różnią się jedynie zastosowaniem skrótu sp. z o.o. i pełnej nazwy formy prawnej - spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Biorąc pod uwagę, że zarówno w praktyce, jak i zgodnie z przepisami Kodeksu spółek handlowych, skrót i pełna forma prawna mogą być używane zamiennie,

to Konsorcjum A. zakładając dwa konta z nazwami jednoznacznymi, doprowadził

do zaistniałej sytuacji. Zamawiający dołożył należytej staranności, gdyż przekazał wezwanie z 1.12.2023 r. na konto podmiotu, który złożył ofertę w postępowaniu (Lider Konsorcjum A.), a to zaniedbanie A. doprowadziło do nieudzielenia odpowiedzi

na wezwanie w wyznaczonym terminie.

W rozdziale 12 pkt 1.5. SWZ Zamawiający jednoznacznie określił sposób komunikacji przez platformę: „Komunikacja w postępowaniu, z wyłączeniem składania ofert odbywa się drogą elektroniczną za pośrednictwem formularzy do komunikacji dostępnych w zakładce „Formularze” („Formularze do komunikacji”). Za pośrednictwem „Formularzy do komunikacji” odbywa się w szczególności przekazywanie wezwań i zawiadomień, zadawanie pytań i udzielanie odpowiedzi. Formularze do komunikacji umożliwiają również dołączenie załącznika do przesyłanej wiadomości (przycisk „dodaj załącznik”).” Zapisy SWZ

nie zawierają regulacji dotyczących większej liczby kont wykonawcy na platformie, takich postanowień nie zawiera też regulamin platformy. Założenie większej liczby kont dla danego podmiotu i właściwe zarządzanie komunikacją tych kont leży jedynie po stronie tego podmiotu. Warto w tym miejscu podkreślić, że konta na platformie przypisane do danego podmiotu nie charakteryzują się szczególnym, unikalnym – podawanym innym podmiotom – adresem elektronicznym.

Daną identyfikującą podmiot w celu przekazania

mu korespondencji za pomocą platformy jest numer NIP. Normalną sytuacją jest posiadanie jednego konta na platformie. Konsorcjum A., mając świadomość posiadania kilku kont na platformie założonych dla tego samego podmiotu, powinno było - w celu uniknięcia sytuacji takiej jaka właśnie miała miejsce w Postępowaniu - w ofercie (przy podawaniu danych kontaktowych i do korespondencji) poinformować Zamawiającego o sposobie identyfikacji właściwego konta. Brak takiego poinformowania i uprzedzenia o fakcie posiadania kilku kont, stanowi o braku dołożenia należytej staranności przez Konsorcjum Adazmierz. Z tego względu ryzyko niedołożenia takiej staranności oraz wszelkie negatywne konsekwencje muszą obciążać wyłącznie konsorcjum A. Należy zatem przyjąć,

że doręczenie wezwania z dnia 1.12.2023 r. przez platformę było skuteczne, a Konsorcjum A. uchybiło obowiązkowi złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W świetle powyższego, złożone przez Konsorcjum A. w dniu 18 grudnia 2023 r. wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że pierwsze wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 1 grudnia 2024 r. nie było skuteczne czy ważne lub,

że Konsorcjum nie otrzymało wezwania z przyczyn niezależnych od siebie. Konsorcjum potwierdziło, że korespondencja ta dotarła na konto w systemie, tylko to Konsorcjum „odnalazło” tę korespondencję dopiero po telefonicznej informacji od Zamawiającego. Ponieważ zatem, czemu Konsorcjum nie przeczy, wezwanie zostało skutecznie przez Zamawiającego złożone na koncie Lidera Konsorcjum, nie ma podstaw do uznania,

że wezwanie to było nieskuteczne i konieczne było ponowienie wezwania.

Ponowne wystosowanie przez Zamawiającego w dniu 20 grudnia 2024 r. wezwania

do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy, zamiast wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, na skutek udzielonych przez Konsorcjum A. wyjaśnień, jest naruszeniem przepisów ustawy, przeczy zasadzie jednokrotności wezwania i jednokrotności uzupełniania dokumentów i jest jawnym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Odwolujący zauważa także, że bez względu na klasyfikację prawną czynności i opisanie jej jako wezwanie do złożenia dokumentów, a nie ich uzupełnienia, czynność wezwania z dnia 20 grudnia 2023 r. stanowiła w rzeczywistości wezwanie

do uzupełnień. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy „do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Zaś przepis art. 56 kodeksu cywilnego stanowi, że „czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów”. Czynność z 20 grudnia 2023 r. wezwania Konsorcjum A. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, pomimo prowadzonych negocjacji i ustaleń, że strony traktują pierwsze wezwanie jako niebyłe, stanowiła de facto wezwanie do uzupełnienia, a nie złożenia dokumentów, gdyż wezwanie do złożenia dokumentów, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy może być dokonane tylko raz. Zamawiający nie mógł jej ponowić, w sytuacji opisanej przez Konsorcjum A.

w wyjaśnieniach z dnia 18 grudnia 2023 r. Dlatego też, ponowne wezwanie o złożenie tych samych dokumentów może stanowić wyłącznie wezwanie do ich uzupełnienia, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy.

W przedstawionej sytuacji, w szczególności z uwagi na konieczność uznania, że czynność z dnia 20 grudnia 2023 r. stanowiła wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, stwierdzić należy, że Zamawiający wyczerpał tryb jednokrotnego wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy, a tym samym jakiegokolwiek dalsze uzupełnienia oferty A.

w świetle przepisów ustawy nie jest możliwe. Tym samym w sytuacji, gdy potwierdzą się zarzuty niewykazania przez Konsorcjum A. spełnienia warunków udziału

w postępowaniu, oferta będzie podlegała odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 226 ust. 2 lit. b) ustawy.

VIII. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 7 w zw. z art. 125 ust. 2 PZP pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że podmiot na którego zasobach polega Wykonawca nie podlega wykluczeniu co do nienależytej realizacji wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co mogło (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Wraz z ofertą Konsorcjum A. złożyło JEDZ podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega – Sound & Space sp. z o.o. W cz. III.C. na stronie 11 i 12, S&S wskazał:

„rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa

w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Proszę podać odpowiedź

OTak

•Nie

Wskazując w tym punkcie JEDZ odpowiedź „nie”, S&S wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ w rzeczywistości znajdował się w sytuacji, w której nie wykonał należycie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co skutkowało naliczeniem kar umownych. Podmiot ten ze zwłoką wykonał umowę nr AG-270-1-2021 na „Wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy budynku Teatru im. W. Siemaszkowej w Rzeszowie na potrzeby dostosowania do przepisów ppoż. wraz z poprawą funkcjonalności oraz nadzorem autorskim”, a Zamawiający – Teatr im. W. Siemaszkowej w Rzeszowie, naliczył wykonawcy za tę zwłokę kary umowne w wysokości 17 086, 77 zł. Wykonawca nie kwestionował naliczonej kary, co potwierdza zasadność jej naliczenia.

Dowód: nota księgowa z dnia 15.12.2022 r. (NOTA KSIĘGOWA nr DF-320-01-2022 z dnia 15.12.2022 r._pdf)

Z ogłoszenia o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dotyczącym wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy budynku Teatru im. W. Siemaszkowej w Rzeszowie wynika, że wartość wynagrodzenia S&S wynosiła 420 389,53 PLN.

Dowód: ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 12.08.2021 r.

(Ogłoszenie_o_wynikach_postepowania_08-12-2021_20.43.21.pdf)

Kara umowna została naliczona za zwłokę w stosunku do terminu wykonania całości robót, na podstawie § 10 ust. 4 pkt 1 umowy. Zgodnie z tym postanowieniem:

„Wykonawca zobowiązany jest do zachowania przy wykonywaniu Umowy należytej staranności z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności.

W wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej:

1) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 1 pkt. 1) Umowy lub jego Etapów od I do IV, określonych w § 3 ust. 4 Umowy, w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto ustalonego w § 8 ust. 1, za każdy dzień rozpoczęty dzień zwłoki.”

Dowód: wzór umowy w postępowaniu nr AG-270-1-2021

(Zal._nr_8_Projektowane_postanowienia_umowy(2)_20-10-2021_17.03.14)

Odwołujący podał, że proste obliczenie pozwala ustalić, że przy karze nałożonej w wysokości 17 086, 77 zł doszło co najmniej do 40-dniowej zwłoki. Biorąc pod uwagę fakt, że termin wykonania zamówienia wynosił 240 dni, zwłoka w wykonaniu umowy miała charakter znaczny. Wina wykonawcy nie ulega wątpliwości, ponieważ treść noty obciążeniowej wyraźnie wskazuje na naliczenie kary za zawinione opóźnienie - zwłokę. Zdarzenie to stanowi przesłankę wykluczenia wskazaną w pkt 6 ust 2 lit. d SWZ: „który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP)”, a zatajenie tego faktu przed Zamawiającym, stanowi przesłankę wykluczenia wskazaną w pkt 6 ust 2 lit. e SWZ: „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 (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp).” W odniesieniu do pierwszej z przesłanek wykluczenia pozwala ona na weryfikację, czy wykonawca w przeszłości dopuszczał się nienależytej lub nieterminowej realizacji umów o zamówienie publiczne. Wybór wykonawcy, który zrealizował zamówienie z istotną zwłoką, rodzi ryzyko nieterminowego z wykonania przedmiotowego zamówienia. Wykluczenie wykonawcy na podstawie tej przesłanki pozwala to ryzyko wyeliminować. Przedmiotem zamówienia w omawianym projekcie było wykonanie wielobranżowej dokumentacji dla inwestycji wielokrotnie mniejszej i mniej skomplikowanej niż ta objęta przedmiotem niniejszego Postępowania. Pomimo tego, wykonawca S&S istotnie opóźnił się z jej wykonaniem. Budzi to poważne obawy o terminowe wykonanie dokumentacji projektowej, zgodnie z zakresem, który ma zostać zlecony temu podmiotowi trzeciemu przez Konsorcjum A.

W odniesieniu do wspomnianej umowy zaistniała zwłoka w wykonaniu projektu miała charakter znaczny, w stosunku do przewidzianego terminu realizacji. Jednocześnie stwierdzona zwłoka przesądza o tym, że mamy do czynienia z zawinionym nienależytym wykonaniem umowy. Sama wysokość kary, w proporcji do wynagrodzenia umownego, również jest znaczna. S&S nie podjął próby wykazania przed zamawiającym – Teatrem im. Siemaszkowej, braku winy za opóźnienie, co potwierdza jedynie, że zawinienie tego wykonawcy jest bezsporne.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, kara umowna zastrzeżona na wypadek zwłoki pełni funkcje odszkodowawczą: „Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest jednak funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (wyr. SA w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 roku, I ACa 368/05, OSAB 2005, nr 3, poz. 3). Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyr. SN z dnia 17 czerwca 2003 roku, III CKN 122/01, LEX nr 141400).”

W przedmiotowym przypadku spełniona została zatem przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, wystąpiły bowiem wszystkie okoliczności warunkujące zastosowanie tego przepisu – nienależyte wykonanie umowy w znacznym stopniu lub zakresie, wina wykonawcy w nieterminowej realizacji oraz odszkodowanie, które w tym przypadku przyjęło postać kary umownej o charakterze odszkodowawczym.

Zatajenie tak istotnego faktu przed Zamawiającym powoduje, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej

w Postępowaniu. Z tego powodu JEDZ S&S nie podlega uzupełnieniu, ani też nie jest możliwe zastąpienie podmiotu trzeciego S&S innym podmiotem. Niedopuszczalne jest bowiem zastąpienie nieprawdziwej informacji w postępowaniu informacją prawdziwą. Żaden

przepis ustawy nie służy do zastępowania informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej

(np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2.08.2022 r., KIO 1854/22).

Bezczelowe byłoby także prowadzenie jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie. Zgodnie

ze stanowiskiem Izby: „Przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do sytuacji niedającej się pogodzić z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd na temat swojej przeszłości kontraktowej (zatajając określone fakty), licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiada o nich wiedzę, to i tak będzie zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskami o wyjaśnienia w zakresie przyczyn tych problemów. Taka sytuacja byłaby nieakceptowalna z perspektywy całego systemu zamówień publicznych, oznaczałaby ona wręcz przyzwolenie na podawanie przez wykonawców nieprawdziwych informacji.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14.03.2024 r., KIO 449/22).

Odwołujący podał, że w konsekwencji, wobec zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 PZP wobec S&S - podmiotu trzeciego na którego zasobach polega Konsorcjum A. oraz przedstawienia przez Konsorcjum wraz z ofertą dokumentu JEDZ tego podmiotu, zawierającego informację wprowadzającą w błąd, zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP w stosunku do samego Konsorcjum A.. Działanie powyższe stanowiło przejaw rażącego niedbalstwa Konsorcjum (podobnie jak

w przypadku braku zweryfikowania używanego doświadczenia S&S – na wstępie uzasadnienia odwołania), które decydując się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winno dokładnie zweryfikować, czy podmiot ten nie podlega wykluczeniu z postępowania. Tym samym zasadne jest wykluczenie Konsorcjum A. z Postępowania z powodu przedstawienia

w postępowaniu informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd tj. na podstawie

art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP. Jednocześnie, powołując wcześniejszą argumentację przedstawioną na wstępie uzasadnienia odwołania, w przypadku stwierdzenia,

że nie zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, zastosowanie znajduje art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 PZP, jako samodzielna przesłanka odrzucenia oferty.

IX. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez przyznanie Odwołującemu zbyt małej liczby punktów w kryteriach 2 i 3.

Ad. Projektant elektroakustyki – M.S.

W rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 2 ppkt 10 SWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami wchodzącymi w skład Zespołu projektowego, który Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, tj.:

“min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Projektant elektroakustyki, posiadającą wyższe wykształcenie techniczne w specjalności inżynieria dźwięku oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych) w projektowaniu dla tej specjalności, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert, wykonała minimum 2 projekty wykonawcze systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta dla budowy lub przebudowy obiektów użyteczności publicznej z widownią na minimum 300 miejsc siedzących każda.”

W tabeli - Kryterium 3, w poz. 2 wskazano, że punktacja za doświadczenie projektanta elektroakustyki będzie przyznawana w następujący sposób:

“1/ za każdą Dokumentację projektową, wykonaną w okresie ostatnich 5 lat licząc od dnia upływu składania ofert, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (rodzaj i wielkość) określonym w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 10 SWZ, powyżej liczby wymaganej jako minimum - wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 10 SWZ przyznaje się 1 punkt – maksymalnie 3 punktów

2/ za doświadczenie zawodowe liczone od uzyskania uprawnień: od 5lat do 10 lat – 0 pkt. równe i powyżej 10 lat do 15 lat– 2 pkt powyżej 15 – 3 pkt.

Suma punktów: 1 +2 Łącznie maksymalnie można uzyskać: 6 punktów.”

W złożonej przez Odwołującego wraz z ofertą tabeli Kryteria Pozacenowe Kryterium 3 pozycja 2 na stanowisko projektanta elektroakustyki wskazano panią M.S.. W tabeli wskazano 3 projekty zgodne co do rodzaju i wielkości z warunkiem określonym w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 10 SWZ.

Drugi z projektów, pn. „Projekt wykonawczy w zakresie branż elektroakustyki, projekt mechaniki scenicznej oraz oświetlenia scenicznego i multimedialnego” dla inwestycji „Nowa siedziba Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy” został omyłkowo oznaczony jako wykonany do 07.2018.

Zamawiający, na skutek informacji złożonej przez konsorcjum A. automatycznie zweryfikował ww. projekt negatywnie i nie przyznał Odwołującemu punktu za tę dodatkową dokumentację projektową. Jednocześnie, rażąco naruszając zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, pomimo zarzutu podniesionego w odwołaniu

z 29.01.2024 r., nie obniżył punktacji w ofercie Dekpol w związku z tym, że Kierownik budowy (p.T. B.) wykazał się doświadczeniem w kierowaniu inwestycją, która przed upływem terminu składania ofert nie została zakończona, wbrew wyraźnemu warunkowi udziału w postępowaniu (o czym szerzej we wcześniejszym uzasadnieniu odwołania).

Odwołujący nie był nawet wezwany do wyjaśnienia, w przeciwieństwie do W.A., który w Wyjaśnieniach dot. inwestycji wykazywanej w doświadczeniu Kierownika prac elektroakustyki (p. W. G.) oświadczył, że całe to zadanie (Tj. „Modernizacja sceny Głównej Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu) zostało wpisane omyłkowo przez pracownika przygotowującego wykazy. Biorąc pod uwagę okoliczność,

że w zakresie tego zadania Odwołujący w odwołaniu z 29.01.2024 r. stawiał zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd i podnosił okoliczności wyczerpujące przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, Zamawiający dał wiarę Wyjaśnieniom, iż całe zadanie zostało przypisane do doświadczenia W. G. omyłkowo.

Odwołujący wyjaśnia, że w rzeczywistości ostateczna wersja projektu wykonawczego elektroakustyki powstała w sierpniu 2021 r. Projekt, którego wykonanie zakończyło się

w sierpniu 2021 r. stał się jednym z elementów dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kampusu Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy”. Powyższe potwierdza jednoznacznie dowód załączony do niniejszego odwołania - pierwsza strona przedmiotowego projektu, z której jednoznacznie wynika, że data opracowania projektu

to sierpień 2021 r. Bez wątpienia zatem dokumentacja ta, której współautorką była M.S., została wykonana w okresie 5 lat przed upływem składania ofert

w niniejszym Postępowaniu. Z tego względu Odwołujący winien otrzymać 6 punktów za doświadczenie projektanta elektroakustyki.

Dowód: pierwsza strona projektu sierpień 2021

Omyłka polegająca na wpisaniu nieprawidłowej daty ukończenia projektu nie może wpływać na ocenę w kryterium oceny ofert w sytuacji, gdy w rzeczywistości projekt został wykonany

w okresie 5 lat przed upływem składania ofert. Podkreślenia wymaga, że informacje dotyczące doświadczenia personelu nie mają charakteru oświadczenia woli wykonawcy, stanowiącego element treści oferty sensu stricto, jak ma to miejsce w przypadku kryteriów typu okres gwarancji, cena zamówienia opcjonalnego czy liczba osób skierowanych

do realizacji zamówienia. Doświadczenie, w tym wypadku projektanta elektroakustyki,

ma charakter obiektywny w tym znaczeniu, że albo dana osoba posiada deklarowane doświadczenie w realizacji projektów, albo takiego doświadczenia nie posiada. Fakty

te można zweryfikować i wykazać za pomocą dokumentów. W zaistniałej sytuacji, projekt nowej siedziby Akademii Muzycznej w Bydgoszczy ukończony został w terminie krótszym niż 5 lat przed upływem składania ofert, co udokumentowano dowodem załączonym

do niniejszego odwołania. Bez wątpienia zatem, Odwołującemu winien zostać przyznany punkt za to doświadczenie.

Zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia tej niezgodności, nota bene stwierdzonej przez Wykonawcę A. w nieformalnym piśmie. Podkreślenia w tym miejscu wymaga,

że Zamawiający przyjmował oświadczenia o pomyłkach w tabeli Kryteria Pozacenowe

w ofercie Odwołującego w stosunku do innych pozycji (vide doświadczenie kierownika robót teletechnicznych), a już bez wątpienia przyjmował wyjaśnienia, co do omyłek popełnionych opisie kryteriów pozacenowych oraz wykazie osób przez Konsorcjum A.

(vide doświadczenie kierownika robót elektroakustycznych - dwukrotnie oraz doświadczenie

menedżera BIM). Biorąc pod uwagę złożoność i poziom skomplikowania przygotowania przedmiotowej oferty, konieczność zgromadzenia wielu danych na temat bardzo dużej liczby inwestycji, w której doświadczenie zdobyli specjaliści Odwołującego, prawdopodobne jest,

że mogło dojść do drobnej omyłki, w szczególności w dacie zakończenia wykonania projektu. Skoro jednak sporny projekt został wykonany w okresie, który obliuguje Zamawiającego

do przyznania punktu w kryterium oceny ofert, co Odwołujący w niniejszym odwołaniu wykazał, punkt ten powinien zostać Odwołującemu przyznany.

Funkcją pozacenowych kryteriów oceny ofert jest bez wątpienia udzielenie zamówienia temu wykonawcy, który daje najlepszą gwarancję wykonania zamówienia. Skoro zatem,

w przypadku doświadczenia projektanta elektroakustyki Odwołujący zaproponował

do realizacji zamówienia osobę, która faktycznie posiada doświadczenie punktowane maksymalnie, to za takie doświadczenie powinien przyznać punkt. Omyłka w tym zakresie nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla Odwołującego. Byłby to bowiem skrajny formalizm przeczący wyżej wskazanemu celowi ustanawiania kryteriów oceny ofert

w zakresie doświadczenia kadry wykonawców, a także naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji

Ad. kierownik robót instalacji i sieci sanitarnych – M.M.

245. W odniesieniu do doświadczenia kierownika robót instalacji i sieci sanitarnych Zamawiający wymagał w rozdziale 7

ust. 1 lit d. pkt 3 ppkt 3 SWZ, aby osoba posiadała:

“uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji

i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w kierowaniu robotami instalacji i sieci sanitarnych, która w ciągu ostatnich

10 lat pełniła funkcję kierownika robót przy co najmniej 2 budowach lub przebudowach

dla obiektów użyteczności publicznej o wartości każdej z robót minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto oraz obejmujących łącznie realizację: wentylacji mechanicznej, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej lub klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno – kanalizacyjnej, instalacji gaszenia (tryskaczowa lub zraszaczowa) oraz sieci i przyłączy sanitarnych”

Wymagane było zatem min. 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami instalacji i sieci sanitarnych i dodatkowo w ciągu ostatnich 10 lat pełnienie funkcję kierownika robót przy

co najmniej 2 budowach lub przebudowach dla:

a. obiektów użyteczności publicznej,

b. o wartości minimum 30 000 000 zł netto,

c. oraz obejmujących łącznie realizację: wentylacji mechanicznej, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej lub klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno – kanalizacyjnej, instalacji gaszenia oraz sieci i przyłączy sanitarnych.

Z kolei, zgodnie z opisem kryteriów pozacenowych zawartym w Rozdziale 10 SWZ, Zamawiający postanowił, że:

“Punktacja przyznawana będzie przyznawana w następujący sposób:

1/ za udział, w okresie ostatnich 10 lata licząc od dnia upływu składania ofert, za kierowanie robotami, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (rodzaj i wielkość) określonym

w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 ppkt 3 SWZ, powyżej liczby wymaganej jako minimum - wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 ppkt 3 przyznaje się 1 punkt – maksymalnie 2 punkty

2/ za doświadczenie zawodowe liczone od uzyskania uprawnień: od 5 do 10 lat – 0 pkt. powyżej 10 lat – 2 pkt

Suma punktów: 1 +2 łącznie maksymalnie można uzyskać: 4 punkty”

Ponadto w tabeli Kryteria Pozacenowe w Kryterium 2 poz. 3 Zamawiający oczekiwał podania:

“1) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), dane

Zamawiającego:

2) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), dane

Zamawiającego:

- wraz z informacją, czy wskazane powyżej dodatkowe inwestycje obejmują łącznie realizację wentylacji mechanicznej, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej lub klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno – kanalizacyjnej, instalacji gaszenia (tryskaczowa lub zraszaczowa) oraz sieci i przyłączy sanitarnych.”

We wszystkich wskazanych wyżej postanowieniach SWZ, Zamawiający odwoływał się do poszczególnych rodzajów instalacji w odniesieniu do wymagania, że inwestycje obejmują łącznie wskazane instalacje. W żadnym miejscu SWZ nie postawił natomiast wymagania, aby osoba skierowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót instalacji i sieci sanitarnych kierowała pracami w zakresie wszystkich instalacji.

Zamawiający pismem z dnia 11 marca 2024 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnień „Czy pan

M.M. w zakresie inwestycji „Budowa budynku biurowego z garażem podziemnym Olivia Star, 80– 309 Gdańsk al. Grunwaldzka 472 c kierował robotami w zakresie realizacji wentylacji mechanicznej oraz przyłączy sanitarnych?”.

Zamawiający wskazał ponadto,

że z jego ustaleń wynika, że wyżej wymienione instalacje nie były realizowane w ramach wyżej wymienionej inwestycji przez p.M.. Już samo brzmienie pytania Zamawiającego wskazuje jednoznacznie, że formułowane na etapie wezwania do wyjaśnień wymagania nie było zamieszczone w SWZ. Zamawiający zapytał bowiem, czy p.M. kierował robotami w zakresie realizacji wentylacji mechanicznej oraz przyłączy sanitarnych.

W żadnym z ww. cytowanych zapisów SWZ, ani w innym miejscu dokumentacji nie postawiono wymagania, aby osoba do pełnienia funkcji kierownika robót instalacji i sieci sanitarnych w ramach wykazywanego doświadczenia miała kierować robotami w zakresie jakichkolwiek konkretnych instalacji. Z jednoznacznych postanowień SWZ wynika, że osoba ta miała pełnić funkcję kierownika robót na inwestycji obejmującej wymienione w warunku instalacje.

Odwołujący złożył w wyżej wymienionym zakresie szczegółowo wyjaśnienia, wskazując Zamawiającemu, że formułowane na etapie wezwania wymagania nie zostały wyrażone

w SWZ, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw do oczekiwania, aby osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika robót instalacji i sieci sanitarnych posiadała doświadczenie

w kierowaniu robotami w zakresie wszystkich wymienionych w warunku instalacji. Wskazał, że to inwestycja, na której

osoba ta sprawowała funkcję kierownika robót miała obejmować wszystkie te instalacje. W konsekwencji, brak jest podstaw do nieprzyznania punktu

w kryterium oceny ofert z tego powodu, że osoba skierowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót instalacji i sieci sanitarnych posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót inwestycji, w której były realizowane wszystkie wymagane sieci i instalacje.

Podkreślenia wymaga, że postanowienia SWZ w zakresie wymagań co do doświadczenia

w kierowaniu robotami na określonych inwestycjach zostały wyrażone przez Zamawiającego jasno i klarownie.

Odczytanie ich znaczenia nie wymaga szczególnej interpretacji ponieważ są one jednoznaczne i wyrażone wprost.

Zamawiający jednak uporczywie twierdzi, że w tych postanowieniach zawarte są wymagania których tam rzeczywistości nie ma. Jeśli intencją Zamawiającego było wymaganie doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi

w zakresie instalacji wentylacji mechanicznej, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej lub klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno – kanalizacyjnej, instalacja gaszenia (tryskaczowa lub zraszaczowa) oraz sieci i przyłączy sanitarnych, mógł takie wymaganie SWZ sformułować.

Dodatkowo należy również zauważyć, że w odniesieniu do niektórych osób wymaganych

w ramach warunków udziału w postępowaniu, w SWZ wprost wskazano kierowanie jakimi rodzajami prac jest oczekiwane na spełnienie warunku:

- Kierownika prac mechaniki sceny - (...) która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami związanymi z mechaniką sceny przy co najmniej 2 inwestycjach dotyczących budowy lub przebudowy obiektów użyteczności publicznej z widownią na minimum 300 miejsc siedzących każda, w których znajduje się przynajmniej 1 urządzenie mechaniki scenicznej górnej i 1 urządzenie mechaniki dolnej oraz przynajmniej 1 z tych urządzeń zostało odebrane przez Urząd Dozoru Technicznego lub Wojskowy Urząd Dozoru Technicznego;

- Kierownik prac akustyki - (...) która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami dotyczącymi akustyki budowlanej, przy co najmniej 2 robotach budowlanych dla obiektów użyteczności publicznej z widownią dla każdej realizacji na minimum 300 miejsc siedzących;

- Kierownik prac elektroakustyki - (...) która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami dotyczącymi systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta, w tym w ramach realizacji co najmniej 2 robót budowlanych dla obiektów użyteczności publicznej z widownią dla każdej realizacji na minimum 300 miejsc siedzących;

- Kierownik Robót AKPiA i BMS - (...) która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała robotami dotyczącymi instalacji teletechnicznych/niskoprądowych, obejmujących realizację instalacji AKPiA i BMS, przy co najmniej 1 budowie lub przebudowie dla obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto.

Odwolujący podał, że szczególnie ten ostatni przykład wymaganego doświadczenia Kierownika Robót a AKPiA i BMS, gdzie Zamawiający poza ogólnym wymaganiem kierowania robotami dotyczącymi instalacji teletechnicznych/niskoprądowych doprecyzował, że oczekuje, aby osoba posiadała doświadczenie w kierowaniu takimi instalacjami obejmującymi realizację AKPiA i BMS. Powyższe wskazuje wyraźnie na to, że tam gdzie tego Inwestor oczekiwał i było to dla niego istotne, odpowiednio doprecyzował swoje oczekiwania, co do zakresu prac jakimi powinien kierować dany kierownik robót/prac.

W przypadku kierownika robót sanitarnych warunek został sformułowany zupełnie inaczej. Nie doprecyzowano jakimi pracami z zakresu robót sanitarnych miała kierować osoba pełniącą tę funkcję, wskazano natomiast jakie instalacje miały znajdować się na inwestycji. Można zatem przyjąć, że w tym wypadku miernikiem doświadczenia był rozmiar inwestycji.

Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Zamówień Publicznych, warunki udziału w postępowaniu wymagają stosowania wykładni literalnej, tak np. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27.03.2023 r. sygn. akt XXIII Zs 11/23, podobnie Izba w wyroku z dnia 21.06.2022 r., sygn. akt KIO 1437/22. Nie można również pominąć linii orzeczniczej idącej nawet dalej, zgodnie z którą wykładania warunków udziału w postępowaniu, w przypadku wątpliwości, powinna mieć charakter rozszerzający

na korzyść wykonawcy – tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.06.2022 r., sygn. akt KIO 891/20.

Odwolujący podał, że mając na uwadze powyższe w pełni uzasadniony jest wniosek

o uwzględnienie przez Zamawiającego doświadczenia posiadanego przez Kierownika Robót instalacji i sieci sanitarnych p.M. i przyznanie Odwołującemu dodatkowego punktu za to doświadczenie.

A.d. kierownik robót teletechnicznych – M.F.

W odniesieniu do doświadczenia kierownika robót teletechnicznych Zamawiający wymagał w

rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 ppkt 5 SWZ, aby osoba posiadała:

„uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji

i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń, posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi, w tym obejmującymi kierowanie robotami instalacji teletechnicznych/niskoprądowych, która w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję kierownika robót instalacyjnych przy co najmniej

2 budowach lub przebudowach dla obiektu użyteczności publicznej o wartości każdej z robót minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto oraz obejmujących łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD;”

Na to stanowisko Odwołujący w pkt 1.5. tabeli kryteria pozacenowe wskazał pana M.F.. Jako doświadczenie w kierowaniu robotami zgodnie z warunkiem udziału

w postępowaniu określonym w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 ppkt 5 SWZ wskazano inwestycję

„Przebudowa budynku Prokuratury Krajowej w Warszawie, ul. Postępu 3”.

W tym zakresie pismem z dnia 11 marca 2024 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnień pytając m.in. czy w ramach inwestycji wykonano system DSO oraz czy wartość robót budowlanych osiągnęła wartość 30 mln PLN netto.

W ramach złożonych w dniu 22.03.2024 r. wyjaśnień przedstawiono referencję wykonawcy przedmiotowych robót - Polskiej Grupy Służby Więziennej (poprzednio Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA). Uzupełniając do referencji wystawionej przez PGSW, przedłożono wiadomość e-mail od pana P.S. – Kierownika Działu Budowlanego PGSW potwierdzającą jednoznacznie, że inwestycja obejmowała instalację DSO. Ponadto załączono referencję wystawioną przez wykonawcę prac

w zakresie sieci – NetService S.A., która potwierdzała realizację funkcji kierownika sieci teletechnicznych przez pana M.F..

Zamawiający w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, że nie przyznał punktu Odwołującemu za ww. realizację, z uwagi na fakt, że „w ramach ww. inwestycji

nie wykonano instalacji DSO. (...) Brak kierowania przez pana M.F. pracami obejmującymi system DSO w ramach wskazanej wyżej inwestycji realizowanej

dla Prokuratury Krajowej uniemożliwia Zamawiającemu przyznanie wykonawcy punktu

za tą realizację”. Zamawiający decyzję o nieprzyznaniu punktu podjął na podstawie informacji złożonej przez Konsorcjum A. z dnia 6.03.2024 r. Konsorcjum A.

do przedmiotowego pisma załączyło wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 6 lutego 2024 r., gdzie zadano m.in. pytanie:

W odpowiedzi z dnia 20 lutego 2024 r. Prokuratura Krajowa odpowiedziała:

Jak wskazuje literalna treść odpowiedzi inwestora - Prokuratury Krajowej, inwestycja obejmowała realizację robót instalacyjnych między innymi w zakresie wymienionych sieci. Wśród wymienionych w piśmie sieci co prawda nie wpisano DSO, jednak wymieniony zbiór nie ma charakteru zamkniętego. W piśmie nie wskazano jednoznacznie, że na inwestycji

nie był wykonywany system DSO. Zamawiający pomimo tego, że dowody przedłożone przez konsorcjum A. nie potwierdziły jednoznacznie, że referencyjna dla pana M.F. inwestycja nie obejmowała pełnego zakresu robót instalacyjnych wymaganych warunkiem określonym w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 ppkt 5 SWZ, a dowody przedłożone przez Odwołującego w wyjaśnieniach z 22 marca 2024 r. jednoznacznie wskazują,

że w ramach tej inwestycji było wykonywane DSO, nie przyznał punktu za kierowanie robotami teletechnicznymi w inwestycji wskazanej w warunku udziału w postępowaniu.

Taka decyzja Zamawiającego nie może zostać uznana za prawidłową. Wobec braku jednoznacznych dowodów, z których wynikałoby, że inwestycja dla Prokuratury Krajowej nie posiadała systemu DSO, przy jednoczesnym przedłożeniu dowodów pochodzących

od wykonawcy tych prac, z których wynika, że system DSO był elementem inwestycji, Zamawiający zobowiązany był przyznać odwołującemu punkt w kryterium doświadczenia kierownika robót teletechnicznych.

Odwołujący w podsumowaniu podał, że w odniesieniu do osób podlegających punktowaniu wskazanych przez Odwołującego w tabeli Kryteria Pozacenowe, Zamawiający odejmując punkty oparł się jedynie na spekulacjach zawartych w pismach złożonych przez Konsorcjum A.. Dał również wiarę dokumentom przedłożonym przez Konsorcjum, ignorując całkowicie argumentację i dowodowy złożony przez odwołującego wraz

z wyjaśnieniami Odwołującego. Oceniając osoby wskazane w ramach kryteriów pozacenowych w ofercie Konsorcjum A., Zamawiający bezwzględnie stosował zasadę interpretacji wszelkich wątpliwości na korzyść Wykonawcy, nawet w ewidentnych przypadkach wprowadzenia Zamawiającego w błąd. W przypadku oferty Odwołującego

tej zasady nie zastosował, co świadczy o determinacji Zamawiającego w wyborze oferty Konsorcjum A. i uprzywilejowaniu tego Wykonawcy.

Abstrahując od istnienia podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum, już tylko uczciwe i zgodne

z zasadami równego traktowania wykonawców, przyznanie ofertom punktów w kryteriach pozacenowych, spowodowałoby, że oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu.

PODSUMOWANIE

Podsumowując zarzuty Odwołania, celem usystematyzowania wniosków, Odwołujący wskazał, że:

Odwołujący w wyniku oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego otrzymał 86,99 punktów, natomiast w rzeczywistości powinien uzyskać 89,99 pktów, tj.

- o 1 pkt więcej (6 pkt, a nie 5 pkt) za Projektanta elektroakustyki (p. M. Srebrzyńska)
- o 1 pkt więcej (3 pkt a nie 2 pkt) za Kierownika robót instalacji i sieci sanitarnych (p. M.

Miga)

- o 1 pkt więcej (3 pkt, a nie 2 pkt) za Kierownika robót teletechnicznych (p. M. Florek)

Konsorcjum A. powinno zostać wykluczone z udziału w Postępowaniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona, z powodu podania nieprawdziwych informacji (bez wzywania

do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych) – a zatem oferta Odwołującego jako jedyna niepodlegająca odrzuceniu powinna zostać uznana za najwyższej ocenioną.

W przypadku uznania, że nie doszło do podania nieprawdziwych informacji, z całą pewnością Konsorcjum A. nie wykazało spełniania warunków udziału

w postępowaniu, tak w zakresie wymaganego doświadczenia, jak i potencjału kadrowego. Wobec wyczerpania możliwości uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ustawy, brak jest możliwości wezwania Konsorcjum do złożenia nowego Wykazu usług oraz Wykazu osób i wykazania spełniania warunków. Oznacza, to że oferta Konsorcjum A. podlega odrzuceniu, a zatem oferta Odwołującego jako jedyna niepodlegająca odrzuceniu powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Jeśli jednak zostanie uznane, że – mimo wszystko - Konsorcjum A. może zostać wezwany do uzupełnienia Wykazu usług i Wykazu osób, to należy pamiętać, że wskazanie

w uzupełnianym Wykazie osób innych osób niż w Wykazie złożonym pierwotnie nie może skutkować zmianą formularza Kryteria pozacenowe. Tym samym nie będzie możliwe przyznanie ofercie Konsorcjum A. punktów za Kryterium pozacenowe (2 i 3)

w odniesieniu do osób, które – z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu – zostaną zamienione w Wykazie osób na inne. W konsekwencji już tylko z powodu braku posiadania wymaganego doświadczenia przez osoby, którymi dysponuje Konsorcjum A., nie będą mogły zostać przyznane ofercie tego wykonawcy następujące punkty:

- 3 pkt za managera BIM (p. T. R.)
- 2 pkt za Kierownika robót teletechnicznych (p. Z. W.)
- 4 pkt za Kierownika prac elektroakustycznych (p. W. G.)
- co skutkuje już samo w sobie koniecznością odjęcia ofercie Konsorcjum A.

9 punktów i obniża ocenę z 93,88 pkt na 84,88 pkt, a to powoduje, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Poza punktami odjętymi za osoby niespełniające warunków udziału w postępowaniu (9 pkt jak powyżej), Zamawiający przyznał niezasadnie o 1 pkt za dużo za doświadczenie Kierownika budowy (p. T. B.). Łącznie zatem punktacja oferty Konsorcjum A. powinna zostać obniżona o 10 punktów.

W skrajnym przypadku uznania, że Konsorcjum A. wykazało spełnianie warunków,

a jego oferta nie podlega odrzuceniu, z pewnością ocenę w Kryteriach pozacenowych (2 i 3) należy obniżyć o następujące punkty, niesłusznie przyznane przez Zamawiającego:

i. 1 pkt za Głównego projektanta (p. R. Lebioda),

ii. 1 pkt za Menagera BIM (p. T. R.),

iii. 1 pkt za Kierownika Budowy (p. T. B.),

iv. 2 pkt za Kierownika robót elektrycznych (p. K. R.).

- co skutkuje już samo w sobie skutkuje koniecznością odjęcia ofercie Konsorcjum A. 5 punktów i obniża ocenę z 93,99 pkt na 88,88 pkt, co powoduje, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Sygn. akt KIO 1211/24

W dniu 8 kwietnia 2024 roku Odwołujący wykonawców wspólnie ubiegających się

o zamówienie A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący lub A.) działając

na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.; dalej „PZP” lub „ustawa”) wniósł odwołaniewobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

(1) zaniechania wykluczenia wykonawcy Dekpol i odrzuceniu jego oferty pomimo,

że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących pozacenowych kryteriów oceny ofert, w szczególności w dokumencie pn.: „Kryterium pozacenowe”, w zakresie doświadczenia zawodowego osób skierowanych do realizacji zamówienia;
(2) błędnej oceny oferty Dekpol w kryterium „Projektant architektury – Główny Projektant” i przyznaniu Dekpol w tym kryterium maksymalnej liczby punktów;
(3) błędnej oceny oferty Dekpol w kryterium „Manager BIM lub Koordynator BIM” i przyznaniu Dekpol w tym kryterium 2 punktów;
Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1)art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 2 pkt 2 lit. a) ustawy przez zaniechanie wykluczenia Dekpol z Postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, pomimo iż wykonawca ten, przedstawiając Zamawiającemu informacje dotyczące pozacenowych kryteriów oceny ofert, w szczególności w dokumencie pn.: „Kryterium pozacenowe – załącznik nr 18 do SWZ”, w zakresie doświadczenia zawodowego osób skierowanych do realizacji zamówienia wprowadził Zamawiającego w błąd,
co znalazło swoje odzwierciedlenie w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej
i przyznanych przez Zamawiającego temu wykonawcy punktach w ramach kryterium oceny ofert, gdzie Zamawiający stwierdził, że:

a)osoba skierowana na stanowisko kierownika robót instalacji i sieci sanitarnych – p. M.M.:

- nie pełniła funkcji kierownika robót przy realizacji zadania pn.: „Budowa budynku biurowego z garażem podziemnym, Olivia Star w Gdańsku” („Zadanie Gdańsk”), w odniesieniu do robót budowlanych obejmujących realizację wentylacji mechanicznej, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej lub klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno-kanalizacyjnej, instalacji gaszenia (tryskaczowa lub zraszaczowa) oraz sieci i przyłączy sanitarnych, zaś p. Miga kierował wyłącznie pracami obejmującymi instalacje wodno-kanalizacyjne, instalacje technologiczne obiegu dry - coolerów oraz instalacje tryskaczową, co nie wyczerpuje wymogów określonych w rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 3 SWZ;
- nie pełniła funkcji kierownika robót przy Zadaniu Gdańsk w okresie od 2016 do 2018 albowiem z dostępnych informacji wynika, że Zadanie Gdańsk realizowano w latach 2011-2012;

b)osoba skierowana na stanowisko kierownika robót teletechnicznych – p. M.F. – nie posiada wymaganego doświadczenia zawodowego, albowiem w ramach zadania pn.: „Przebudowa budynku Prokuratury Krajowej w Warszawie, ul. Postępu 3” („**Zadanie Warszawa**”) nie wykonano (ani nie przewidziano) instalacji DSO, co było wymogiem postawionym w rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 5 SWZ,

❖co winno było doprowadzić Zamawiającego do uznania (w odniesieniu do pkt a) i b) zarzutów), iż Dekpol dopuścił się wprowadzenia Zamawiającego w błąd, albowiem wykonawca ten w swoim oświadczeniu (Kryterium pozacenowe) wskazał, iż osoby skierowane przez niego do realizacji inwestycji posiadają odpowiednie, wymagane dokumentacją zamówienia doświadczenie, a tymczasem Zamawiający poprzestał wyłącznie na

nieprzyznaniu Dekpol punktów za doświadczenie zawodowe tych osób;

c)p. M.K. (Projektant architektury - Główny Projektant) posiada doświadczenie zawodowe wymagane warunkiem udziału (i w rezultacie pozacenowym kryterium oceny ofert), gdy tymczasem:

- zadanie pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie Stadionu Miejskiego oraz Hali Sportowej przy al. Unii Lubelskiej 2 w Łodzi w ramach zadania Program wykorzystania obszarów rekreacyjnych Łodzi w celu stworzenia Regionalnego centrum Rekreacyjno – Sportowo – Konferencyjnego, etap II „Przebudowa Stadionu Miejskiego przy Al. Unii Lubelskiej 2” („Zadanie Łódź 1”) nie obejmowało swoim zakresem obiektu wyposażonego w salę widowiskową o pojemności min. 300 osób siedzących;
- Zadanie Łódź 1, które podzielone zostało przez Dekpol na 2 odrębne zadania (i tak zostały ocenione przez Zamawiającego), realizowane było m.in. na podstawie jednej umowy, a zatem stanowiło to jedną usługę (nie dwie);
- Zadanie pn. „Rozbudowa Stadionu Miejskiego przy al. Unii Lubelskiej 2 w Łodzi w ramach zadania Program wykorzystania obszarów rekreacyjnych Łodzi w celu stworzenia Regionalnego Centrum Rekreacyjno-Sportowo-Konferencyjnego, etap II: „Przebudowa Stadionu Miejskiego przy Al. Unii Lubelskiej 2” („Zadanie Łódź 2”)nie obejmowało swoim zakresem obiektu wyposażonego w salę widowiskową o pojemności min. 300 osób siedzących;
- w ramach zadania pn.: „Rozbiórka i budowa stadionu miejskiego im. K.G. w Płocku przy ul. Łukasiewicza 34 wraz z przebudową infrastruktury towarzyszącej” na działkach nr 235/1, 235/2, 235/3” w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja stadionu im. K.G. przy ulicy Łukasiewicza” („Zadanie Płock”) nie wykonano sali widowiskowej (obiekt nie posiada sali widowiskowej), a już tym bardziej na min. 300 osób siedzących;

❖co doprowadziło do:

- (i)nieuzasadnionego przyznania temu wykonawcy (Dekpol) dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia zawodowego osoby skierowanej na stanowisko Projektanta architektury oraz
- (ii)zaniechania wykluczenia Dekpol z postępowania z uwagi na przedstawienie w dokumencie „Kryterium pozacenowe” informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd;

d)p. M.D. (Manager BIM lub Koordynator BIM) posiada doświadczenie zawodowe wymagane warunkiem udziału (i w rezultacie pozacenowym kryterium oceny ofert), gdy tymczasem zadanie pn.: „Budowa budynku dydaktyczno-naukowo-badawczego z uzupełniającą funkcją administracyjno-usługową Wydziału Farmaceutycznego Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu” („Zadanie Poznań”) nie zostało wykonane z wykorzystaniem modelu BIM, co, oprócz zaniechania wykluczenia wykonawcy Dekpol za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, dodatkowo w sposób nieuprawiony doprowadziło do przyznania wykonawcy Dekpol dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert w zakresie

doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji Managera BIM lub Koordynatora BIM;

2)art. 16 ust. 1 ustawy przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniosł o rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- (1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- (2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- (3) wykluczenie wykonawcy z Postępowania Dekpol i uznanie jego oferty za odrzuconą;
ewentualnie, na wypadek uznania, przez Izbę iż nie istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy Dekpol
- (4) odjęcie punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert zgodnie z postawionymi zarzutami, w tym w szczególności za:

-doświadczenie przypisane osobie skierowanej na stanowisko Projektanta architektury – Głównego Projektanta tj. p. M.K. i przyznaniu Dekpol w zakresie tego kryterium 0 pkt;

-doświadczenie przypisane osobie skierowanej na stanowisko Managera BIM lub Koordynatora BIM tj. p. M.D. i przyznaniu Dekpol w zakresie tego kryterium 0 pkt;

- (5) dokonanie ponownego wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wnosi również o:

1)o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

2)o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podał, że co prawda oferta Odwołującego została sklasyfikowana najwyżej w rankingu ofert oraz została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w Postępowaniu, niemniej jednak czynność Zamawiającego na charakter nieprawomocny. W przypadku wniesienia odwołania przez Dekpol, który może kwestionować wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej może (choć w ocenie Odwołującego nie ma ku temu podstaw), w tym przyznane Odwołującemu punkty, skutkować to będzie ponowną oceną ofert w Postępowaniu. Podnoszenie zarzutów niniejszego odwołania w przyszłości, m.in. w zakresie prawidłowości punktacji przyznanej Dekpol, mogłoby okazać się spóźnione.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity, a wniesienie odwołania z uchybieniem terminu skutkuje jego odrzuceniem. Jeśli więc Odwołujący nie wniosłby odwołania,

a Zamawiający powtórzyłby czynności związane z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, to po ponownej ocenie ofert wniesienie odwołania przez Odwołującego mogłoby zostać uznane za spóźnione.

Jednocześnie interes Odwołującego materializuje się w tym, że ma on prawo żądać przeprowadzenia badania i oceny

ofert przez Zamawiającego zgodnie z przepisami oraz warunkami zamówienia określonymi w SWZ. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując badania i oceny ofert naruszył zarówno przepisy PZP jak i warunki zamówienia, co znajduje wyraz w zarzutach odwołania. W konsekwencji powyższego, interes Odwołującego we wniesieniu odwołania polega na uzasadnionym żądaniu przeprowadzenia badania i oceny ofert zgodnie z przepisami prawa oraz warunkami zamówienia, w sposób gwarantujący zachowanie równego traktowania wykonawców, zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Dokonanie oceny ofert z naruszeniem odnośnych przepisów PZP oraz warunków zamówienia może spowodować, co najmniej ryzyko, poniesienia przez Odwołującego szkody polegającej na braku możliwości zakwestionowania przez Odwołującego czynności, które mogą, nawet teoretycznie, nastąpić na skutek rozpoznania odwołania wniesionego przez Dekpol.

Wskazał Odwołujący na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2023 r oraz wyrok z dnia 23 marca 2021 r. Końcowo wskazać można również, iż zgodnie z orzecznictwem, także TSUE, w sytuacji, która wystąpiła w przedmiotowym Postępowaniu, tj. w przypadku udziału dwóch wykonawców, jeden z nich może mieć również interes we wniesieniu odwołania, gdyby prowadziło to do wykluczenia drugiego z nich i unieważnienia Postępowania. W takim przypadku bowiem wykonawca ma możliwość wzięcia udziału w kolejnym postępowaniu i uzyskaniu zamówienia. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania:

ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu”.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) sporządzonej dla zadania przedmiotem zamówienia jest kompleksowe zaprojektowanie i pozyskanie decyzji administracyjnych umożliwiających realizację robót budowlanych związanych z budową nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu we wszystkich branżach wraz

z zagospodarowaniem terenu, komunikacją oraz wyposażeniem w zakresie określonym

w Programie Funkcjonalno-Użytkowym („PFU”). Do obowiązków przyszłego wykonawcy należy ponadto uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) został zawarty w załącznikach do SWZ. W toku realizacji zamówienia Zamawiającemu przysługuje ponadto uprawnienie do skorzystania z prawa opcji (łącznie aż 9 opcji), które polegają na wykonaniu przez wykonawcę dodatkowych robót budowlanych, dostaw lub usług. Inwestycja ma dość złożony charakter, który wymaga posiadania zespołu branżystów i ekspertów (w tym m.in. z zakresu akustyki), którzy będą w stanie wykonać

ją zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SWZ i OPZ.

Zamawiający przewidział, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Ci wykonawcy, którzy posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie związane z realizacją tego typu inwestycji budowlanych (co znalazło swoje odzwierciedlenie w treści Rozdziału 7 SWZ). Jednocześnie, celem uzyskania doświadczonego wykonawcy Zamawiający przewidział w treści SWZ możliwość przyznania oferentom dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny oferty. Punktowany miał być personel za posiadanie dodatkowego doświadczenia:

Lp.	Nazwa kryterium	Waga
1.	Cena łączna (Zamówienie Podstawowe + wszystkie Prawa Opcji)	60%
2.	Doświadczenie zespołu kierowników budowy i robót wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia	20%
3.	Doświadczenie zespołu projektantów wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia	15%
4.	Okres gwarancji	5%
5.	Razem	100%

Tabela 1 – wyciąg z Rozdziału 10 pkt 2 ppkt 2.2. SWZ

Zamawiający przewidział, że wykonawca (co do zasady) otrzyma dodatkowe punkty

w ramach danego podkryterium jeżeli wykaże, że dany członek wskazanego przez niego personelu wykonał większą liczbę zadań związanych z jego branżą, ponad tą wskazaną jako minimum w Rozdziale 7 SWZ. Innymi słowy, im więcej podobnych inwestycji (do tych opisanych w Rozdziale 7 SWZ) wykonał dany branżysta, tym więcej punktów mógł uzyskać dany wykonawca. Odwołujący podał, że zjak zostanie wykazane poniżej, Dekpol wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących dodatkowego doświadczenia wskazanego przez niego personelu (który nota bene powinien odpowiadać personelowi wskazanemu w wykazie osób). Wraz z ofertą każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia był zobowiązany do przedłożenia dokumentu pod nazwą Kryteria Pozacenowe stanowiącego załącznik nr 18 do SWZ („Kryteria pozacenowe”). Zadaniem tego dokumentu było umożliwienie Zamawiającemu weryfikacji dodatkowego doświadczenia personelu wykonawcy na okoliczność przyznania

mu dodatkowych punktów w ramach danego kryterium oceny ofert. Postępowanie

o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 2 czerwca 2023 roku. W czasie jego trwania zadano ponad 80 pytań,

co miało wpływ na przedłużenie terminu składania ofert (który początkowo został wyznaczony na dzień 28 lipca 2023 roku. Do upływu terminu składania ofert, który ostatecznie przypadał na dzień 7 listopada 2023 roku (godz. 11.30), złożono łącznie dwie oferty:

lp.	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena za przedmiot zamówienia podstawowego [PLN] brutto	Cena za przedmiot zamówienia objęte prawem opcji [PLN] brutto	Razem cena za całość przedmiotu zamówienia [PLN] brutto
1	A. Sp. z o.o. ul. Braci Prankel 1 47-100 Strzelce Opolskie	390 332 636,61	117 639 394,32	507 972 030,93
2	Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. ul. Gajowa 31 83-251 Pinczyna	462 289 968,76	101 022 139,02	563 312 107,77

Tabela nr 2 – wyciąg z informacji z otwarcia ofert

W dniu 19 stycznia 2024 roku jako najkorzystniejsza w Postępowaniu została wybrana oferta złożona przez Odwołującego. Pismem z dnia 29 stycznia 2024 roku Dekpol wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W piśmie tym zarzucił Odwołującemu m.in. wprowadzenie Zamawiającego w błąd np. poprzez podanie nieprawdziwych danych w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach wspomnianych powyżej kryteriów oceny ofert. Zamawiający, celem wyjaśnienia okoliczności podniesionych przez Dekpol, pismem z dnia 7 lutego 2024 roku (opublikowanym w dniu 12 lutego br. na stronie internetowej prowadzonego Postępowania), poinformował wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Krajowa Izba Odwoławcza, postanowieniem z dnia 12 lutego 2024 roku (sygn. KIO 323/24), umorzyła postępowanie zainicjowane przez Dekpol. Podjęta przez Zamawiającego czynność, która bez wątpienia pozostawała w zgodzie z przepisami Pzp oraz zmierzała do wyjaśnienia wątpliwości względem oferty złożonej przez Odwołującego, mimo to została zakwestionowana przez Dekpol pismem z dnia 19 lutego 2024 roku. W rzeczonym piśmie Dekpol podważał m.in. możliwość unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, wskazując, że jedynym podmiotem uprawnionym do tego typu działania jest Krajowa Izba Odwoławcza (co swoją drogą jest sprzecznie z orzecznictwem Izby). Odwołanie w tym zakresie zostało cofnięte przez Dekpol pismem z dnia 5 marca 2024 roku (sygn. KIO 547/24). Zamawiający pismem z dnia 29 marca 2024 roku – po przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert oraz uzyskania dodatkowych wyjaśnień od Odwołującego, a także, jak wynika z dokumentacji postępowania, wyjaśnień Dekpol, uznał złożoną przez niego ofertę za najkorzystniejszą (czyli taką, która została złożona przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w Postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie przepisów Pzp). Zamawiający jednocześnie uznał, że personel zaproponowany pierwotnie przez Dekpol nie pozwala na przyznanie temu wykonawcy maksymalnej liczby punktów za nw. ekspertów (względnie, Zamawiający obniżył przyznaną pierwotnie Dekpol liczbę punktów za dane kryterium):

Kryterium oceny	Wybór z dnia 19.01.24r.	Wybór z dnia 29.03.24r.	Maksymalna liczba punktów z SWZ
Kierownik robót instalacji i sieci sanitarnych	3	2	4
Kierownik robót teletechnicznych	3	2	4
Projektant elektroakustyki	6	5	6

Tabela nr 3 – Porównanie otrzymanej przez Dekpol liczby punktów

Do obniżenia liczby punktów przyznanych Dekpol w ramach wyżej wymienionych kryteriów doszło na skutek pism złożonych przez Odwołującego i znajdujących się w aktach Postępowania.

Pismem z dnia 1 marca 2024 roku („Pismo z dnia 1 marca”) Odwołujący poinformował Zamawiającego, że:

- (a) Dekpol w wykazie ocenianym w ramach kryterium oceny ofert wskazał, że osobą dedykowaną na stanowisko Projektant architektury (Główny Projektant) jest Pan M.K.. W ocenie Odwołującego wskazane przez Dekpol projekty dotyczyły: hali sportowej, trybun stadionu z częścią biurową, zadaszonego stadionu, stadionu miejskiego. A więc obiektów, które nie posiadają sali widowiskowej. Nie pozwalało to tym samym na przyznanie dodatkowych punktów w zakresie kryterium oceny ofert. Jednocześnie wątpliwości Odwołującego budziło doświadczenie Pana K. związane z realizacją inwestycji dla Miasta Łódź;
- (b) osoba wskazana do pełnienia funkcji Projektant elektroakustyki (Pani M.S.) uczestniczyła przy realizacji zadania pn. „Projekt wykonawczy w zakresie branż elektroakustyki, projekt mechaniki scenicznej oraz oświetlenia scenicznego i multimedialnego (zadanie wykonane na rzecz Zamawiającego Akademia Muzyczna imienia Feliksa Nowowiejskiego)”. Niemniej zgodnie z informacjami przekazanymi przez Dekpol przywołana dokumentacja projektowa została przez nią wykonana w lipcu 2018 roku. Tymczasem zgodnie z treścią warunku dokumentacja projektowa powinna zostać wykonana nie wcześniej niż 7 listopada 2018 roku (co wynika z analizy treści SWZ). Tym samym doświadczenie wskazanego przez Dekpol personelu nie pozwalało na przyznanie maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium;
- (c) Dekpol w ramach kryterium oceny ofert wskazał, że osobą dedykowaną na stanowisko Manager BIM lub Koordynator

BIM jest Pan M.D.. Jako doświadczenie tej osoby wskazano m.in. następujące zadanie „Rozbiórka i budowa stadionu miejskiego im. K.G. w Płocku przy ul. Łukasiewicza 34 wraz z przebudową infrastruktury towarzyszącej na działkach nr 235/1, 235/2, 235/3” w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja stadionu im. K.G. przy ul. Łukasiewicza”. Uzasadnione wątpliwości budzi jednak fakt, czy Pan M.D. faktycznie pełnił funkcję BIM Managera w ramach wymienionej wyżej inwestycji. Wskazany przez Dekpol inwestor tj. Gmina Miasto Płock w ramach udzielonej informacji publicznej poinformowała Odwołującego, że „nie może potwierdzić, udziału Pana M.D. w przedmiotowym zadaniu inwestycyjnym”. Pełnione przez niego stanowisko nie wynika również z pozostałych dokumentów dla tej inwestycji.

Pismem z dnia 6 marca 2024 roku („Pismo z dnia 6 marca”) Odwołujący poinformował Zamawiającego, że:

- (a) osoba wskazana przez Dekpol na stanowisko Kierownik robót instalacji i sieci sanitarnych (Pan M.M.) uczestniczyła przy realizacji zadania pn. „Budowa budynku biurowego z garażem podziemnym, Olivia Star, 80 - 309 Gdańsk, al. Grunwaldzka 472C” – niemniej wskazana inwestycja swoim zakresem nie obejmowała wykonania instalacji mechanicznej, której zrealizowanie było wymagane przez Zamawiającego treścią warunku;
- (b) osoba wskazana przez Dekpol na stanowisko Kierownik robót teletechnicznych (Pan M.F.) uczestniczyła przy realizacji zadania pn. „Przebudowa budynku Prokuratury Krajowej w Warszawie, ul. Postępu 3” – niemniej w zakresie rzeczowej inwestycji nie wchodziło wykonanie systemu DSO. Jednocześnie, Odwołujący dostrzegł, że przedmiotowa inwestycja, wbrew zapewnieniom Dekpol, nie była realizowana w latach 2017-2018 lecz w latach 2019-2020. Ponadto, w ocenie Odwołującego wartość ww. inwestycji nie przekraczała 30 mln złotych;
- (c) osoba wskazana na stanowisko Menagera lub Koordynatora BIM (Pan M.D.) uczestniczyła przy realizacji projektu pn. „Budowa budynku dydaktyczno-naukowo-badawczego z uzupełniającą funkcją administracyjno-usługową Wydziału Farmaceutycznego Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu” – projekt ten nie był jednak realizowany z wykorzystaniem modelu BIM, co było warunkiem udziału w Postępowaniu i przyznania dodatkowych punktów, poza tym w ocenie Odwołującego nie było jasne, czy wskazana osoba faktycznie brała udział przy realizacji ww. projektu;
- (d) osoby wskazanej na stanowisko Projektanta Architektury (Główny Projektant), na który został wskazany Pan M.K.. W ocenie Odwołującego nie projekt dotyczący Stadionu Miejskiego oraz Hali Sportowej w Łodzi powinien być traktowany jako jeden projekt, a nie trzy niezależne od siebie projekty;

Pismem z dnia 8 marca 2024 roku („Pismo z dnia 8 marca”) Odwołujący poinformował Zamawiającego o tym, że:

(a) Z treści otrzymanych przez niego, w trybie dostępu do informacji publicznej, danych wynika, że opracowanie projektu Stadionu Miejskiego oraz Hali Sportowej w Łodzi zostało wykonane w oparciu o jedną umowę, a zatem jej wykonanie stanowiło pojedynczą usługę. Wobec tego należało więc uznać, że Dekpol w sposób niezasadny wskazał w poz. 1-3 wykazu wykonanie jednego projektu jako trzech odrębnych.

Odwołujący podtrzymał, że informacje przekazane przez Dekpol nie pozwalają

na przyznanie temu wykonawcy nie tylko maksymalnej liczby punktów w zakresach wskazanych przez Zamawiającego lecz również nw.:

(a) Menagera lub Koordynatora BIM;

(b) Projektanta Architektury;

Ponadto, Dekpol, jako gospodarz oferty, odpowiedzialny za jej należyte, rzetelne przygotowanie, w tym w zakresie prawidłowości i prawdziwości przekazywanych Zamawiającemu danych, nie sprostął tym wymaganiom, przekazując wraz z ofertą nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje, co powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez niego oferty – co zostanie wykazane poniżej.

UZASADNIENIE PRAWNE

Wykonawca Dekpol dopuścił się wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących doświadczenia zawodowego osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia (których doświadczenie punktowane było w ramach kryterium oceny ofert)

Wprowadzenie w błąd – uwagi ogólne

Najdalej idące zarzuty niniejszego odwołania sprowadzają się do wykazania, iż wykonawca Dekpol, wypełniając wykaz Kryterium pozacenowe, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Przedstawione przez Dekpol informacje w Kryterium pozacenowe pozostają

obiektywnie nieprawdziwe, a zatem winny były doprowadzić do wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania. Jak wynika z orzecznictwa Izby, „przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania”⁴. Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanym przepisie, jest więc próba wykreowania u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały/nie miały miejsca, podczas gdy w rzeczywistości tak było/nie było. Do takiego stanu doprowadza swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. W wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r. Izba stwierdza:

„Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy

(lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje

w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy” - K. Różowicz, Wykluczenie wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, Komentarze praktyczne, LEX.

Odwołujący podał, że niewątpliwie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, co zostanie wykazane poniżej.

Doświadczenie p. M.M. nie odpowiada deklaracji Dekpol – Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy Dekpol za wprowadzenie w błąd

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29 marca 2024 r. Zamawiający przedstawił szczegółową informację w zakresie przyznanych (i odebranych) punktów ofercie złożonej przez Dekpol. W zakresie doświadczenia osoby skierowanej na stanowisko kierownika robót instalacji i sieci sanitarnych

– p. Marcina Miga – Zamawiający wprost wskazał, iż nie uwzględnił doświadczenia wykazanego w ramach Zadania Gdańsk, albowiem w ramach tego zadania „(...) p. M.M. nie pełnił funkcji kierownika robót w odniesieniu do robót budowlanych obejmujących realizację wentylacji mechanicznej, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej lub klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno-kanalizacyjnej, instalacji gaszenia (tryskaczowa lub zraszaczowa) oraz sieci i przyłączy sanitarnych, co stanowiło wymóg Zamawiającego” - str. 2 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej

W złożonym wraz z ofertą załącznikiem „Kryteria pozacenowe”, przy wskazanej osobie oraz Zadaniu Gdańsk, wykonawca Dekpol złożył jednoznaczną deklarację, iż doświadczenie zawodowe p. Migi obejmuje wszystkie roboty, których Zamawiający oczekiwał w ramach postawionego warunku udziału, tj. wskazanego w rozdziale 7 ust. 1 lit. d) pkt 3 ppkt 3 SWZ - min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Kierownik Robót instalacji i sieci sanitarnych, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w kierowaniu robotami instalacji i sieci sanitarnych, która w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję kierownika robót przy co najmniej 2 budowach lub przebudowach dla obiektów użyteczności publicznej o wartości każdej z robót minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto oraz obejmujących łącznie realizację: wentylacji mechanicznej, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej lub klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno – kanalizacyjnej, instalacji gaszenia (tryskaczowa lub zraszaczowa) oraz sieci i przyłączy sanitarnych.

Jak jednak wprost wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający zweryfikował zakres doświadczenia p. Migi i na podstawie wyjaśnień samego Dekpol potwierdzono, że p. Miga nie posiada doświadczenia określonego warunkiem udziału (a tym samym kryterium oceny ofert).

Pozostaje to zresztą w pełni zbieżne z informacjami, które pozyskał Odwołujący jeszcze

na etapie badania i oceny ofert, a które przekazane zostały Zamawiającemu Pismem z 6 marca. Wówczas Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającego. Odwołujący weryfikując informacje przedstawione przez Dekpol w wykazie Kryterium Cenowe powziął bowiem wiedzę, o tym, iż Zadanie Gdańsk realizowane było przez spółkę TAPI Przedsiębiorstwo Instalacyjne Sp. z o.o. Pan M.M. zatrudniony był w powyższej spółce (szczegóły

w tym zakresie Odwołujący przytoczył w Piśmie z 6 marca) w okresie realizacji Zadania Gdańsk. Zarówno w życiorysu p. Migi brakuje odpowiedniego zakresu prac, którego wymagał warunek udziału (kryterium), tj. wentylacji mechanicznej, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej lub klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno-kanalizacyjnej, instalacji gaszenia (tryskaczowa lub zraszaczowa) oraz sieci i przyłączy sanitarnych, ale również z informacji wynikających wprost ze strony wykonawcy generalnego Zadania Gdańsk wynika, iż nie wszystkie prace wymagane warunkiem udziału (w tym kryterium) zostały wykonane w ramach tej inwestycji -

<https://www.tapi.pl/realizacje/30-budynki-biurowe/91-olivia-star> [dostęp: 08.04.2024] :

Zamawiający zatem słusznie uznał, iż wykonawca Dekpol nie jest uprawniony do tego

by uzyskać dodatkowe punkty w ramach kryterium oceny ofert za doświadczenie zawodowe p. Miga. Zamawiający uchyliła jednak poddania pod ocenę samego zachowania Dekpol polegającego na tym, iż Dekpol przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające

go w błąd (gdyby bowiem, w wyniku informacji od Odwołującego Zamawiający

nie zweryfikował oświadczeń przekazanych przez Dekpol, wówczas Zamawiający przyznałby temu wykonawcy dodatkowe punkty, pozostając w przeświadczeniu o posiadaniu przez

p. Miga odpowiedniego doświadczenia).

Wartym uwagi w kontekście Zadania Gdańsk jest również okres realizacji tego Zadania. Zgodnie z oświadczeniem Dekpol w Kryterium pozacenowym, Zadanie Gdańsk realizowane było w latach 2016-2018. Tymczasem zgodnie z powyżej przedstawioną informacją ze strony generalnego wykonawcy (TAPI Przedsiębiorstwo Instalacyjne Sp. z o.o.) inwestycja

ta zrealizowana została w latach 2011-2012. Powyższa rozbieżność ma o tyle znaczenie

w kontekście oceny doświadczenia p. Miga, albowiem warunek udziału wymagał doświadczenia zdobytego w ostatnich 10 latach. Skoro z informacji ogólnodostępnych

(i to pochodzących wprost od generalnego wykonawcy) wynika, iż Zadanie Gdańsk wykonane (zakończone) zostało w 2012 r., to nie jest możliwe utrzymanie wymogu postawionego przez Zamawiającego polegającego na przedstawieniu doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 10 lat (10-letni okres upłynął w 2022 roku).

Powyżej przywołane, bezsporne okoliczności faktyczne jednoznacznie potwierdzają,

iż Dekpol winny jest wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Wobec powyższego, Zamawiający winien był wykluczyć tego wykonawcę z Postępowania, czemu jednak uchybił.

Doświadczenie p. M.F. nie odpowiada deklaracji Dekpol – Zamawiający zaniechał wykluczyć wykonawcę Dekpol za wprowadzenie w błąd

W kontekście oceny przedstawionego przez Dekpol doświadczenia zawodowego osób skierowanych do realizacji inwestycji, do podobnych wniosków, jak w pkt II.1.1. odwołania, dojść należy w zakresie deklaracji dot. p. M.F.. Dekpol przedstawił p. M.F. na stanowisko Kierownika robót teletechnicznych. Doświadczenie tej osoby oceniane było w ramach kryterium oceny ofert. Zgodnie z kryterium nr 2 pn. „Doświadczenie zespołu kierowników budowy i robót wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia” punkty

za doświadczenie osoby Kierownik Robót teletechnicznych będą przyznawane w następujący sposób:

1/ za udział, w okresie ostatnich 10 lata licząc od dnia upływu składania ofert, za kierowanie robotami, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (rodzaj i wielkość) określonym

w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 ppkt 5 SWZ, powyżej liczby wymaganej jako minimum - wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 ppkt 5 SWZ przyznaje się 1 punkt – maksymalnie 2 punkty.”

Punkty były więc przyznawane za pełnienie funkcji kierownika robót instalacyjnych przy

co najmniej budowach lub przebudowach dla obiektu użyteczności publicznej o wartości każdej z robót minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto oraz obejmujących realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD.

W wykazie Kryterium pozacenowe, Dekpol przedstawił Zadanie Warszawa, a w jego treści złożył oświadczenie, iż p. M.F. posiada doświadczenie zawodowe obejmujące wszystkie wymogi postawione przez Zamawiającego, w tym łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD:

W toku badania i oceny ofert Odwołujący zwrócił się, w trybie dostępu do informacji publicznej, do inwestora Zadania Warszawa, o udzielenie informacji dotyczących

tej inwestycji. W ramach skierowanego zapytania, zadane zostało pytanie odnoszące się

do zakresu inwestycji. Odwołujący wprost zapytał inwestora czy w ramach Zadania Warszawa wykonano systemy: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO CCTV

i KD. Udzielając odpowiedzi na pytanie Odwołującego, inwestor wskazał, iż w ramach zadania nie wykonano DSO:

DSO wymagany był przez Zamawiającego w ramach postawionego warunku udziału

(i co dalej za tym idzie – kryterium), tymczasem inwestor Zadania Warszawa wprost oświadczył, iż ten element nie stanowił części inwestycji. Była to przy tym jedyna inwestycja zaprezentowana przez Dekpol w ramach tego kryterium.

Mając na względzie jednoznaczną deklarację Dekpol w wykazie Kryterium pozacenowe, w którym wskazał że w ramach tego Zadania wykonano wskazany system DSO, co nie znajduje jednak potwierdzenia

w okolicznościach faktycznych, Zamawiający winien był nie tylko odjąć wykonawcy Dekpol punkty za analizowane pozacenowe Kryterium, ale przede wszystkim – wykluczyć Dekpol

za przedstawienie informacji niezgodnych z prawdą i tym samym wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Doświadczenie zawodowe osoby skierowanej na stanowisko Projektanta Architektury (Głównego Projektanta) nie

spełnia wymogów postawionych w dokumentacji zamówienia

W ramach kryterium oceny ofert nr 3 - Doświadczenie zespołu projektantów wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia, możliwe było uzyskanie dodatkowych punktów za – niejako – ponadnormatywne spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający zdecydował się m.in. premiować wykonawców, którzy zobowiązali się zrealizować zamówienie będące przedmiotem Postępowania przy pomocy Głównego Projektanta, który opracował dokumentację projektową, wykraczającą poza tę powołaną na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, dochowując wymagań narzuconych Rozdziałem 7 ust. 1 1 lit. d) pkt 2 ppkt 1 SWZ. Dodatkowe punkty winni otrzymać wykonawcy, którzy wykazali,

że dysponują osobą (Głównym Projektantem), który wykonał więcej niż jeden (1) projekt budowlany i wykonawczy lub projekt budowlano-wykonawczy dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych minimum 30 000 000 PLN netto oraz wyposażonego w salę widowiskową o pojemności min. 300 osób siedzących. Celem uzyskania dodatkowych punktów, Dekpol powołał doświadczenie p. Marcina K., nabyte w toku realizacji Zadania Łódź 1, Zadania Łódź 2 oraz Zadania Płock.

W ramach Zadania Łódź 1, Dekpol powołał dwie (2) prace projektowe (zob. poniżej).

W ramach Zadania Łódź 2, Dekpol powołał jedną pracę projektową (zob. poniżej).

W ramach Zadania Płock, Dekpol powołał jedną pracę projektową (zob. poniżej).

Odwołujący podał, że wykonawcy mieli ograniczoną dowolność przy przedstawieniu rodzaju opracowanej dokumentacji projektowej w ramach kryterium oceny ofert. Byli oni bowiem zobowiązani do takiej selekcji opracowanej dokumentacji przez Głównego Projektanta, która zagwarantowałaby powoływanie tylko i wyłącznie doświadczenia spełniającego wymagania zaprezentowane przez Zamawiającego na gruncie SWZ. Wykonawca Dekpol, wbrew literalnemu brzmieniu SWZ, powołał jednak dokumentację projektową, która nie dotyczyła

w żadnym wypadku obiektów z salą widowiskową o pojemności min. 300 osób siedzących (co stanowi istotę kryterium oceny ofert) – wbrew zawartej w wykazie informacji.

W pierwszej kolejności wskazać należy na Zadanie Łódź 1, w ramach którego powołane zostały przez Dekpol dwie dokumentacje projektowe. Pierwsza z nich dotyczyła hali sportowej. Obiekt ten, to nic innego jak Łódź Sport Arena im. Józefa Żylińskiego. Ww. hala sportowa w żadnym wypadku nie stanowi sali widowiskowej, do której Zamawiający odnosi się w SWZ. Wręcz przeciwnie – jest to obiekt o charakterze stricte sportowym. Wskazując w pierwszej kolejności na wydarzenia sportowe o cyklicznym, stale powtarzającym się charakterze, Odwołujący zauważa, że niniejszy obiekt, nie posiada tzw. boiska treningowego, a jedynie halę główną, na której swoje mecze stale w charakterze gospodarza rozgrywa lokalna drużyna siatkówki kobiet, tj. ŁKS Commercecon Łódź.

W samym jedynie marcu 2024 r. na obiekcie odbyły się takie wydarzenia związane z ww. klubem sportowym jak:

- 1) W dniu 4 marca 2024 r. mecz siatkówki - ŁKS Commercecon Łódź - UNI Opole;
- 2) W dniu 8 marca 2024 r. mecz siatkówki - ŁKS Commercecon Łódź - PGE Rysice Rzeszów;
- 3) W dniu 17 marca mecz siatkówki - ŁKS Commercecon Łódź - BKS Stal Bielsko-Biała
- 4) W 21 marca 2024 r. mecz siatkówki - ŁKS Commercecon Łódź – Budowlani Łódź;
- 5) W dniu 30 marca 2024 r. mecz siatkówki - ŁKS Commercecon Łódź – Budowlani Łódź.

W hali sportowej, którą Dekpol zdaje się postrzegać jako salę widowiskową, w samym tylko kwietniu zaplanowano następujące wydarzenia o charakterze jednostkowym (abstrahując od – co oczywiste – meczów siatkówki klubu żeńskiego z Łodzi):

- 1) W dniu 16 kwietnia 2024 r. mecz siatkówki - Grot Budowlani Łódź - BKS BOSTIK Bielsko-Biała;
- 2) W dniach 20-21 kwietnia 2024 r. – Mistrzostwa Polski w Karate Tradycyjnym;
- 3) W dniu 27 kwietnia 2024 r. – The Harlem Globetrotters – pokazy koszykówki.

Na podstawie stronie internetowej obiektu (zakładka związana z planowanymi/ minionymi wydarzeniami - <https://makis.pl/kalendarz-wydarzen> [dostęp: 8 kwietnia 2024 r.] wprost widać, że powołana przez Dekpol dokumentacja projektowa dotyczyła w istocie obiektu stricte sportowego, na którym odbywają się tylko i wyłącznie (zasadniczo) wydarzenia sportowe. Jest to co najwyżej sala (hala) sportowa, ale w żadnym wypadku nie jest to sala widowiskowa, jak zdaje się utrzymywać Dekpol. Charakter zaprojektowanego obiektu przez p. M.K. oraz jego powszechne zastosowanie wprost dowodzi, że jest to obiekt typowo sportowy (hala, a nie sala), gdyż średnio minimum raz w tygodniu odbywa się tam wydarzenie sportowe wysokiej rangi. Dostosowanie obiektu, którego dokumentację projektową opracował p. M.K. - hali sportowej - głównie celem organizacji wydarzeń sportowych, tj. przygotowanie boisk, wyświetlaczy wyników, szatni dla zawodników czy stoisk gastronomicznych dla kibiców, w połączeniu z systematycznym, faktycznym odbywaniem się tam zawodów sportowych, w ocenie Odwołującego całkowicie przesądza, że obiekt ten nie spełnia jakiegokolwiek z warunków udziału (kryterium) w Postępowaniu,

a p. M.K. w rzeczywistości nie zrealizował projektowania obiektu, obejmującego salę widowiskową na min. 300 miejsc siedzących.

Warunki udziału w Postępowaniu winny chociażby nawiązywać swoim zakresem do przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Wątpliwe bowiem, aby doświadczenie przy projektowaniu de facto typowego obiektu sportowego miało jakiekolwiek przełożenia na realizację unikalnego w skali Europy przedsięwzięcia – Teatru Muzycznego, w przypadku którego istotnym elementem stanowić będzie jakość akustyki w salach koncertowych.

Jak powszechnie bowiem wiadomo, jakość akustyki w dużych halach lub na stadionach, nie stanowi elementu kluczowego w toku realizacji takich obiektów i niemalże zawsze jej jakość jest niezwykle niska. Całkowicie przeciwne wymagania zostały postawione przez Zamawiającego (premiowanie personelu odpowiedzialnego za dźwięk –

np. elektroakustyka). Wątpliwe zatem, żeby doświadczenie przy budowie hali, pełniące

w istotnej części rolę hali stricte sportowej, miało jakiekolwiek przełożenie na realizację inwestycji będącej przedmiotem Postępowania. Mając na uwadze powyższe, nie ulga wątpliwości, że p. M.K. w ramach Zadania Łódź 1 w rzeczywistości nie wziął udziału w projektowaniu obiektu z salą widowiskową o pojemności min. 300 miejsc. Wręcz przeciwnie – p. Kulpa zrealizował halę, która swoją specyfikacją diametralnie różni się od sali będącej przedmiotem Postępowania, na której z uwagi na brak dostosowania akustycznego, nie odbywają się np. koncerty muzyki poważnej. Co więcej, okoliczność, że w ramach Zadania Łódź 1, p. M.K. nie zaprojektował sali widowiskowej, potwierdza drugi zrealizowany przez niego projekt, tj. projekt trzech trybun stadionu z częściami kubaturowymi wraz z częścią biurową. W ocenie Odwołującego o niedopuszczalności powołania

ww. projektu stanowi już okoliczność, że Dekpol powołał dwie prace projektowe, zrealizowane podczas tego samego przedsięwzięcia (umowy). Dokonując lektury dokumentacji Postępowania, Zamawiający nie dopuścił przedmiotowego rozwiązania,

co wydaje się być oczywiste. W sytuacji zawarcia odrębnych umów, zaciągnięcia szeregu zobowiązań względem branżowych instytucji zamawiających, co doprowadzi do powstania całkowicie odrębnych (niepowiązanych) od siebie dokumentacji projektowych, dany projektant w rzeczywistości nabywa doświadczenie nieporównywalnie większe od tego, który w ramach tego samego przedsięwzięcia, zrealizuje kilka projektów. Nawet jednak uznając, że ww. rozwiązanie było dopuszczalne na gruncie niniejszego Postępowania, ponownie Odwołujący pragnie zwrócić uwagę Izby, że wszelkie prace projektowe związane

ze Stadionem Miejskim im. W.K. przy al. Unii Lubelskiej 2 (Zadanie Łódź 1),

nie mogą być skutecznie powoływane w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku hali sportowej, tak sam stadion służy tylko

i wyłącznie wydarzeniom o charakterze sportowym – brak jest w nim jakiejkolwiek sali widowiskowej. Odwołujący zwracał uwagę na cykliczne wydarzenia sportowe, które miały miejsce na obiekcie w samym tylko marcu 2024 r. Jak bowiem powszechnie wiadomo, obiekt ten stanowi miejsce rozgrywania meczów piłki nożnej – w charakterze gospodarza występuje lokalna drużyna – ŁKS Łódź. I w związku z tym, w samym tylko marcu, rozegrano:

- 1) 2 marca 2024 r. – mecz piłki nożnej – ŁKS Łódź – Puszcza Niepołomice;
- 2) 3 marca 2024 r. – mecz piłki nożnej – ŁKS Łódź II – Stomil Olsztyn;
- 3) 17 marca 2024 r. – mecz piłki nożnej – ŁKS Łódź – Raków Częstochowa;
- 4) 18 marca 2024 r. – mecz piłki nożnej - ŁKS Łódź II – Hutnik Kraków;
- 5) 30 marca 2024 r. – mecz piłki nożnej – ŁKS Łódź II – Polonia Bytom.

Jedyne zaplanowane wydarzenia, które odbędą się na ww. obiekcie w 2024 r. to wydarzenia związane z piłką nożną (sportowe). Co więcej – niniejszy obiekt (stadion przy Al. Unii Lubelskiej w Łodzi) nie posiada w ogóle „Sali” jako takiej. Na ww. obiekcie, de facto jakąkolwiek inną powierzchnię niż sportową, stanowią sale konferencyjne, które są w stanie pomieścić do maksymalnie 180 osób - <https://makis.pl/stadion-miejski-al-unii/strefa-biznesowa/sale-konferencyjne> [dostęp: 8 kwietnia 2024 r.] . Nie sposób zatem utrzymywać, że to ten element mógłby zaważyć na prawidłowości dokumentacji opracowanej przez

p. M.K. (zob. poniżej).

Zamawiający w warunku nie wspominał o Sali widowiskowej na 300 miejsc siedzących bez powodu. Oczywiście zdeterminowane jest to przedmiotem zamówienia, w ramach którego powstanie m.in. taka sala. Z pewnością zatem Zamawiającemu chodzi o przygotowanie dokumentacji, która obejmuje taką salę widowiskową (a nie która gdzieś istnieje w ogóle).

Przedmiotowe prace projektowe zostały powołane przez Dekpol w całkowitym oderwaniu

od wymogów Zamawiającego – wobec czego nie sposób uznać, że doświadczenie p. Marcina K. może być w jakikolwiek sposób premiowanie (na korzyść Dekpol). Jak już bowiem podniesiono wyżej, prace projektowe winny dotyczyć budowy/przebudowy obiektu wyposażonego w salę widowiskową. Zarówno projektowanie elementu stadionu piłkarski czy hali sportowa nie czyni zadość wymaganiom Zamawiającego, także jeśli chodzi o liczbę miejsc siedzących. W toku całego Zadania Łódź 1 nie doszło do wytworzenia projektu budowlanego dla budowy/przebudowy obiektu użyteczności

publicznej, który byłby wyposażony w salę widowiskową o pojemności 300 osób siedzących. Tym samym Zamawiający przyznał 2 punkty Dekpol za doświadczenie p. Marcina K. w sposób całkowicie niezasadny (na podstawie błędnych informacji przekazanych przez Dekpol). Podobnie Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony przyznał punkt Dekpol w ramach doświadczenia p. Marcina K. za prace projektowe zrealizowane w toku Zadania Łódź 2.

Argumentacja dotyczące czynności Zamawiającego, związana z Zadaniem Łódź 1, znajdzie w całości stosowne zastosowanie także do Zadania Łódź 2. Projekt zadaszonego stadionu piłkarskiego (Stadion Miejski im. W.K.) w żadnym wypadku nie może być bowiem traktowany jako prace projektowe wykonane w związku z budową/przebudową obiektu wyposażonego w salę widowiskową.

Bardzo podobnie, dokonując analizy przedmiotowej obiektu zrealizowanego w ramach Zadania Płock, w ramach którego doszło do budowy stadionu miejskiego im K.G. w Płocku przy ul. Łukasiewicza 34. Pan Marcin Kulpa w rzeczywistości brał udział w opracowaniu dokumentacji projektowej stadionu (znowu – obiektu sportowego), na którym w żadnym wypadku nie znajduje się sala widowiskowa o pojemności min. 300 osób siedzących. Jest to tylko i wyłącznie obiekt pełniący funkcje sportowe i jako taki stanowi stadion piłkarski (w charakterze gospodarza, swoje mecze na obiekcie rozgrywa Wisła Płock) – nie zawiera żadnej sali, która mogłaby być rozpatrywana w kategorii sali widowiskowej, w tym na tyle miejsc siedzących. Powyższe potwierdza sam Inwestor – Urząd Miasta w Płocku, który w odpowiedzi na wniosek o informacji publicznej, kategorycznie zaprzeczył, jakby na obiekcie znajdowała się jakiegokolwiek sala widowiskowa (zob. poniżej).

W niniejszym obiekcie – co prawda – jest sala konferencyjna. Nie może jednak umykać uwadze, że jest ona przeznaczona stricte do prowadzenia szkoleń, czy wystąpień prelegentów. Jej kształt, wielkość oraz ułożenie potwierdza, że nie powinna być rozpatrywana w charakterze widowiskowej – gdyż żadne „widowiska” się tam przy tym zasadniczo nie odbywają. Uwzględniając powyższe, Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony przyznał Dekpol punkty 4 punkty w ramach kryterium oceny ofert 3

za doświadczenie zaprezentowane Głównego Architekta. Pan M.K. w rzeczywistości nie dysponuje doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego (wymagania Zamawiającego, a doświadczenie p. K. całkowicie się „rozjeżdżają” – w tym mając na uwadze przede wszystkim przedmiot Postępowania). Wobec czego - oferta Dekpol nie zasługiwała na przyznanie w tym zakresie jakichkolwiek punktów.

Doświadczenie zawodowe osoby skierowanej na stanowisko Managera BIM lub Koordynatora BIM nie spełnia wymogów postawionych w dokumentacji zamówienia

Zgodnie z rozdziałem 7 ust. 1 lit. d pkt 2 ppkt 11 SWZ Zamawiający wymagał od wykonawcy „dysponowania min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Manager BIM lub Koordynator BIM, posiadająca wykształcenie wyższe oraz doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji managera lub koordynatora BIM, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert brała udział przy wykonaniu co najmniej

1 wielobranżowego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego lub wykonawczego zrealizowanego z wykorzystaniem modelu BIM

dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych), a ponadto inwestycja której dotyczył

w/w projekt została zakończona pozwoleniem na użytkowanie (w formie wykonalnej decyzji lub skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót budowlanych)”.

Doświadczenie tej osoby było również oceniane w ramach kryterium oceny ofert. Zgodnie

z kryterium nr 3 pn.: „Doświadczenie zespołu projektantów wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia”, punkty za doświadczenie osoby Manager BIM lub Koordynator BIM będą przyznawane w następujący sposób:

„1/ za każdą Dokumentację projektową, wykonaną w okresie ostatnich 10 lat licząc od dnia upływu składania ofert, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (rodzaj i wielkość) określonym w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 11 SWZ, powyżej liczby wymaganej jako minimum - wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 11 SWZ przyznaje się 1 punkt – maksymalnie 3 punktów.”

Wykonawca Dekpol w wykazie ocenianym w ramach kryterium oceny ofert wskazał,

że osobą dedykowaną na stanowisko Manager BIM lub Koordynator BIM jest Pan M.D.. Jako doświadczenie tej osoby wskazano następujące zadanie:

„Budowa budynku dydaktyczno-naukowo-badawczego z uzupełniającą funkcją administracyjno-usługową Wydziału Farmaceutycznego Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu”

W toku badania i oceny ofert Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o dostęp do informacji publicznego do inwestora powyższego Zadania Poznań, dopytując o zakres zrealizowanego zadania oraz udziału w nim p. M.D.. Odpowiadając na zadane przez Odwołującego pytania, inwestor Zadania Poznań, wprost wskazał, iż Zadanie nie było realizowane z

wykorzystaniem modelu BIM:

Powyższa informacja została przekazana Zamawiającemu Pismem z dnia 6 marca. Jak wynika jednak z ostatecznej decyzji Zamawiającego w zakresie przyznanych wykonawcy Dekpol punktów, Zamawiający nie uwzględnił okoliczności przedstawienia przez Dekpol informacji nieodpowiadającym prawdzie i nie tylko w sposób nieuprawniony utrzymał ofertę Dekpol jako ofertę wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, ale dodatkowo przyznał temu wykonawcy dodatkowe punkty w ramach analizowanego kryterium.

W świetle powyższego, uznać należy, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania i oceny dokumentu Kryterium pozacenowe i w sposób nieuprawniony utrzymał ofertę wykonawcy jako ważną (pod względem niewykluczenia Dekpol).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

W odniesieniu do obu spraw odwoławczych:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 kwietnia 2024 roku, od czynności Zamawiającego z dnia 29 marca 2024 roku. Kopie zostały przekazane co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie *postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

II.

Sygn. akt KIO 1211/24

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 25 kwietnia 2024 roku do sprawy sygn. akt KIO 1211/24 „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego – Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie wyrażone w piśmie z dnia 26 kwietnia 2024 roku do sprawy sygn. akt KIO 1211/24 „Pismo procesowe przystępującego”, w którym wniósł o oddalenie odwołania z powodu bezzasadności.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody zawnioskowane i wymienione ww. piśmie na wskazane w piśmie okoliczności i załączone do ww. pisma.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody zawnioskowane i złożone do akt sprawy w trakcie rozprawy (dowód 1 i dowód 2) przez uczestnika postępowania odwoławczego – Dekpol Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody zawnioskowane i złożone do akt sprawy przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód 1 – stanowisko Odwołującego do Opinii zleconej przez J. Statucką Saund&Space sp. z o.o. sporządzonej przez V PUNKT Pracownia Projektowa A.K.,
- dowód 2 – Opinia nr ZR 282 Zespołu Rzeczoznawców przy Radzie Małopolskiej Okręgowej Izby Architektów RP.

III.

Sygn. akt KIO 1205/24

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 25 kwietnia 2024 roku do sprawy sygn. akt KIO 1211/24 „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody zawnioskowane i wymienione ww. piśmie na wskazane w piśmie okoliczności i załączone do ww. pisma.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wyrażone w piśmie z dnia 26 kwietnia 2024 roku, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody zawnioskowane i wymienione ww. piśmie na wskazane w piśmie okoliczności i załączone do ww. pisma.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego wyrażone **w piśmie z dnia 30 kwietnia 2024 roku**, w tym oświadczenie:

- 1) o cofnięciu zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP (zarzut nr I) **wyłącznie w zakresie** związanym z kwalifikacją Inwestycji Selvita oraz budynku przy ul. Aleje Jerozolimskie (Equinix) jako budynku użyteczności publicznej, tj. Informacji związanych z doświadczeniem p. M. P., T. Rozpędka oraz T. S.,
- 2) o cofnięciu zarzut art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. B w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP (zarzut nr IV), **ale wyłącznie w zakresie** dotyczącym spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 7 SWZ (kierownik robót oświetlenia scenicznego – p. D. J.), a w konsekwencji zarzut podania nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia tej osoby.

Uszczegółowiono w trakcie rozprawy w dniu 9 maja 2024 roku zakres wycofania zarzutów odwołania przez wskazanie, że Odwołujący cofa zarzuty odwołania w następujący sposób, tj. co do:

1. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 1 pkt 4, tj. zarzut nr I w zakresie, w jakim wprowadzono zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących doświadczenia pana P., Rozpędka, S. w zakresie informacji związanych z kwalifikacją inwestycji Selvita oraz Equinix
2. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4, spełnieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kierownika robót oświetlenia scenicznego pana J. i w konsekwencji zarzut podania nieprawdziwych informacji

(W zakresie pana J. zarzuty są cofnięte w całości.)

3. zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w odniesieniu do pana R..

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody zawnioskowane i wymienione ww. piśmie na wskazane w piśmie okoliczności i załączone do ww. pisma.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone **w piśmie z dnia 6 maja 2024 roku** do sprawy sygn. akt KIO 1205/24 „Pismo Zamawiającego”.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka*

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wyrażone **w piśmie z dnia 6 maja 2024 roku**.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody zawnioskowane i wymienione ww. piśmie na wskazane w piśmie okoliczności i załączone do ww. pisma.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego wyrażone **w piśmie z dnia 20 maja 2024 roku** „Pismo procesowe Odwołującego - stanowisko uzupełniające do dotychczas wyrażonego stanowiska”.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody zawnioskowane i wymienione ww. piśmie na wskazane w piśmie okoliczności i załączone do ww. pisma.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego wyrażone w piśmie z dnia 9 czerwca 2024 roku „Pismo procesowe Odwołującego - stanowisko uzupełniające do dotychczas wyrażonego stanowiska”.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowód zawnioskowany i wymieniony ww. piśmie na wskazane w piśmie okoliczności, załączony do ww. pisma.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie **dopuszcza dowody zawnioskowane i złożone do akt sprawy sygn. akt KIO 1205/24 przez Odwołującego:**

- dowód nr 1 – wydruk nazw plików odnoszących się do projektu „Ustka” (6 kart),
- dowód nr 2 – pismo od Elektromontaż Poznań spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu z dnia 7 maja 2024 roku wraz z wnioskiem z dnia 30 kwietnia 2024 roku (2 karty),
- dowód nr 3 – Opinia dotycząca kubatury budynku Młyna Górnego w Grudziądzu

- z dnia 8 maja 2024 roku, Autor dr inż. Arch. W.S. (20 kart),
- dowód nr 4 – Decyzja z dnia 7 czerwca 2023 roku Dyrektora Zarządu Zlewni w Tczewie Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie (2 karty),
 - dowód nr 5 – zdjęcie – Młyn Górny w Grudziądzu, Elewacja południowo – zachodzenia (1 karta),
 - dowód nr 6 – korespondencja z Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, wraz z wnioskiem (8 kart),
 - dowód nr 7 – wyciąg z Dziennika Budowy (wyciąg) inwestycji Park wodny „Fabryka wody – Nowa Gontynka” (3 karty), oświadczenie pana D.S. z dnia 7 maja 2024 roku (1 karta),
 - dowód nr 8 – wydruk ze strony internetowej Budimex, Biuro prasowe (1 karta),
 - dowód nr 9 – pismo z dnia 6 maja 2024 roku od Mikor Inżynieria spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jankach (1 karta), List referencyjny z dnia 10 stycznia 2024 roku (1 karta), zdjęcie potwierdzenia nadania pisma (1 karta),
 - dowód nr 10 – Oświadczenie Mikor Inżynieria spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jankach z dnia 8 maja 2024 roku (1 karta),
 - dowód nr 11 – pismo z Teatru im. W.S. w Rzeszowie z dnia 8 maja 2024 roku wraz z wnioskiem (2 karty),
 - dowód nr 12 – korespondencja z Akademia Muzyczną w Bydgoszczy (8 kart),
 - dowód nr 23 – pismo z dnia 27 maja 2024 roku od Prokuratury Krajowej, wniosek do Prokuratury Krajowej z dnia 13 maja 2024 roku, pismo PGSW Polska Grupa SW z dnia 11 kwietnia 2024 roku (3 karty).

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie **dopuszcza dowody zawniioskowane i złożone do akt sprawy sygn. akt KIO 1205/24 przez Zamawiającego:**

- dowód nr 13 – schemat, piramida przyrostu szczegółowości modelu BIM (2 karty),
- dowód nr 14 – Oświadczenie z dnia 6 czerwca 2024 roku Hochtief Polska spółka akcyjna – dotyczy Pana K.R. (2 karty),
- dowód nr 15 – Opinia z dnia 5 czerwca 2024 roku dotycząca weryfikacji treści stanowiska Odwołującego podpisanego przez Panią S.F. oraz treści dwóch Opinii W.S. z dnia 8 maja oraz 17 maja 2024 roku; wydruk z wyszukiwarka publiczna RWDZ; rysunki techniczne, Zaświadczenie wpis na listę architektów mg inż. K.F.; Decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego; Zaświadczenie J.M.; Decyzja z dnia 20 grudnia 2011 roku – uprawnienia budowlane do projektowania i do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej – dotyczy Pana R.L. (29 kart),
- dowód nr 16 – Oświadczenie z dnia 29 maja 2024 roku Pana G.S., dotyczy Pana W.G. (2 karty),
- dowód nr 17 – Pismo z Teatru im. W.S. w Rzeszowie z dnia 7 czerwca 2024 roku (2 karty),
- dowód nr 18 – korespondencja z Akademia Muzyczną z dnia 6 maja 2024 roku, umowa o wykonanie prac projektowych, protokół odbioru częściowego z dnia 18 grudnia 2017 roku wraz z załącznikami, protokół odbioru końcowego z dnia 6 września 2018 roku wraz z załącznikami, faktura czesniowa z załącznikami, faktura końcowa z załącznikami, Oświadczenie Kanclerza Akademii Muzycznej w Bydgoszczy z dnia 21 maja 2024 roku, protokół przekazania dokumentacji Teatrowi Muzycznemu w Poznaniu z dnia 21 maja 2024 roku, pierwsze strony tytułowe ostatecznej wersji dokumentacji projektowej dotyczącej elektroakustyki, Opinia porównawcza z dnia 6 czerwca 2024 roku dotycząca dokumentacji z 2018 roku oraz rewizji z 2021 roku – dotyczy Pani M.S. (47 kart),
- dowód nr 19 – korespondencja z PGSW z dnia 6 maja 2024 roku, załączniki do protokołu odbioru prac z dnia 29 czerwca 2018 roku (przegląd techniczny DSO), rozliczenie końcowe umowy z dnia 31 stycznia 2020 roku z kosztorysem powykonawczym, protokół robót budowlanych zamiennych z dnia 26 listopada 2019 roku – dotyczy Pana M. Florek (16 kart).

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie **dopuszcza dowody zawnioskowane i złożone do akt sprawy sygn. akt KIO 1205/24 przez uczestnika postępowania odwoławczego**(wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie*):

- dowód nr 20 – Plan postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na rok 2023 Teatr im. W.S. w Rzeszowie, zamieszczony w BZP w dniu 20 marca 2023 roku (3 karty),
- dowód nr 21 - Plan postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na rok 2022 Teatr im. W.S. w Rzeszowie, zamieszczony w BZP w dniu 11 lutego 2022 roku (2 karty),
- dowód nr 22 – Oświadczenie Pana A.G. z dnia 9 maja 2024 roku (1 karta),

- dowód nr 24 – Pismo z dnia 8 maja 2024 roku Hochtief Polska spółka akcyjna – dotyczy Pana K.R. (1 karta).

IV.

W zakresie rozpoznania odwołania pod sygn. akt KIO 1211/24

Izba ustaliła:

W piśmie z dnia 29 marca 2024 roku *Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej* Zamawiający wskazał:

Zamawiający — Teatr Muzyczny w Poznaniu - działając na podstawie art. 253 ustawy Prawo zamówień publicznych, niniejszym informuje wszystkich Wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu:

Oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

A. Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich oraz A. Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Konsorcjum A.”)

Zamawiający informuje, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum A. otrzymało najwyższy wynik punktowy w ramach kryteriów oceny ofert wynoszący 93,88 punktów.

Druga ze złożonych ofert - oferta Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie otrzymała wynik punktowy w ramach kryteriów oceny ofert wynoszący 86,99 punktów.

Izba zważyła w zakresie rozpoznania odwołania sygn. akt KIO 1211/24:

Izba stwierdziła, że **Odwołujący nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes**

w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu

w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W ocenie Izby Odwołujący niewykazał materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Podkreślenia wymaga, że oferta Odwołującego została wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Izba mając na uwadze całość okoliczności w przedmiotowej sprawie objętych tym odwołaniem stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał legitymacji do wniesienia odwołania.

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu.

Izba podkreśla, że pierwszą z materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania jest wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia i choć ustawa nie wprowadza definicji tego pojęcia, to w oparciu o stanowiska doktryny oraz ugruntowane w orzecznictwie Izby stanowiska należy wskazać, że wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie. Niezbędnym

do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia, a interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Interes w orzecznictwie definiuje się jako obiektywną, a więc wynikającą

z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. W przypadku tego odwołania Odwołujący zgodnie z czynnością Zamawiającego z dnia 29 marca 2024 roku został wybrany, jego oferta została uznana za najkorzystniejszą i temu wykonawcy Zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz

z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Na kanwie zamówień publicznych, postępowania odwoławczego, szkoda co do zasady będzie rozumiana jako szkoda majątkowa z tego względu, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma charakter ekonomiczny. Szkoda jakiej poniesienie lub możliwość poniesienia musi wykazać Odwołujący musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym

z naruszeniem podnoszonych przez Odwołującego w zarzutach przepisów ustawy.

Przesłankę szkody bada się na dzień wnoszenia odwołania w odniesieniu

do czynności Zamawiającego jakie zostały upublicznione, przy czym wykonawca w złożonym odwołaniu musi tę przesłankę wykazać (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

25 lutego 2021 roku sygn. akt KIO 373/21; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

29 marca 2023 roku sygn. akt KIO 752/23; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

12 września 2023 roku sygn. akt KIO 2537/23).

Izba podkreśla, że wymaganie w zakresie interesu oraz obowiązek wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy został wprowadzony do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych wraz z jedną z kolejnych nowelizacji tejże ustawy dokonaną dnia 2 grudnia 2009 roku, na mocy ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. nr 223 poz. 1778) która weszła w życie w dniu

29 stycznia 2010 roku. Na mocy tej nowelizacji ustawodawca przyznał prawo

do skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej określonych w dziale VI ustawy wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes

w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tak znowelizowany przepis utrzymywał się aż do uchylenia ww. ustawy, ale znajduje swoje odzwierciedlenie w obecnym brzmieniu art. 505 ust. 1 ustawy, co pozwala na odnoszenie się do literatury oraz orzecznictwa z tego okresu. Zmiana jakie dokonano wyżej wymienioną nowelizacją przepisów usunęła przepis

w brzmieniu: Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny

w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Dokonana zmiana przepisu nie miała znaczenia jedynie kosmetycznego, a po nowelizacji z 2009 roku „brak wskazania, że chodzi o interes prawny, pozwala na sformułowanie tezy, że do wniesienia odwołania wystarczające jest posiadanie interesu faktycznego, jednakże szeroko rozumiany interes nie jest wystarczającą przesłanką legitymacji czynnej, ponieważ w koniunkcji z interesem wykonawca musi wykazać,

że poniósł lub może ponieść szkodę (...) w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. – tak K. Prowadzisz, P. Trojan „*Interes prawny a interes w uzyskaniu zamówienia*”(w) M. Stręciwilk, M. Rakowska, *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*”.

Zmiany jakie zostały wprowadzone, ww. nowelizacją, miały na celu w zakresie środków ochrony prawnej, między innymi, implementację do prawa krajowego postanowień dyrektywy 200/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/WEG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (DzUrz UE L 335 z 20 grudnia 2007 roku). W wyniku tej zmiany wykonawca składając odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej winien był wykazać kumulatywnie, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również przepisy znowelizowanej ustawy wprowadziły konieczność wykazania przez wykonawcę, że poniósł lub może podnieść szkodę w wyniku naruszeń przepisów ustawy. Powyższe regulacje prawne znajdują swoją szeroką wykładnię

w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz są niezmiennie od 2010 roku, gdy zaczęły obowiązywać w porządku prawnym zamówień publicznych.

W sposób jednoznaczny odnosi się do tego doktryna, gdzie w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku Urzędu Zamówień Publicznych (red. H. Nowak i M. Winiarz) podano, że „dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające, aby wniósł je podmiot zaliczany do kategorii wskazanej w art. 505 ust. 1 Pzp. Podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej – oprócz tego, że musi zaliczać się

do tej kategorii – musi także wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek

do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. wykazać, że: 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, 2) poniósł lub może ponieść szkodę, 3) poniesiona

lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.”

Obligatoryjny charakter przesłanek i konieczność ich wykazania w postępowaniu przez składającego odwołanie wykonawcę potwierdza również art. 505 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym uprawnionymi do wniesienia odwołania wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia są organizacje wpisane na listę (art. 469 pkt 15 ustawy) oraz Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców, które to podmioty z natury rzeczy nie wykazują przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy.

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu. Przesłanki te zatem badane są na moment wniesienia odwołania. Podkreślenia wymaga również to, że przesłanki badane są w ramach danego prowadzonego postępowania

i nie odnoszą się do innych, niezwiązanych z tym postępowaniem, okoliczności.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej wykonawca Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek skutecznego wniesienia odwołania – należy stwierdzić, że w ogóle nie wykazał spełnienia którejkolwiek z przesłanek, bowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wymaga podkreślenia, że celem wnoszenia środków ochrony prawnej jest uzyskanie przez wykonawcę zamówienia, w rozpoznawanym przypadku, wykonawca został wybrany w postępowaniu. Brak wykazania choćby jednej z nich powoduje nieskuteczność złożonego dowołania. Wymaga odnotowania, że odniesienie do posiadania statusu wykonawcy – podmiotu który złożył ofertę w postępowaniu – nie jest wystraszające

do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków procesowych. Wymaga podkreślenia, że nie w każdym przypadku wykonawca będzie miał możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, bowiem ustawodawca w sposób jednoznaczny przewidział okoliczności w jakich to uprawnienie

po stronie wykonawcy się materializuje.

W ocenie Izby podnieść należy również, że sytuacja procesowa wykonawcy nie może być uzależniana od okoliczności ewentualnego wniesienia odwołania przez innego wykonawcę

w postępowaniu, co jest okolicznością zupełnie niezależną od wykonawcy, którego oferta została wybrana. W przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej, do czasu wzruszenia tego wyboru, wykonawca którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą nie ma legitymacji do wnoszenia środka ochrony prawnej i nie zmienia tego fakt wniesienia odwołania przez innego wykonawcę. Przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy nie mogą być również interpretowane w zależności od działań innych podmiotów. Przyjęcie takiej koncepcji, którą w ocenie Izby należy odrzucić, prowadziłoby do tego, że w zależności od tego czy inny podmiot (wykonawca) złoży swoje odwołanie, taki byłby los odwołania wykonawcy, którego oferta została wybrana w postępowaniu – tym samym: gdy żaden inny podmiot nie złoży odwołania

to stwierdzane byłoby, że odwołujący nie spełnia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy,

a odwołanie nie jest rozpatrywane merytorycznie (i ponosi koszty odwołania), a w przypadku gdy również inny podmiot złożył odwołanie to odwołanie wykonawcy, którego oferta została wybrana w postępowaniu, uznane zostałoby jako spełniające przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy oraz podlegałoby rozpoznaniu merytorycznemu (i w konsekwencji rozliczeniu kosztów zgodnie z wynikiem rozpoznania merytorycznego). Taka koncepcję należy odrzucić prze jednoczesnym wskazaniu, że dopiero wzruszenie skutecznego wyboru oferty najkorzystniejszej otwiera temu wykonawcy, który tą ofertę złożył drogę do skutecznego złożenia środka ochrony prawnej.

W okolicznościach tej sprawy Izba powołując wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 roku sygn. akt IX Ga 44/08, który mimo wydania w obowiązującym wtedy stanie prawnym pozostaje aktualny również obecnie – co potwierdzają odwołania do tego orzeczenia – a który w sposób jednoznaczny potwierdza, że przesłanki materialnoprawne dopuszczenia odwołania muszą być wykazane w odwołaniu. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych uzasadnia oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania – w tym przypadku w ogóle brak podania jakiegokolwiek uzasadnienia – przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania uzasadnia niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego odwołania. Potwierdza to również wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 października 2008 roku sygn. akt XII Ga 308/08 wskazujący na konieczność w pierwszej kolejności oceny przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności wniesienia odwołania (skargi) aby uznać, że w konkretnej sprawie określonego podmiotowi wnoszącemu środek ochrony prawnej w ogóle przysługuje (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2020 roku sygn. akt KIO 2193/20, KIO

2196/20, KIO 2198/20; Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2021 roku sygn. akt 2565/21; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2022 roku sygn. akt 373/22; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2023 roku sygn. akt KIO 752/23; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2023 roku sygn. akt KIO 2537/23).

W związku z powyższym bezprzedmiotowymi są wszystkie dowody złożone w ramach prowadzonego postępowania w tej sprawie odwoławczej.

V.

W zakresie rozpoznania odwołania pod sygn. akt KIO 1205/24

Izba przed przystąpieniem do rozpoznania przedmiotowego odwołania o sygn. akt KIO 1205/24 wskazuje co następuje:

Po pierwsze, Izba zwraca uwagę na treść art. 516 ust. 1 ustawy zgodnie z którym odwołanie zawiera: (7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; (8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; (9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; (10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

W szczególności Izba wskazuje na obowiązek zwięzłego przedstawienia zarzutów odwołania. Wymaga podkreślenia, że przedstawienie zwięzłego zarzutu odwołania

nie oznacza przedstawienia zarzutu odwołania blankietowego, ogólnego i w zasadzie stanowiącego cytowanie treści przepisu ustawy powołanego w tym zarzucie. Ogólnikowość

i powierzchowność zarzutów przedstawionych przez Odwołującego (w punktach I – VIII petitum odwołania – co wskazał jako zarzuty odwołania w trakcie rozprawy) wynika również z przedstawionego w części uzasadnienia odwołania stanowiska pisemnego, które jest niezmiernie szerokie i wielowątkowe. Izba podkreśla, że w doktrynie przedmiotu jednoznacznie wskazuje się, że *„zarzuty powinny być precyzyjnie uzasadnione, tak aby nie było wątpliwości co do ich treści. Nieprecyzyjne, ogólne wskazanie przepisu lub okoliczności nie tworzy prawidłowego zarzutu. W ramach zarzutu mieszczą się zarówno okoliczności prawne, jak i okoliczności faktyczne, które wskazują na nieprawidłowość kwestionowanego działania lub zaniechania zamawiającego, które stanowią podstawę zgłaszanego*

w odwołaniu żądania” (tak w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku Urzędu Zamówień Publicznych red. H. Nowak i M. Winiarz, str. 1322). *Równie istotne jest przedstawienie zarzutów. Zgodnie z PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dlatego też konieczne jest jasne i precyzyjne, a przy tym zwięzłe postawienie zarzutów. O prawidłowym postawieniu zarzutu w odwołaniu stanowi nie tyle wskazanie podstawy prawnej odwołania (wymienienie naruszonych przepisów PZP), lecz wyczerpujące powołanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów PZP.* (tak w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak 2023 rok, wydanie 5, Legalis art. 516).

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdza, że w związku z blankietowym i ogólnym wskazaniem zarzutów podanych w petitum odwołania (w zasadzie odpowiadającym wielości naruszeń oraz dającym przypisać się do wielu stanów faktycznych i wielu odwołań) Izba przy rozpoznaniu odwołania odnosić się będzie do stanowiska wyrażonego w zakresie uzasadnienia odwołania, gdzie Odwołujący faktycznie odnosi się do konkretnych okoliczności faktycznych z odwołaniem do konkretnych podstaw prawnych.

Po drugie, Izba zwraca uwagę na obszerność odwołania jakie zostało złożone przez Odwołującego, a co wynika między innymi z odwoływania się do złożonego wcześniej,

w styczniu, odwołania wykonawcy oraz cytowania dużej ilości orzeczeń i innych dokumentów.

Izba zwraca uwagę, że każde postępowanie odwoławcze jest odrębnym postępowaniem

i nie ma między postępowaniami odwoławczymi żadnego powiązania. Każde postępowanie odwoławcze jest od siebie odrębne niezależnie od tego, że wnosi odwołanie ten sam wykonawca. Sprawa odwoławcza o sygn. akt KIO 323/24 została zakończona wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego z uwagi unieważnienie przez Zamawiającego czynności oceny ofert, do czego Zamawiający był uprawniony. Ww. postępowanie odwoławcze zostało zakończone i nie ma podstawy do jakiegokolwiek oceny merytorycznej podnoszonych w zakresie tamtego odwołania zarzutów. W ramach obecnie prowadzonego postępowania odwoławczego oceniana jest czynność Zamawiającego z dnia 29 marca 2024 roku, która to czynność jest czynnością inną od tej jaka stanowiła podstawę wniesienia wcześniejszego odwołania, a która skutecznie została unieważniona przez Zamawiającego.

Izba pominęła wniosek Odwołującego zawarty w treści odwołania (str. 4) o dołączenie akt sprawy sygn. akt KIO 323/24 i przeprowadzenie dowodu z akt zgromadzonych w tej sprawie, w szczególności z odwołania złożonego w dniu 29 stycznia 2024 roku na okoliczność treści odwołania i załączonych do niego dowód właśnie z powodu tego, że postępowanie o sygn. akt KIO 323/24 zostało zakończone wydaniem postanowienia w dniu 12 lutego 2024 roku,

a wniosek Odwołującego oraz okoliczności na jakie został powołany dowód nie odnoszą się do prowadzonego obecnie postępowania odwoławczego. Izba jest uprawniona do dokonywania oceny merytorycznej odwołania i dowodów do niego załączonych, gdy postępowanie odwoławcze zostało zakończone wydaniem postanowienia o umorzeniu. Jednocześnie Izba zaznacza, że w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Odwołujący sam podał (str. 6 odwołania), że do odwołania załączył dowody istotne w ramach rozpoznania przedmiotowej sprawy odwoławczej tożsame z tymi załączonymi do wcześniejszej sprawy odwoławczej. Tym samym w ocenie Izby sam Odwołujący stwierdził, że pozostałe dowody załączone do sprawy sygn. akt KIO 323/24 nie są niezbędne dla rozpoznania przedmiotowego odwołania w obecnie prowadzonej sprawie odwoławczej.

Izba podkreśla również, że postępowanie odwoławcze nie jest częścią postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, tylko jest postępowaniem prowadzonym obok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest utrwalonym stanowiskiem zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie. Tym samym materiał dowodowy złożony przy odwołaniu, jak również w czasie postępowania odwoławczego nie staje się automatycznie częścią dokumentacji o zamówienie publiczne, lecz stanowi akta postępowania odwoławczego o czym w sposób jednoznaczny przesądza rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453).

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje za postanowieniem z dnia 1 lipca 2021r., sygn. akt II OSK 2184/20, w którym NSA stwierdziła, iż „za Sądem Najwyższym wskazać zatem trzeba, że konstrukcja bardzo obszernej skargi kasacyjnej, cechująca się powielaniem

w istocie tych samych zarzutów i tych samych przepisów w kolejnych punktach skargi kasacyjnej, powoduje, że skarga jest mało czytelna i utrudnia sądowi zbadanie zasadności postawionych zarzutów. Sformułowanie podstaw kasacyjnych i ich uzasadnienie powinno być zwięzłe, rzeczowe, jasne i emocjonalnie neutralne. Liczne, podnoszone ponad potrzebę zarzuty oraz rozwlekłe rozważania i argumenty, zajmujące wiele stron (w niniejszej sprawie 38), powtarzane i akcentowane w różnych miejscach uzasadnienia, z reguły odbierają skardze kasacyjnej siłę przekonywania i osłabiają jej procesową skuteczność (por. postanowienie SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CSK 311/13, publ. OSNC 2014, nr 7-8, poz. 83)”. Podobnie NSA w postanowieniu z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt I FSK 1012/19.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania usystematyzowanych i argumentowanych w treści uzasadnienia odwołania Izba stwierdza co następuje:

(1)w zakresie - nieprawidłowej oceny spełniania przez A. warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczących doświadczenia wymaganego od wykonawcy, zaniechanie wykluczenia A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a - lub ewentualnie - lit. b ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk

Izba ustaliła, że w SWZ:

7. INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

1. O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

(...)

d. zdolności technicznej lub zawodowej:

(...)

5) min. 1 usługę polegającą na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) z wykorzystaniem technologii BIM, dotyczącą budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości całości roboty budowlanej będącej przedmiotem dokumentacji co najmniej 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych).

Izba ustaliła, że w rozdziale 6 pkt 2 SWZ – Podstawy wykluczenia, Zamawiający przewidział:

2. Zamawiający przewiduje ponadto wykluczenie z udziału w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy:

- a. który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, chyba że Wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp),
- b. w stosunku, do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp),
- c. który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp),
- d. który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp),
- e. 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 (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Uczestnik postępowania odwoławczego w załączniku nr 7 do SWZ – Wykaz usług podał:

1. Nazwa Zamówienia: Nadbudowa i przebudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr – Utworzenie „Dużej Sceny” Kujawsko Pomorskiego Impresaryjnego Teatru Muzycznego w Toruniu. / Doświadczenie podmiotu trzeciego, firmy Sound & Space sp. z o.o. – na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji swoich zasobów w niniejszym postępowaniu
2. Nazwa Zamówienia: opracowanie dokumentacji inwestycji pn.: Budowa budynku usługowego Centrum Kultury przy Placu Wolności w Ustce wraz ze zmianą zagospodarowania terenu. / Doświadczenie podmiotu trzeciego, firmy Sound & Space sp. z o.o. – na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji swoich zasobów w niniejszym postępowaniu.

Złożone zostały również dokumenty potwierdzające należyte wykonanie powyższych zamówień.

W załączniku nr 5 do SWZ złożonym wraz z ofertą uczestnika postępowania odwołanego (wykonawcy wspólnie ubiegając się o zamówienie A. spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – dalej: „**uczestnik postępowania odwoławczego**” / „**A**”):

Podmiot udostępniający:

SOUND & SPACE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ

(...) **ZOBOWIĄZANIE PODMIOTU DO UDOSTĘPNIENIA WYKONAWCY ZASOBÓW NIEZBĘDNYCH**

WYKONANIA ZAMÓWIENIA

Stosownie do treści art. 118 Pzp oświadczam, że zobowiązuje się udostępnić swoje zasoby Wykonawcy:

Konsorcjum firm w składzie:

A. Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum)

ul. Braci Prankel 1

47-100 Strzelce Opolskie

Numer KRS: 0000100273

NIP: 7561836633

A. Warszawa Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum)

ul. Pryzmaty 4 A

02-226 Warszawa

Numer KRS: 0001000151

NIP: 5223240063

(pełna nazwa/firma, adres, w zależności od podmiotu: NIP/PESEL, KRS)

W celu oceny, czy ww. wykonawca będzie dysponował moimi zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, czy stosunek nas łączący gwarantuje rzeczywisty dostęp do moich zasobów oświadczam co następuje:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:

2)

Soud & Space Sp. z o.o. udostępnia swoje zasoby w zakresie zdolności technicznych

i zawodowych:

1. Zgodnie z warunkiem wskazanym w SWZ Rozdział 7 ust 1. Pkt d. 1) ppkt 5) w brzmieniu, min. 1 usługę polegającą na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) z wykorzystaniem technologii BIM, dotyczącą budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości całości roboty budowlanej będącej przedmiotem dokumentacji 30 000 000,00 PLN netto (słownie trzydzieści milionów złotych),

tj. udostępniamy zasoby w postaci doświadczenia w wykonaniu 1 usługi dokumentacji projektowej pn.:

Wielobranżowa dokumentacja projektowa obejmująca projekt budowlany i wykonawczy dla zadania pn. Nadbudowa i rozbudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr – Utworzenie „Dużej Sceny” Kujawsko – Pomorskiego Impresaryjnego Teatru Muzycznego w Toruniu, która obejmowała wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) z wykorzystaniem technologii BIM. Data realizacji projektu 12.2019 - 02.2022 r.; Wartość całości robót budowlanych netto ponad 30 000 000,00 zł.

(...)

Pismem z dnia 8 lutego 2024 roku Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień:

1. Prosimy o wyjaśnienie, czy projekt inwestycji pod nazwą „Nadbudowa

i przebudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr — Utworzenie „Dużej Sceny” Kujawsko Pomorskiego Impresaryjnego Teatru Muzycznego w Toruniu” został wykonany

z wykorzystaniem technologii BIM?

2. Prosimy o wyjaśnienie jaką rolę pełnił Pan P.K., działający pod firmą JPD Krupiński w ramach wyżej wymienionej inwestycji i czy osoba ta była uprawniona do wystawienia referencji w przedmiocie wykonania inwestycji opisanej w pkt. 1

3. Uprzejmie prosimy o wyjaśnienie czy w ramach inwestycji realizowanej dla Gminy Miasta Ustka: „Budowa budynku usługowego Centrum Kultury przy Placu Wolności w Ustce wraz ze zmianą zagospodarowania terenu” wykonano projekt z wykorzystaniem technologii BIM?

4. Prosimy o wyjaśnienie, czy ww. inwestycja (wskazana w pkt. 3 powyżej) realizowana dla Miasta Ustka stanowi również potencjał udostępniony przez podwykonawcę Sound & Space Sp. z o.o. (w oświadczeniu o udostępnieniu potencjału nie wskazano ww. inwestycji)?

5. Nadto, w przypadku potwierdzenia, że w ww. wykaz usług zawiera oświadczenia potwierdzające okoliczności niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym, prosimy

o wyjaśnienie, co było przyczyną podania takich informacji przez wykonawcę?

Pismem z dnia 26 lutego 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegając się o zamówienie A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (pełnomocnik) oraz A. Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie złożyli odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, pismo na 16 kartach wraz z załącznikami (dalej: „Wyjaśnienia”).

W zakresie rozpoznania zarzutów odwołania

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) 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;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a i b ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 13 maja 2022 r.)

- art. 3 ust. 1 ustawy uznk –

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

- art. 14 ust. 1 ustawy uznk – Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

- art. 14 ust. 3 pkt 1 ustawy uznk - Rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się:

1) nieprzystługującymi lub nieścisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (tj. z dnia 2 sierpnia 2023 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610) dalej: KC)

- art. 5 KC - Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

- art. 60 KC - Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Izba zważyła:

Przechodząc do rozpoznania podniesionych naruszeń ustawy przez Odwołującego

w odniesieniu do nieprawidłowej oceny spełnienia warunków udziału w postępowanie

w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wymaganego

od wykonawcy A. Izba w pierwszej kolejności odniesie się do argumentacji dotyczącej Zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, tj. podmiotu SOUND & SPACE spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: S&S), jakie to zobowiązanie zostało załączone do oferty A. (wedle załącznika 5 do SWZ).

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że pozycja 2 wykazu usług nie jest objęta zobowiązaniem do udostępnienia zasobów przez S&S.

W ocenie Izby z treści złożonego zobowiązania w sposób jednoznaczny wynika,

że zobowiązaniem tym zostały udostępnione zasoby podmiotu udostępniającego tj. S&S

w zakresie zdolności technicznych i zawodowych odnoszących się do warunku zawartego

w SWZ Rozdział 7 ust. 1. pkt d. 1 ppkt 5 w zakresie opisanym następująco „tj. udostępniamy zasoby w postaci doświadczenia w wykonaniu 1 usługi dokumentacji projektowej pn.:

Wielobranżowa dokumentacja projektowa obejmująca projekt budowlany i wykonawczy

dla zadania pn. Nadbudowa i rozbudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr – Utworzenie „Dużej Sceny” Kujawsko – Pomorskiego Impresaryjnego Teatru Muzycznego w Toruniu”, która obejmowała wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa)

z wykorzystaniem technologii BIM. Data realizacji projektu 12.2019 - 02.2022 r.; Wartość całości robót budowlanych netto ponad 30 000 000,00 zł.”

W ocenie Izby wskazanie w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów zacytowanego brzmienia warunku udziału w postępowaniu nie powoduje, w obliczu dalej podanego zakresu udostępnienia przez S&S, że zobowiązanie podmiotu

trzeciego należy odczytywać w sposób szeroki tj. przez odniesienie do wszelkich oświadczeń złożonych przez A. w treści wykazu usług. Z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów jednoznacznie również wynika, że w zakresie cytowanego warunku udziału w postępowaniu S&S uszczegółowił, dookreślił i w sposób jednoznaczny wskazał, że udostępnia zasoby w postaci posiadanego doświadczenia w wykonaniu jednej usługi dokumentacji projektowej podając szczegółową, pełną nazwę dokumentacji oraz datę realizacji i wartość całości robót budowlanych netto.

W ocenie Izby oświadczenie zawarte w zobowiązaniu w sposób precyzyjny określa jaki zasób swojego doświadczenia materializujący się w określonej (zdefiniowanej) wykonanej usłudze udostępniło S&S. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że oświadczenie

to zostało złożone prawidłowo i sposób precyzyjny określa, że udostępnione zostało doświadczenie w postaci jednej usługi. Nie ma żadnej podstawy do przypisywania S&S,

na podstawie tak brzmiącego zobowiązania, że udostępnia on jakiegokolwiek inny zakres swojego doświadczenia poza tym jakiego emanacja następuje przez jednoznaczne, precyzyjne i oczywiste oświadczenie odnoszące się do wskazania 1 usługi określonej nazwą oraz innymi identyfikującymi ją danymi, jak czas realizacji i wartość robót budowlanych. Wola S&S uzewnętrzniona została w sposób jednoznaczny. Koncepcja obiektywna, przeważająca w polskiej nauce wiąże skutki oświadczenia woli z jego zewnętrznym wyrazem. W doktrynie przedmiotu wskazuje się trafnie, że w art. 60 KC zawierającym definicję oświadczenia woli „nacisk położony jest na jego zewnętrzny, obiektywny przejaw (oświadczenie), a nie wolę wewnętrzną (zob. Z. Radwański, w: System PrPryw, t. 2, 2008, Nb 40, s. 16–17; S. Wyszogrodzka, Dyspens, s. 964) – tak: art. 60 KC red. serii Osajda/red. tomu Borysiak 2024, wyd. 32/P. Sobolewski Legalis.

W odpowiedzi na pytanie 4 z wezwania do wyjaśnienia, A. podał, że:

„Wyjaśniamy, że przedmiotowa inwestycja stanowi potencjał udostępniony przez podwykonawcę Sound & Space Sp. z o.o. Jednocześnie wskazujemy, że niniejsza kwestia nie powinna budzić wątpliwości Zamawiającego z uwagi na to, że w przedłożonym dotychczas wykazie usług w zakresie doświadczenia powołanego jako drugie wprost określono, iż jest to „doświadczenie podmiotu trzeciego, firmy Sound & Space Sp. z o.o. (...)”. Dodatkowo przekazano również referencje otrzymane od ww. podmiotu trzeciego, które zostały przekazane Zamawiającemu. Ponadto wskazujemy, że w złożonym wraz

z ofertą zobowiązaniu podmiotu Sound & Space Sp. z o.o. jako zakres udostępnianych zasobów określono doświadczenie, o którym mowa w rozdz. 7 ust. 1 lit. d pkt 1 ppkt 5 SWZ. Podanie w treści wykazu usług doświadczenia w wykonaniu drugiej w kolejności usług nie zmieniło zakresu udostępnianych zasobów wskazanych w treści złożonego zobowiązania”.

W ocenie Izby takie wyjaśnienie A. w żaden sposób nie wpływa na treść zobowiązania jakie złożył S&S – zobowiązania podmiotu trzeciego. Nie ma bowiem żadnego znaczenia dla oceny tego zobowiązania fakt podania w wykazie usług innej niż wskazana

w zobowiązaniu usługi oraz podania, że jest to doświadczenie podmiotu trzeciego. Złożony wykaz usług – oświadczenie wiedzy wykonawcy – nie zastępuje oświadczenia podmiotu trzeciego. Z dokumentu wykazu usług nie wynika zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, lecz stanowi to jedynie oświadczenie wykonawcy składającego ten wykaz usług. Informacje zawarte w wykazie usług pochodzą od wykonawcy A., a nie od podmiotu trzeciego. Nie stanowią również żadnego rozszerzenia oświadczenia zawartego

w zobowiązaniu podmiotu trzeciego. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami A. zawartymi w wyjaśnieniach, a odnoszącymi się do odwołania do wskazania rozdziału SWZ odnoszącego się do warunku, bowiem treść zobowiązania podmiotu udostępniającego jest jednoznaczna i dookreślona w ten sposób, że oświadcza jednoznacznie w jakim zakresie wypełnia swoim udostępnieniem zasobów tenże podany warunek. Użyte określenie „tj.” a pomijane przez A., oznacza tyle co „to jest”, po tym S&S jednoznacznie podaje „udostępniamy zasoby w postaci doświadczenia w wykonaniu 1 usługi dokumentacji projektowej pn.: (...)”. W ten sposób udostępniający swoje zasoby w sposób precyzyjny wyartykułował zakres udostępnienia powiązując go z treścią warunku udziału w postępowaniu, który na wstępie swojego zobowiązania przytoczył.

Izba w odniesieniu do twierdzenia A. zawartego ww. wyjaśnieniach, że „podanie

w treści wykazu usług doświadczenia w wykonaniu drugiej w kolejności usług nie zmieniło zakresu udostępnianych zasobów wskazanych w treści złożonego zobowiązania”, wskazuje, że twierdzenie to jest w zasadzie prawdziwe, bowiem oświadczenie zawarte w wykazie usług nie może zmienić treści zobowiązania podmiotu udostępniającego. Jednakże w ocenie Izby twierdzenie takie A. w żaden sposób nie uzasadnia powoływania się na podstawie zobowiązania podmiotu udostępniającego wykazywania się przez A. doświadczeniem w pozycji 2 wykazu usług.

W podsumowaniu tej części Izba stwierdza, że na podstawie zobowiązania S&S udostępnione zostały A. zasoby ww. podmiotu w postaci doświadczenia w wykonaniu 1 usługi dokumentacji projektowej Wielobranżowa dokumentacja projektowa obejmująca projekt budowlany i wykonawczy dla zadania pn. Nadbudowa i rozbudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr – Utworzenie „Dużej

Sceny" Kujawsko – 2 Pomorskiego Impresaryjnego Teatru Muzycznego w Toruniu", co wynika w sposób jednoznaczny i oczywisty z oświadczenia S&S. dodatkowo Izba wskazuje, że to S&S stwierdzając w zobowiązaniu, że udostępnia zasób doświadczenia jedynie w zakresie tej jednej usługi wykonania dokumentacji określił zakres swojego doświadczenia odpowiadający warunkowi udziału w postępowaniu. A.

nie wyjaśnił na jakiej podstawie przypisuje S&S zakres zobowiązania szerszy od tego jaki wynika z dokumentu złożonego przez S&S. S&S, co wynika z jednoznacznej treści zobowiązania, miał świadomość składanego zakresu tego udostępnienia zasobów. Izba

w żaden sposób nie podziela stanowiska A. z pisma z dnia 26 kwietnia 2024 roku

co do zakresu zobowiązania podmiotu S&S. Treść tego zobowiązania jest jednoznaczna,

a pominięcie w argumentacji fragmentów zobowiązania S&S prowadzi do wniosku,

że stanowisko A. oparte jest jedynie na częściowej, wybiórczej treści zobowiązania odpowiadającej wcześniej przyjętej przez A. tezie. Natomiast w odniesieniu

do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w Odpowiedzi na odwołanie, Izba zaznacza, że i w tym przypadku Zamawiający pominął treść zobowiązania jakie złożył S&S. Nie istnieje żadna przyczyna i podstawa do tego, aby zakres udostępnienia rozszerzać ponad twierdzenie jednoznacznie wyartykułowane w S&S w złożonym udostępnieniu zasobów. Podmiot ten bowiem składając oświadczenie w zobowiązaniu w sposób jednoznaczny podał, w jakim zakresie jego doświadczeniem może się posłużyć A., tj. doświadczeniem jakie zdobył na realizacji 1 (jednej) wskazanej usługi. Tym samym S&S wyartykułował jaki zakres jego doświadczenia, w jego ocenie, odpowiada przytoczonemu warunkowi udziału

w postępowaniu. Nie uzasadniono w oparciu o co Zamawiający jak i A. przypisują,

i jakim prawem, w obliczu treści zobowiązania podmiotu udostępniającego, podmiotowi udostępniającemu zasoby zakres udostępnionego doświadczenia z odniesieniem

do zrealizowanej usługi jakiej nie podaje w zobowiązaniu do udostępnienia S&S. w tym przypadku S&S w złożonym zobowiązaniu jednoznacznie podał jakie pozyskane jego doświadczenie wpisuje się w treść warunku udziału w postępowaniu i w jakim zakresie to doświadczenie wykonawcy udostępnia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w oparciu o zobowiązanie podmiotu udostępniającego S&S, A. mógł się posłużyć przy wykazaniu warunku udziału

w postępowaniu doświadczeniem S&S jedynie w zakresie jednoznacznie podanego zakresu udostępnionego w zobowiązaniu złożony wraz z ofertą - a więc w odniesieniu do pozycji 1 wykazu usług podanego przez A..

Tym samym, Izba w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, stwierdza, że jedynie usługa objęta zakresem zobowiązania

o udostępnieniu zasobów wskazana przez S&S może być brana pod uwagę. Izba stwierdza, że zakres udostępnionych zasobów, skonkretyzowany przez S&S, nie odnosi się do usługi

w pozycji 2 wykazu usług, co oznacza, że usługa ta nie może być brana pod uwagę przy spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez A.. Dodać należy również,

że zobowiązanie jest oświadczeniem wykonawcy S&S, tym samym za niezasadne należy przyjąć działania polegające na dokonywaniu wykładni tego zobowiązania przez A., jak również w żaden sposób nie rozszerza zakresu zobowiązania do udostępnienia zasobów treść wykazu usług.

Mając na uwadze powyższe, w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału

w odniesieniu do doświadczenia jakie podał w wykazie usług A. ocenie podlegać będzie jedynie usługa wskazana w pozycji 1 tegoż wykazu.

Jednakże, w pierwszej kolejności, kluczowym dla rozpoznania podniesionych zarzutów odwołania w tym zakresie niezbędne jest odniesienie się do treści warunku udziału

w postępowaniu.

W tym zakresie Izba ustaliła, że w zakresie zdolności technicznej/zawodowej, posiadanego doświadczenia wykonawca miał się wykazać min. 1 usługą polegającą na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) z wykorzystaniem technologii BIM, dotyczącą budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości całości roboty budowlanej będącej przedmiotem dokumentacji co najmniej 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych).

Mając na uwadze treść tego warunku Izba stwierdza, że warunki należy odczytywać zgodnie z treścią i literalnym brzmieniem wymagań Zamawiającego, jest to stanowisko ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego już na podstawie ustawy Pzp z 2004 i obecnej ustawy oraz nadal zachowujące swoją aktualność, co potwierdzają również stanowiska doktryny. Wymaga podkreślenia, że dokonywanie jakichkolwiek interpretacji czy wykładni warunku po terminie składania ofert jest niedopuszczalne. Literalne odczytywanie treści warunku stanowi

gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych, w tym równego traktowania wykonawców jak również przejrzystości prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do treści tego warunku Izba wskazuje, że odczytanie literalnie znaczenia wymagania warunku co do usługi polegającej na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej jednoznacznie potwierdza, że wskazane w ramach tej wielobranżowej dokumentacji projektowej wykonane miały być następujące branże: branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa. Literalnie i jednoznacznie wynika to z treści wskazania tych branż w nawiasie bezpośrednio po podaniu, że usługa ma obejmować wielobranżową dokumentację projektową. Zgodnie z treścią tego warunku wielobranżowa dokumentacja projektowa miała zostać wykonana z wykorzystaniem technologii BIM. Tym samym, wykorzystanie technologii BIM – wskazane w warunku po zamknięciu nawiasu zawierającego wyliczenie branż – odnosi się do wymaganej wykonanej wielobranżowej dokumentacji, co oznacza, że wykorzystanie technologii BIM zgodnie z tym warunkiem miało odnosić się do wszystkich wskazanych branż, przy czym

w ocenie Izby nie określił Zamawiający jaka ma być szczegółowość wykorzystania technologii BIM. Nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny warunku zakres standardu BIM określony w PFU, nie przekłada się bowiem wymagania opisu przedmiotu zamówienia zawarte w PFU w sposób automatyczny na warunek. Warunek ma być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 112 ust. 1 ustawy) oraz umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy. Na tym etapie postępowania o zamówienie nie jest już dyskutowane wymaganie warunku w odniesieniu do jego powiązania z opisem przedmiotu zamówienia, ale jego sama treść. Nie jest zatem zasadnym odniesienie tej treści i jej uzupełniania przez odwołanie się do zakresu standardu BIM. W zakresie warunku Zamawiający nie postawił żadnego wymagania co do standardu BIM, tym samym zrealizowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w branżach architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa z wykorzystaniem technologii BIM w jakimkolwiek standardzie będzie potwierdzało spełnienie warunku. Izba podziela również stanowisko Odwołującego

co tego wskazania, że dokumentacja projektowa składa się co najmniej z projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego (rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego), co wynika z definicji jaka została utworzona na potrzeby opisu przedmiotu zamówienia

w zamówieniach publicznych, a czego Zamawiający nie wyłączył z warunku. Izba uznała

za niezasadne twierdzenia A. zawarte w treści pisma z 6 maja 2024 roku, bowiem próba wykładni warunku jakie dokonuje ten podmiot jest niezgodna z literalnym brzmieniem tego warunku. Wielobranżowa dokumentacja projektowa miała zawierać określone branże wyliczone w nawiasie podanym w warunku i nie jest w ocenie Izby okolicznością w jakikolwiek sposób niezrozumiałą. Wymaga podkreślenia, że wielobranżowa dokumentacja projektowa mogłaby zawierać również inne branże niewymienione przez Zamawiającego, albo w ogóle inny katalog branż. Wymaga także wskazania, że technologia BIM ma zastosowanie do dokumentacji projektowej, co oznacza, że nie stosuje się jej do branż ale

do dokumentacji projektowej w danej branży, a w tym przypadku w określonych jednoznacznie branżach podanych w treści warunku. W przypadku tego warunku udziału

w postępowaniu Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem w wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM, która

to dokumentacja projektowa miała obejmować wszystkie określone w warunku branże.

W zakresie wskazanego w pozycji 1 wykazu usług doświadczenia tj. „Nadbudowa i przebudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr – Utworzenie „Dużej Sceny” Kujawsko Pomorskiego Impresaryjnego Teatru Muzycznego w Toruniu.” Odwołujący potwierdził

w treści odwołania, że projekt w branży konstrukcyjnej opracowany przez P.B. został wykonany z wykorzystaniem technologii BIM.

Przy czym należy mieć na uwadze treść pisma jakim Odwołujący zwrócił się do Clima Komfort sp. z o.o. (załącznik do odwołania): „Jako Wykonawca (konsorcjum firm JPD spółka z o.o. sp. k. oraz Clima Komfort Sp. z o.o.) realizowaliście Państwo zadanie pn. „Nadbudowa i rozbudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr - Utworzenie "DUŻEJ SCENY" Kujawsko-Pomorskiego Teatru Muzycznego w Toruniu”, z kolei dla którego na zrealizowane prace projektowe powołuje się biuro projektowe Sound&Space sp. z o.o. z Poznania. Prosimy zatem

o odpowiedzi na poniższe pytania:

1) Czy Państwa Zamówienie z Zamawiającym obejmowało swym zakresem wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej obejmującej branże: architektoniczną, konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną, niskoprądową? z wykorzystaniem technologii BIM? 2) Czy powyższy projekt został zlecony przez Konsorcjum lub Członka Konsorcjum w

zakresie i technologii opisanej w punkcie 1 i był wykonany w terminie 08.2021 r. -12.2022 r. (...) 4) Prosimy o jednoznaczną informację, czy dokumentacja jaką opracował na Wasze zlecenie projektant Sound&Space Sp. z o.o. została wykonana w technologii BIM i odebrana przez Was bez uwag w tym zakresie."

Clima Komfort sp. z o.o. (załącznik do odwołania) udzieliła odpowiedzi zgodnie z którymi „1) Prace projektowe Sound&Space sp. z o.o. obejmowało swym zakresem wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej obejmującej branże: architektoniczną, konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną, niskoprądową. Dokumentacja nie obejmowała wykorzystania technologii BIM. 2) Powyższy projekt nie został zlecony przez Konsorcjum w zakresie i technologii opisanej w punkcie 1(...) Ad. 4) Dokumentacja projektowa, jaką opracował Sound&Space sp. z o.o. nie została wykonana w technologii BIM.

Wymaga podkreślenia, że w ramach prowadzonego postępowania o zamówienie „kinoteatru Grunwald” nie było wymagane wykonanie dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM. Potwierdził to jednoznacznie w swoim stanowisku Zamawiający (pismo procesowe). Wymaga wskazania, że w oparciu o dokumenty załączone do odwołania stwierdzić należy, że pomiędzy konsorcjum firm JPD spółka z o.o. sp. k. oraz Clima Komfort Sp. z o.o. a S&S w zawartych umowach nie ma określonego wymagania dla przygotowania dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM. Potwierdza to również pismo

z dnia 29 listopada 2023 roku wystawione przez Kujawsko-Pomorski Teatr Muzyczny

w Toruniu, z którego jednoznacznie wynika, że dla inwestycji jakiej dotyczyły usługi projektowe „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie przewidywała konieczności wykonania projektu z wykorzystaniem technologii BIM. Z posiadanych materiałów

nie jesteśmy w stanie potwierdzić technologii wykorzystywanej przy projektowaniu. (..)

Z posiadanych materiałów nie jesteśmy w stanie potwierdzić odbioru projektu wykonanego w technologii BIM."

Oczywiście trudno zaprzeczyć twierdzeniu Zamawiającego, że Teatr Muzyczny w Toruniu nie wykluczył zastosowania tej technologii BIM, bowiem takich twierdzeń nie ma w złożonych dokumentach. Jednakże nie sposób uznać w ocenie Izby, bowiem jest zwyczajnie w sposób oczywisty w żaden sposób nieracjonalne, że podmiot realizujący zamówienie wykonuje czynności w przekraczającym postanowienia umowy zakresie. Oczywiście okoliczność taka może mieć miejsce, choćby w wybiórczym zakresie realizowanej usługi, ale irracjonalnym

w ocenie Izby jest uznawanie, że podmiot niezobowiązany postanowieniami SWZ

do realizacji dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM będzie realizował takie działania w odniesieniu do całościowej dokumentacji projektowej. Izba podkreśla w tym miejscu, że tak jak to zostało wykazane powyżej, wielobranżowa dokumentacja projektowa

z uwzględnieniem branż wymienionych w warunku oraz wskazaniem, że odnosi się

do projektu budowlanego oraz wykonawczego miała zgodnie z brzmieniem warunku zostać wykonana z wykorzystaniem technologii BIM.

W zakresie oceny dokumentów załączonych przez A. do pisma z dnia 26 kwietnia 2024 roku – Audytu zgodności ze standardami BIM, w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że traktuje ten dokument jak stanowisko A.. Izba podziela w tym zakresie argumentację Odwołującego z pisma z dnia 30 kwietnia 2024 roku. Izba stwierdza, że na podstawie tego stanowisko nie sposób uznać czy dotyczy on projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego, jak również brak jest jakiegokolwiek informacji na temat czasu (daty) wykonania i przekazania modeli branżowych obiektu, a które to A. pozyskał od Zamawiającego. Pismem z dnia 29 listopada 2023 roku teatr Muzyczny w Toruniu podał, że „z posiadanych materiałów nie jesteśmy w stanie potwierdzić odbioru projektu wykonanego w technologii BIM." Tym samym skoro nie może potwierdzić projektu wykonawczego w technologii BIM to w jaki sposób przekazał modele branżowe A., czy przekazał te modele, a może nie odnosiły się one do projektu wykonawczego? Bez znaczenia dla oceny w tym zakresie pozostaje dowód nr 13 odnoszący się do budowy modelu BIM, bowiem ten schemat przyrostu szczegółowości modelu BIM dotyczy określonej struktury BIM wskazanej w PFU dla tego postępowania o zamówienie, a nie dla prowadzonych wcześniej postępowań. W żaden sposób nie wykazał Zamawiający, że ta struktura jest jedyną jaka jest możliwa w technologii BIM. Potwierdza natomiast w ocenie Izby, że przy braku wskazania w SWZ przez Teatr Muzyczny w Toruniu wymagań dotyczących wykorzystania technologii BIM nie sposób dokonywać jakiegokolwiek oceny

z odwołaniem do schematu piramidy przyrostu szczegółowości BIM w tym postępowaniu.

Izba stwierdza, że w ramach realizacji usługi wskazanej w wykazanie usług w pozycji 1

nie potwierdzono dokumentami załączonymi do pism procesowych A., jak również

nie potwierdza tego stanowisko Zamawiającego, że wielobranżowa dokumentacja projektowa w branżach architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa została wykonana na rzecz Teatru

Muzycznego w Toruniu z wykorzystaniem technologii BIM, w zakresie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego. Podkreślenia wymaga, że w SWZ Tatar Muzyczny w Toruniu nie przewidział wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej z wykorzystaniem technologii BIM, że nie zlecił takiego wykonania wykonawca tego zamówienie tj. konsorcjum firm JPD sp. z o.o. sp. k. oraz Clima Komfort sp. z o.o. swojemu podwykonawcy czyli Sound&Space sp. z o.o. (S&S), co wynika jednoznacznie z pisma z dnia 7 grudnia 2023 roku pochodzącego od Clima Komfort sp. z o.o.. Ten stan rzeczy potwierdzają również umowy pomiędzy ww. podmiotami a załączone do odwołania. Więcej, z oświadczenia Teatru Muzycznego w Toruniu czyli inwestora wynika jednoznacznie, że „z posiadanych materiałów nie jesteśmy w stanie potwierdzić odbioru projektu wykonanego w technologii BIM.” Zestawiając te wszystkie dokumenty, oraz mając na uwadze, że realizacja danej usługi w zamówieniu publicznych wymaga jej kosztowego odwzorowania, nie sposób uznać, że realizacja dokumentacji projektowej dla Kinoteki Grunwald zrealizowana została z wykorzystaniem technologii BIM w zakresie odpowiadającym treści warunku udziału w zakresie przewidzianym w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie, którego dotyczy postępowanie odwoławcze.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła jednakże, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, co do przedstawienia przez A. informacji w zakresie pozycji 1 wykazu usług.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający może wykluczyć z postępowania 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. Przepis ten transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej.

W ramach regulacji tej wykluczeniu podlega wykonawca, który wprowadził w błąd Zamawiającego, zataił informacje lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych. Mając na uwadze stanowisko doktryny i spójne orzecznictwo podkreślenia wymaga, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego oparte o to, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, a błędem jest rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Czyli chodzi o to, że Zamawiający może mieć fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości polegające na tym, że przyjmuje okoliczności jakie nie występują lub pozostaje w nieświadomości okoliczności jakie występują. Wprowadzenie w błąd może polegać na przedstawieniu informacji obiektywnie nieprawdziwych lub prawdziwych ale wywołujących mylne wyobrażenie po stronie Zamawiającego. Błąd musi nastąpić przy przedstawianiu informacji. Wprowadzenie w błąd nie obejmuje zatem zatajenia wymaganych informacji. Natomiast, gdy informacja podana przez wykonawcę jest prawdziwa, to nie ma wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Izba mając na uwadze, że w części Odwołujący przyznał, że jedno z elementów wielobranżowej dokumentacji projektowej (projekt w branży konstrukcyjnej opracowany przez P.B.) został wykonany z wykorzystaniem technologii BIM, jak również mając na uwadze stanowisko A. co do rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu, potwierdzoną także stanowiskiem Zamawiającego w piśmie procesowym Izba nie stwierdziła wykazania przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, a w konsekwencji naruszenia art. 226 ust. 1 lit. a ustawy. W tym zakresie Izba uznała za zasadne również twierdzenia A. zawarte na wstępie pisma z dnia 26 kwietnia 2024 roku w odniesieniu do argumentacji odnoszącej się do kumulatywnego wykazania spełnienia przesłanek wykluczenia z postępowania o zamówienie, których w ocenie Izby nie zawarł w odwołaniu Odwołujący. Przedstawienia stanowiska co do rozumienia przepisu prawa nie stanowi w ocenie Izby wykazania spełnienia przesłanek w ramach konkretnego stanu faktycznego. To po stronie Odwołującego materializuje się obowiązek jednoznacznego wykazania przesłanek z ww. przepisu prawa, a tym samym przypisania określonych podnoszonych argumentów faktycznych do poszczególnych przesłanek, których wykazanie musi być kumulatywne. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, a w konsekwencji naruszenia art. 226 ust. 1 lit. a ustawy.

Izba mając na uwadze powyżej podaną argumentację uznała, że nie została spełniona przesłanka odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk. Izba stwierdza w tym miejscu, że wykaz usług, do jakiego referuje w zakresie podniesionych zarzutów odwołujący nie stanowi treści oferty w znaczeniu ujętym w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy. Wymaga podkreślenia, że zgodnie z ustawą przewidziane zostały fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które w odniesieniu do wykonawcy przedstawiającego informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd pozwalają na jego wykluczenie z postępowania, a jedynie w konsekwencji odrzucenie oferty takiego wykonawcy. Regulacje te są wynikiem implementacji dyrektywy. Do przesłanek tych należą wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy. W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przewidział jedynie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, których niezasadność Izba stwierdziła powyżej. Natomiast nie przewidział Zamawiający fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Podnoszenie zarzutu naruszenia

na wstępie akapitu podanych podstaw prawnych stanowi swoiste obejście przepisów ustawy odnoszących się do wykluczenia wykonawcy, a nie przewidzianych przez Zamawiającego.

Regulacje prawne do jakiej odnosi się Odwołujący i powołuje je w zakresie zarzutu niewątpliwie będą miały zastosowanie do badania treści oferty rozumianej jako oświadczenia woli wykonawcy, czyli elementów składanych przez wykonawcę w ramach zobowiązania

do świadczenia danego zamówienia na określonych zasadach, przy wykorzystaniu określonych elementów dających wykonawcy przewagę w ocenie oferty. Czyli w odniesieniu do wszystkiego tego co nie jest oświadczeniem wiedzy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba podkreśla w tym miejscu, że taka interpretacja przepisów prowadziłaby do nieuprawnionej zmiany znaczenia oceny w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdzie ustawodawca przewiduje również inne procedury jak chociażby samooczyszczenie wykonawcy, którą w określonych przypadkach wykonawca ma możliwość zastosowania. Natomiast odwołanie do przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przy elementach oceny spełnienia warunku niweczyłoby tą ustawową możliwość i prowadziło do powstania dwóch odrębnych trybów oceny tego samego stanu faktycznego. Widać dostrzega to również sam Odwołujący, bowiem w argumentacji zawartej w odwołaniu

w części odnoszącej się do naruszeń prawa powołuje on jedynie podstawy prawne

nie czyniąc żadnej pogłębionej analizy prawnej uzasadniającej odwołanie się do takiej podstawy prawnej przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba ma świadomość odrębnych rozstrzygnięci w innych orzeczeniach uwzględniających takie stanowiska odwołujących jak puentowane przez Odwołującego w tej sprawie, przy czym Izba zaznacza, że w znanych Izbie orzeczeniach w żaden sposób nie zostało wyjaśnione ujęcie jednego stanu faktycznego w obliczu różnych podstaw prawnych

i konsekwencji wynikających choćby z możliwości prowadzenia procedury samooczyszczenia w przypadku podstaw wykluczenia. Poza przedmiotem argumentacji pozostało również odniesienie się do rozumienia odrzucenia oferty w znaczeniu art. 226 ustawy w kontekście braku podstawy wykluczenia w odniesieniu o warunków udziału w postępowaniu. Warto

w tym miejscu zaznaczyć, że ustawa jednoznacznie w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a wskazuje na podstawę odrzucenia oferty jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania natomiast jest czynnością, która swoje umocowanie znajduje w określonym katalogu podstaw enumeratywnie wymienionych w ustawie. Także charakterystycznym w zakresie tej oceny jest zdefiniowanie oferty w postępowaniu, które przejawiać się powinno – co ugruntowane jest w orzecznictwie i doktrynie – w oświadczeniu swojej woli przez wykonawcę. Wielość niewyjaśnionych elementów w dotychczasowym orzecznictwie oraz poprzestanie na stwierdzeniach odnoszących się do katalogu czynów z uznk czy też zasady dobrych obyczajów, w ocenie Izby, nie uzasadnia braków w argumentacji odnoszących się

do stosowania przepisów ustawy zgodnie z ich pełnym odwołaniem i zastosowaniem

do poszczególnych czynności wykonawcy. Podkreślenia wymaga na koniec,

że zastosowanie danej podstawy prawnej oraz odrzucenie oferty nie może być wybiórcze,

i w przypadku oceny warunków musi odnosić się do całości ustawy regulujących tą ocenę,

w tym do samooczyszczenia. Takiego stanowiska natomiast nie przedstawił Odwołujący podnosząc te naruszenia, co powoduje niezasadność podniesionego naruszenia oraz potwierdza jego daleko idącą kazuistkę niemieszczącą się w regulacjach ustawy.

Tym samym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk.

Izba mając na uwadze powyżej podaną argumentację w zakresie rozpoznania stanowisk uznała, że w zakresie podniesionego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zasadzie spełnione zostały przesłanki braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co wynika

z całości argumentacji odnoszącej się do oceny wskazanego doświadczenia w pozycji 1 wykazu usług. W ocenie Izby, mając na uwadze treść zobowiązania do udostępnienia zasobów możliwym było, przy ocenie warunku w zakresie posiadanej zdolności technicznej /zawodowej, uwzględnienie jedynie doświadczenia wskazanego w wykazie usług w pozycji 1. Mając na uwadze literalne brzmienie warunku oraz argumentację w zakresie przedstawionego doświadczenia Izba stwierdziła, że wykazana usługa nie potwierdza doświadczenia w wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej w określonych

w warunku branżach z wykorzystaniem technologii BIM, co szczegółowo wyjaśniono wyżej.

Izba zaznacza jednocześnie, że zarzut odwołania referował do wykluczenia wykonawcy

z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak było jednakże jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się do tego, że w zakresie podniesionego zarzutu wykonawca był wzywany do uzupełniania dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. W związku z brakiem takiego stanowiska, oraz ustalenia przez Izbę z

urzędu na podstawie akt postępowania odwoławczego – dokumentacji przekazanej do Izby, że A. nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku w zakresie zdolności technicznej / zawodowej Izba uznała, że zarzut odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, tj. zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy A. z postępowania jest niezasadny.

(2)w zakresie – zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 znku oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, pomimo przedstawienia w kryteriach pozacenowych (doświadczenie kadry) informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd

Izba ustaliła:

Zgodnie z Rozdziałem 7 SWZ - INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający wymagał:

2) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami wchodzącymi w skład Zespołu projektowego, który Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, tj.:

1) 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia jako Projektant architektury (Główny Projektant), posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, posiadającą co najmniej 10-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w projektowaniu dla tej specjalności, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert, wykonała na stanowisku Projektanta architektury (Głównego Projektanta) co najmniej: a. minimum 1 wielobranżowy (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) projekt budowlany i wykonawczy lub projekt budowlano-wykonawczy dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych minimum 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych) oraz kubaturze większej niż 15.000,00 m³,

b. minimum 1 wielobranżowy (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) projekt budowlany i wykonawczy lub projekt budowlano-wykonawczy dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych minimum 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych) oraz wyposażonego w salę widowiskową o pojemności min. 300 osób siedzących,

c. minimum 1 projekt obejmujący aranżację i wyposażenie wnętrz (w tym zabudowy stałe oraz meble ruchome) dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o kubaturze większej niż 15.000,00 m³.

(...)

11) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Manager BIM lub Koordynator BIM, posiadająca wykształcenie wyższe oraz doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji managera lub koordynatora BIM, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert brała udział przy wykonaniu co najmniej 1 wielobranżowego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego lub wykonawczego zrealizowanego z wykorzystaniem modelu BIM dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych), a ponadto inwestycja której dotyczył ww projekt została zakończona pozwoleniem na użytkowanie (w formie wykonanej decyzji lub skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót budowlanych);

(...)

3) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami (w postaci kadry Wykonawcy) do kierowania budową i kierowania robotami, które zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, spełniającymi następujące wymagania:

(...)

4) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Kierownik Robót elektrycznych, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych bez ograniczeń, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi, w tym obejmującymi kierowanie robotami instalacji elektrycznych, która w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych przy co najmniej 2 budowach lub przebudowach dla obiektu użyteczności publicznej o wartości każdej z robót minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto i o kubaturze każdej z nich większej niż 15.000,00 m³;

(...)

W ramach sformułowanych warunków udziału w postępowaniu (zarówno dotyczących doświadczenia Wykonawcy, jak i wymaganego personelu opisanego powyżej), Zamawiający informuje, że:

➤ za uprawnienia budowlane odpowiadające wyżej określonym uznane zostaną uprawnienia, które wydane zostały na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu – EFTA (strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym), z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych

przepisów ustawy Prawo Budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 220 ze zm.);

➤ Zamawiający dopuszcza doświadczenie na podobnie nazwanych stanowiskach, o ile spełniają one funkcję dla wskazanego stanowiska i pozwalają potwierdzić postawione wymagania dla danej funkcji;

W Rozdziale 10 SWZ - SPOSÓB OCENY OFERT Zamawiający podał:

2.2. Oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria oceny ofert:

2. Kryteria oceny ofert:

Lp.	Nazwa kryterium	Waga
1.	Cena łączna (Zamówienie Podstawowe + wszystkie Prawa Opcji)	60%
2.	Doświadczenie zespołu kierowników budowy i robót wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia	20%
3.	Doświadczenie zespołu projektantów wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia	15%
4.	Okres gwarancji	5%
5.	Razem	100%

(...)

Kryterium 2 Doświadczenie zespołu kierowników budowy i robót wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia – waga 20%

Lp.	Wykonywana funkcja	Doświadczenie wymagane jako warunek udziału w postępowaniu (minimalne)	Doświadczenie punktowane będzie za kierowanie robotami i doświadczenie powyżej liczby wymaganej wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 3 SWZ dla danego kierownika w następujący sposób Punktacja przyznawana będzie następujący sposób: 1/ za udział, w okresie ostatnich 10 lat licząc od dnia upływu składania ofert, za kierowanie robotami, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (rodzaj i wielkość) określonym w rozdziale 7 ust. 1 lit. d. pkt 3 ppkt 4 SWZ, powyżej liczby wymaganej jako minimum - wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit. d. pkt 3 ppkt 4 SWZ przyznaje się 1 punkt – maksymalnie 2 punkty 2/ za doświadczenie zawodowe liczone od uzyskania uprawnień: od 5 do 10 lat – 0 pkt. powyżej 10 lat – 2 pkt Suma punktów: 1 + 2 Łącznie maksymalnie można uzyskać: 4 punkty
4	Kierownik Robót elektrycznych	Doświadczenie wymagane jako warunek udziału w postępowaniu (minimalne) określone w rozdziale 7 ust. 1 lit. d. pkt 3 ppkt 4 SWZ	

Kryterium 3 Doświadczenie zespołu projektantów wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia – waga 15%

Lp.	Wykonywana funkcja	Doświadczenie wymagane jako warunek udziału w postępowaniu (minimalne)	Doświadczenie punktowane będzie za wykonane dokumentacje projektowe powyżej liczby wymaganej wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit. d. pkt 2 SWZ dla danego projektanta w następujący sposób
-----	--------------------	--	---

1	Projektant architektury (Główny Projektant)	Doświadczenie wymagane, jako warunek udziału w postępowaniu (minimalne) określone w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 1 SWZ	Punktacja przyznawana będzie przyznawana w następujący sposób: 1/ za każdą Dokumentację projektową, wykonaną w okresie ostatnich 10 lat licząc od dnia upływu składania ofert, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (rodzaj i wielkość) określonym rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 1 SWZ, powyżej liczby wymaganej jako minimum - wskazanej rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 1 SWZ przyznaje się 1 punkt – maksymalnie 3 punktów 2/ za doświadczenie zawodowe liczone od uzyskania uprawnień: od 10 lat do 12 lat – 0 pkt. równe i powyżej 12 lat do 15 lat – 2 pkt powyżej 15 – 3 pkt. Suma punktów: 1 + 2 Łącznie maksymalnie można uzyskać: 6 punktów
3	Manager BIM lub Koordynator BIM	Doświadczenie wymagane, jako warunek udziału w postępowaniu (minimalne) określone w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 11 SWZ	Punktacja przyznawana będzie przyznawana w następujący sposób: 1/ za każdą Dokumentację projektową, wykonaną w okresie ostatnich 10 lat licząc od dnia upływu składania ofert, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (rodzaj i wielkość) określonym w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 11 SWZ, powyżej liczby wymaganej jako minimum - wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 2 ppkt 11 SWZ przyznaje się 1 punkt – maksymalnie 3 punktów Łącznie maksymalnie można uzyskać: 3 punkty

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba odniesie się w kolejności do poszczególnych podnoszonych przez Odwołującego elementów przedstawionych w kryterium oceny ofert odnoszących się do doświadczenia osób do poszczególnych funkcji.

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 13 maja 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233; dalej „ustawa uznk”)

- art. 3 ust. 1 ustawy uznk –

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

- art. 14 ust. 1 ustawy uznk – Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

- art. 14 ust. 3 pkt 1 ustawy uznk - Rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się:

1) nieprzystługującymi lub nieścisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;

Doświadczenie Kierownika Robót Elektrycznych

Izba ustaliła, że A. w Załączniku nr 18 do SWZ – Kryteria pozacenowe złożonym wraz z ofertą, w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Robót Elektrycznych wskazał w tabeli:

-Imię i nazwisko - Pan K.R.

-Pełniona funkcja w realizacji zamówienia - Kierownik Robót elektrycznych

-Opis dodatkowych zadań (dane przewidziane w SWZ w zakresie dot. doświadczenia

i zrealizowanych inwestycji) – zgodnie z warunkami określonymi w SWZ dla danej osoby

Doświadczenie zawodowe: powyżej 10 lat doświadczenia zawodowego (liczone od dnia otrzymania uprawnień) tj. od dnia 30.06.2007 r. Wykształcenie: wyższe magister inżynier.

1) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), kubatura obiektu, dane Zamawiającego:

1. Nazwa inwestycji: Budowa budynku badawczorozwojowego IGK6 z parkingami, infrastrukturą techniczną i obsługą komunikacyjną.

Wartość realizacji netto: ponad 100 000 000,00 zł

Termin realizacji: 03.2021 r. -12.2021 r.

Kubatura obiektu: ponad 15 000 m³

Rodzaj robot: budowa

Dane Zamawiającego: Intel Technology Poland sp. z o.o., ul. Słowackiego 173, Gdańsk

Pełniona funkcja na inwestycji: kierownik robót elektrycznych

Budynek użyteczności publicznej

Inwestycja zakończona.

2) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), kubatura obiektu, dane Zamawiającego:

2. Nazwa inwestycji: Budowa Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku

Wartość realizacji netto: ponad 200 000 000,00 zł

Termin realizacji: 03.2014 r. -02.2015 r. Kubatura obiektu: ponad 259 000,00 m³

Rodzaj robot: budowa

Dane Zamawiającego: Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku plac Władysława Bartoszewskiego 1, Gdańsk

Pełniona funkcja na inwestycji: kierownik robót elektrycznych

Inwestycja zakończona.

Budynek użyteczności publicznej

Kluczowym dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu w odniesieniu do Kierownika robót elektrycznych jest odniesienie się do warunku udziału w postępowaniu i jego znaczenia. Zgodnie z treścią warunku, przytoczą już powyżej w ustaleniach Izby, jednoznacznie podaje Zamawiający, że osoba na stanowisko Kierownika robót elektrycznych, w tym wypadku w zakresie punktowanego doświadczenia, miała posiadać doświadczenie „w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych”. Kluczowym dla rozpoznania zarzutu jest ten powyższy fragment, na podstawie którego

w sposób jednoznaczny wynika, że osoba ta miała pełnić funkcję kierownika robót elektrycznych. W ocenie Izby nie zmienia faktu konieczności pełnienia funkcji Kierownika robót elektrycznych wskazanie w SWZ, że Zamawiający dopuszcza doświadczenie

na podobnie nazwanych stanowiskach, o ile spełniają one funkcję dla wskazanego stanowiska i pozwalają potwierdzić postawione wymagania dla danej funkcji. Izba podkreśla, że to stwierdzenie odnosi się do nazewnictwa, czemu sam Zamawiający daje wyraz

w stwierdzeniu, że dopuszcza doświadczenie na podobnie nazwanych stanowiskach,

co nie zmienia faktu, że mają one odpowiadać funkcji wskazanego stanowiska. Oznacza

to tylko tyle, że funkcję kierownika robót elektrycznych w innej inwestycji można było pełnić na inaczej nazwanym stanowisku ale musiało ono odpowiadać funkcji kierownika robót elektrycznych. Podkreślenia wymaga, że funkcja kierowania robót elektrycznych, w jakiej pełnieniu doświadczenia oczekiwał Zamawiający odnosi się do wskazanej w art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo budowlane samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Ustawa Prawo budowlane nie odnosi się do ‘stanowisk’ a tym samym nie sposób dokonywać takiej rozszerzającej wykładni opartej na stwierdzeniach odnoszących się do faktycznie realizowanych zadań ale nie pełnienia określonej funkcji technicznej w budownictwie.

W wyżej przytoczonym wykazie, w odniesieniu do obu inwestycji A. podał

w odniesieniu do Pana R.: Pełniona funkcja na inwestycji: kierownik robót elektrycznych

W zakresie inwestycji Budowa budynku badawczorozwojowego IGK6 z parkingami, infrastrukturą techniczną i obsługą komunikacyjną, na podstawie dokumentów przedstawionych przez Odwołującego wynika, że Pan R. nie pełnił funkcji kierownika robót elektrycznych, bowiem pełnił ją Pan Ernest Kucharski, co potwierdza oświadczenie od wykonawcy kompletnych prac elektrycznych na tej inwestycji tj. Elektromontaż Poznań SA. z dnia 7 grudnia 2023 roku. Co dodatkowo potwierdził w dowodzie nr 2 złożonych przez Odwołującego na rozprawie. Potwierdza to również wiadomość od Hochtief Polska SA, zgodnie z którą jednoznacznie podano, że funkcję kierownika robót elektrycznych pełniła inna osoba, a Pan R. był odpowiedzialny jako koordynator i pełnił stanowisko Ekspert ds. systemów. Z dowodu nr 14 wynika natomiast, co przedstawił Zamawiający, że zakres czynności Pana R. na tej inwestycji „był bardzo zbliżony do zakresu czynności kierownika robót pełniącego samodzielną funkcję techniczną w budownictwie” co oznacza, że był jedynie zbliżony ale nie odpowiadał tej funkcji. Dodatkowo, z oświadczenia tego jednoznacznie wynika, że funkcję kierowników robót instalacyjnych pełniły inne osoby.

W swoim stanowisku pisemnym A. wprost podał, że „stanowisko / rola nie polegała na pełnieniu „funkcji kierownika robót elektrycznych”, a jednocześnie w załączniku nr 18 do SWZ jednoznacznie podaje, że funkcję kierownika robót elektrycznych pełnił.

Powyższe potwierdza, że w załączniku nr 18 do SWZ podana została informacja, która nie odpowiada rzeczywistości, bowiem Pana R. nie pełnił funkcji Kierownika robót elektrycznych na inwestycji *Budowa budynku badawczorozwojowego IGK6 z parkingami, infrastrukturą techniczną i obsługą komunikacyjną*.

W zakresie inwestycji *Budowa Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku* zgodnie z dowodami przedstawionymi przez Odwołującego przy odwołaniu, informacją z Muzeum II Wojny Światowej funkcję kierownika robót elektrycznych pełnił Pan P.W.. Podobnie jak w przypadku wcześniej wymienionej inwestycji, w odniesieniu do tej A. w piśmie z dnia 26 kwietnia 2024 roku podał Pan K.R. uczestniczył w realizacji projektu pn. Muzeum II Wojny światowej, jednak jego rola nie obejmowała stanowiska kierownika robót elektrycznych”. Dowód nr 14 złożony przez Zamawiającego potwierdza jedynie zatrudnienie Pana R. na tej inwestycji przez Hochtief Polska S.A. ale w żaden sposób nie potwierdza, że pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych.

Mając na uwadze wskazane w uzasadnieniu odwołania podstawy prawne zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum A., uwzględniając powyższą argumentację, Izba stwierdziła, że przedstawione zostały w kryteriach pozacenowych (doświadczenie kadry) informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Podnieść należy w tym miejscu, że przedstawianie informacji w ramach kryterium oceny ofert stanowi złożenie przez wykonawcę oświadczenia woli. Oświadczenie zawarte w tym wykazie do oceny kryteriów oceny ofert stanowi ofertę wykonawcy realizacji zamówienia. Odmienne niż miało to miejsce w zakresie rozpoznania wcześniejszego zarzutu (1), w przypadku załącznika nr 18 do SWZ „kryteria pozacenowe” mamy do czynienia z ofertą w rozumieniu art. 226 ustawy.

W ocenie Izby w tym zakresie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 znku oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy. Zgodnie z podnoszonym art. art. 14 ust. 3 pkt 1 ustawy uznk - Rozpowszechnianiem wiadomości,

o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się nieprzystługującymi lub nieściśłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników. W tym wypadku podane zostały informacje w załączniku nr 18 do SWZ odnoszące się do doświadczenia Pana R., które nie odnoszą się do jego kwalifikacji dotyczących doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych. Jeżeli byłaby jakakolwiek wątpliwość co do przypisania tego naruszenia w zakresie podanego niezgodnego ze stanem rzeczywistym doświadczenia, podnieść należy, że wyliczenie to jest jedynie przykładowe i w każdym przypadku należy mieć na uwadze, że nie są policzalne wszystkie ewentualne naruszenia jakie mogą mieć miejsce w praktyce rynkowej.

Izba uznała zasadność argumentacji podniesionej przez Odwołującego i zwartej w uzasadnieniu odwołania.

Izba nakazała odrzucenie oferty A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 znku oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy z uwagi na informacje podane w załączniku „kryteria pozacenowe”, a dotyczące Pana K.R. w odniesieniu do obu podanych inwestycji w zakresie informacji dotyczących pełnionych funkcji w ramach tych inwestycji.

Doświadczenie Projektant Architektury (Główny Projektant)

Izba ustaliła, że A. w Załączniku nr 18 do SWZ – Kryteria pozacenowe złożonym wraz z ofertą, w odniesieniu do doświadczenia Projektanta Architektury wskazał w tabeli podane następujące informacje:

R.L.

Projektant Architektury (Główny Projektant)

1. Nazwa i zakres projektów budowlanych, wykonawczych:

Przebudowa, rozbudowa i adaptacja zabytkowego budynku Młyna Górnego w Grudziądzu na funkcje kulturalno-educacyjne.

Zakres prac obejmował wykonanie: wielobranżowej dokumentacji projektowej, obejmującej projekt budowlany i projekt wykonawczy. Wykonanie dokumentacji projektowej w tym.: branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa.

Termin realizacji prac projektowych: 08.2021 r. -12.2022 r.

Wartość inwestycji netto: 40 006 645,45 zł

Kubatura obiektu: 15 835,00 m³

Ilość miejsc siedzących: 162 miejsca siedzące

Dane Zamawiającego: Województwo Kujawsko- pomorskie Ul. Plac Teatralny 2, Toruń.

Rodzaj robót budowlanych: przebudowa i rozbudowa

Pełniona funkcja na projekcie: Główny projektant.

Wskazana powyżej inwestycja obejmowała aranżację i wyposażenie wnętrz: w tym: - zabudowy stałe - oraz meble ruchome

Zakres prac obejmował wykonanie: wielobranżowej dokumentacji projektowej, obejmującej projekt budowlany i projekt wykonawczy.

Wykonanie dokumentacji projektowej w tym.: branża architektoniczna,

konstrukcyjno-budowlana, sanitarna,

elektryczna, niskoprądowa.

Budynek użyteczności publicznej.

Izba zważyła w zakresie rozpoznania zarzutu w tym zakresie, że osią sporu jest jak podał w odwołaniu Odwołujący, że „kubatura obiektu zaprojektowanego przez p. Roberta Lebiotę, wskazanego przez Konsorcjum A. do pełnienia funkcji PA, była niższa od wymaganej przez zamawiającego min. 15 000m³.” Dodatkowo w argumentacji jest wskazanie, że podana w opisie technicznym Projektu wykonawczego architektury wielkość kubatury 15 835 m³ ma charakter informacyjny określony przez architekta, który powinien zastosować prawidłowe normy, czego nie uczynił.

Tak postawiony zarzut odwołania w żaden sposób nie uzasadnia tego, że podana wielkość kubatury w opisie projektu wskazanego w załączniku nr 18 do SWZ kryteria pozacenowe w żaden sposób nie stanowi argumentacji uzasadniającej tego, że kubatura obiektu była niższa niż wymagane 15 000m³. Izba wskazuje, że Odwołujący nie podał w swoim stanowisku jaka faktycznie była wielkość kubatury tego obiektu, nie podaje żadnej wartości jaka miała by stanowić o tym, że faktycznie nie zostało spełnione wymaganie Zamawiającego. Dodatkowo w zakresie wyliczeń dokonanych przez architekta Odwołujący nie wyjaśnia jakie normy nie zostały dochowane. W zasadzie podane stanowisko Odwołującego jedynie kwestionuje dane podane przez Admaitz, w żaden sposób ich nie uzasadniając. Stanowisko Odwołującego nie zostało w żaden sposób uzasadnione, stanowi jedynie raptem trzydziestokilokilowe wskazanie przez Odwołującego okoliczności z jakimi się nie zgadza. Znamienne jest to, że obliczu pozostałych zarzutów odwołania argumentacja Odwołującego sięga niekiedy kilkunastu lub kilkudziesięciu stron z przytoczeniem szeregu argumentów oraz załączeniem do odwołania dowodów na poparcie podnoszonych okoliczności. W tym wypadku nawet nie zostało podane przez Odwołującego wskazanie wielkości kubatury obiegu jaka w jego ocenie jest prawidłowa, a zarazem niespełniająca wymagania.

Dopiero na etapie postępowania odwoławczego oraz składanych pism procesowych Odwołujący przedstawia argumentację odnoszącą się do sposobu wyliczenia kubatury, zastosowanych norm, błędów jakie zostały popełnione przy dokonaniu obliczeń oraz wskazuje na dowody w tym zakresie. Izba wyjaśnia, że o ile faktycznie dowody wykonawca może w trakcie rozprawy składać aż do zamknięcia rozprawy, to wymaga podkreślenia, że uzasadnienie stanowiska Odwołującego mające wykazać zasadność twierdzeń musi być zawarte w odwołaniu. Przedstawienie argumentacji faktycznej w odwołaniu pozwala na odniesienie się do stanowiska jakie prezentuje Odwołujący.

Uzasadnienie faktyczne podniesione przez Odwołującego, stanowiące nierozdzielny element podniesienia w odwołaniu zarzutów odwołania określa jednocześnie zakres rozpoznania odwołania przez Izbę. Izba podkreśla, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w nieprzerwanie aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności

faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd,

że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie

w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane

na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko

co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odzwierciedlenie w piśmiennictwie.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Jedynie w zakresie naruszeń podnoszonych w uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołania możliwa jest zgodnie z zasadą orzekania

w zakresie zarzutów, ocena podnoszonych przez Odwołującego naruszeń. Wynika

to również z tego, że jakiegokolwiek rozszerzenie argumentacji faktycznej stanowi nową, nieznaną Zamawiającemu oraz uczestnikowi postępowania odwoławczego argumentację / stanowisko Odwołującego, z którym nie mógł się on zapoznać wcześniej.

Brak argumentacji Odwołującego w uzasadnieniu odwołania potwierdza szeroko prezentowana, popierana dowodami argumentacja faktyczna w trakcie rozprawy. Izba poddając ocenie stanowisko Odwołującego musiałby poddać ocenie stanowiska wyrażone po upływie terminu na odwołanie. Stanowisko zawarte w uzasadnieniu odwołania nie przedstawia żadnej argumentacji dającej poddać się ocenie, bowiem zawarte tam twierdzenia nie zostały w żaden sposób uargumentowane. Tym samym Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 znu oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy w odniesieniu do wykazanego doświadczenia Pana Lebiody w załączniku nr 18 do SWZ kryteria poza cenowe załączonym do oferty za niezasadne.

W odniesieniu do dowód złożonych przez strony postępowania i uczestnika w zakresie tego zarzutu, w obliczu powyższego, Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Doświadczenie Menager BIM Koordynator BIM (MBIM)

Izba ustaliła, że A. w Załączniku nr 18 do SWZ – Kryteria pozacenowe złożonym wraz z ofertą, w odniesieniu do doświadczenia MBIM wskazał w tabeli podane następujące informacje:

T.R.

Manager BIM lub Koordynator BIM

(...)

3. Nazwa zadania: Projekt: Budynek C, w zespole budynków handlowo-usługowych. Galeria handlowa w Elku.

Inwestycja zakończona.

Rodzaj robót: budowa.

Budynek użyteczności publicznej.

Dla inwestycji uzyskano pozwolenie na

użytkowanie.

Niniejsze zadanie obejmowało min.: wykonanie wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) zrealizowany z wykorzystaniem modelu BIM.

Termin realizacji projektu: 13.05.2013 r.- 22.11.2013 r.

Stanowisko przy realizacji zadania: BIM Manager Pan T.R. kierował pracami przy wykonywaniu projektu z wykorzystaniem modelu BIM.

Wartość inwestycji: ponad 30 000 000,00 zł netto

Zamawiający: Pulsart Architekci ul. Brukowa 20 Łódź.

Izba na wstępie wskazuje, że zarzut odwołania na podstawie uzasadnienia zawartego w treści odwołania, odnosi się do przedstawienia Zamawiającemu informacji dotyczących: udziału Pana Rozpędka przy wykonaniu projektu z wykorzystaniem technologii BIM, wartości powołanej inwestycji, okresu realizacji inwestycji, oraz rzeczowego zaangażowania biura projektowego.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania niezbędne jest wskazanie, że podane

w wykazie „Kryteria pozaenowe” zadanie „Galeria handlowa w Elku – budynek C” stanowi fragment, element dużego obiektu jakim jest zespół obiektów handlowo-usługowych Galeria Handlowa Brama Mazur. W skład tej inwestycji wchodzi budynek A, B, C. Budynek C to 4 sale kinowe. A. podał, że prace projektowe / przeprowadzone roboty budowlane zostały odpowiednio dla budynku A, budynku B oraz Budynku C.

W zakresie wartości powołanej inwestycji jaka została wskazana przez A. Izba uznaje za zasadne twierdzenia Odwołującego. Izba podkreśla, że zgodnie ze stanowiskiem A. wyrażonym w piśmie z dnia 26 kwietnia 2024 roku w sposób jednoznaczny wykonawca podał, że „badając doświadczenie pana Rozpędka ocenie należy poddać prace projektowe zrealizowane w toku wycinka Bramy Mazur to jest zadania pod nazwą galeria handlowa budynek C”. Pozostała argumentacja A. zarówno zwarta w pismach procesowych jak również w trakcie rozprawy jednoznacznie potwierdza, że brał on udział w projektowaniu budynku C.

Z informacji zawartych załączniku nr 18 do SWZ Kryteria pozacenowe jednoznacznie wynika: *Nazwa zadania: Projekt: Budynek C, w zespole budynków handlowo-usługowych. Galeria handlowa w Elku, oraz podana wartość inwestycji: ponad 30 000 000,00 zł netto.*

Na podstawie przedstawionego dowodu przez Odwołującego podchodzącego

od generalnego wykonawcy Mostostal Warszawa S.A jednoznacznie wynika, że wartość prac budynku C nie przekraczała wartości 30 mln zł. Znamienym jest, że w piśmie procesowym z dnia 26 kwietnia 2024 roku A. w zasadzie pomija tą kwestię wskazując jedynie, że przekazał Zamawiającemu informacje odpowiadające prawdzie. Natomiast Zamawiający prowadząc wykładnię odnoszącą się do braku zdefiniowania w SWZ obiektu, uznał, że dla doświadczenia Pana Rozpędka przy wykonaniu projektu z wykorzystaniem technologii BIM (dla projektu budynku C, co wynika ze wcześniejszego stanowiska Zamawiającego) należy brać pod uwagę wartość całego projektowanego obiektu, a więc całej Galerii w Elku.

Ponowienie niezbędne jest sięgnięcie do treści warunku udziału w postępowaniu zgodnie z którym MBIM: *w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert brała udział przy wykonaniu co najmniej 1 wielobranżowego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego lub wykonawczego zrealizowanego z wykorzystaniem modelu BIM dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej*

o wartości minimum 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych), a ponadto inwestycja której dotyczył ww projekt została zakończona pozwoleniem na użytkowanie

(w formie wykonanej decyzji lub skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót budowlanych);

Z postanowień tego warunku w ocenie Izby, w sposób jednoznaczny wynika, że wartość jaką określił Zamawiający dotycząca wartości budowy lub przebudowy odnosiła się bezpośrednio do obiektu zrealizowanego na podstawie wykonanego wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego lub wykonawczego. Tym samym wartość budowy lub przebudowy obiektu objętego projektem jaki miał być wykonany z wykorzystaniem technologii BIM w którym brał udział dany Menager BIM miała mieć wartość minimum 30 mln zł. Zdaniem Izby jednoznacznie to wynika z literalnego brzmienia wyżej przytoczonej fragmentarycznie treści warunku. Jednocześnie jest

to w sposób oczywisty jak najbardziej zrozumiałe, bowiem trudno założyć, że wartość realizacji całej inwestycji zrealizowanej jedynie w wycinku (ok. 10%) na podstawie projektu budynku C miałyby kwotowo potwierdzać nabyte doświadczenie. Wartość wszystkich robót budowlanych dla obiektu galerio handlowej, wykonanego na podstawie jednego pozwolenia na budowę wynosiła 110,7 mln zł. Izba podkreśla również w tym miejscu, że A.

nie podał jaka była wartość budowy obiektu w którym projektowaniu brał udział Pan Rozpędek. Znamienne również dla rozpoznania tego zarzutu jest to, że nie została podana

w żadnych dokumentach referencjach pochodzących od Plusart S.A Architekci oraz od GV Elk sp. z o.o. informacja odnoszą się do wartości budynku C. Warto jednak zaznaczyć, że ten ostatni podmiot w referencji z 12 marca 2015 roku załączonej do wyjaśnień przez A. podał, że Biuro projektowe Plusart R.K. wykonało projekt budowlany budynku biurowo usługowego (kina wielosalowego) o łącznej powierzchni 4 200m², co niewątpliwie również wpływa na wartość robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za zasadne podnoszone w tej części zarzutów odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 znku oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy w odniesieniu do wykazanego doświadczenia Pana Rozpędka w załączniku nr 18 do SWZ kryteria poza cenowe załączonym do oferty w związku z przedstawieniem informacji nieodpowiadających doświadczeniu tego Pana.

W ocenie Izby w tym zakresie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw.

z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 znku oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy. Zgodnie z podnoszonym art. art. 14 ust. 3 pkt 1 ustawy uznk - Rozpowszechnianiem wiadomości,

o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się nieprzysługującymi lub nieściśłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników. W tym wypadku podane zostały informacje w załączniku nr 18 do SWZ odnoszące się do doświadczenia Pana Rozpędka, które nie odnoszą się do jego kwalifikacji dotyczących doświadczenia przy wykonaniu minimum 1 wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego lub wykonawczego z wykorzystaniem modelu BIM

dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 30 000 000 PLN netto. Izba uznała zasadność argumentacji podniesionej przez Odwołującego i zwartej w uzasadnieniu odwołania, ponieważ wartość zaprojektowanego budynku C w którego projektowaniu brał udział Pan Rozpędek nie wynosiła min 30 mln zł. gdyby wynosiła

to niewątpliwie A. by to wykazał chociażby dowodowo w trackie rozprawy.

Izba nakazała odrzucenie oferty A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy

w zw. z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 znku oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy z uwagi

na informacje podane w załączniku „kryteria pozaceonowe”, a dotyczące Pana T.R. w odniesieniu do inwestycji *Budynek C, w zespole budynków handlowo-usługowych. Galeria handlowa w Elku* w zakresie informacji dotyczących wartości projektowanego budynku C.

W zakresie pozostałych argumentów podnoszonych przez Odwołującego dotyczących wykorzystania technologii BIM, okresu realizacji inwestycji, oraz rzeczowego zaangażowania biura projektowego Izba argumentację tą uznała za niezasadną.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący bazuje w swoim stanowisku na informacjach od generalnego wykonawcy, natomiast zasadnym jest uwzględnianie stanowiska podmiotów biorących udział w projektowaniu. Z żadnego stwierdzenia podanego w oświadczeniu Mostostal Warszawa S.A. nie wynika nic co dotyczyłoby bezpośrednio projektowania budynku C. Z załączonych do złożonych przez A. wyjaśnień dokumentów referencji z dnia 5 lutego 2024 roku oraz z dnia 18 listopada 2013 roku jak również z 12 marca 2015 roku wynika w sposób jednoznaczny, że Biuro projektowe Plusart R.K. wykonało projekt budowlany budynku biurowo usługowego (kina wielosalonego) o łącznej powierzchni 4 200m².

W oświadczeniu – referencji z dnia 5 lutego 2024 roku jednoznacznie oświadczono,

że Firma PLUSART.PL ARCHITEKCI wykonała kompletną dokumentację budynku C, w tym kina czterosalonego, którą była realizowana przy użyciu oprogramowania Autodesk Revit

w technologii projektowania 3D BIM. (potwierdza to również referencja z 2013 roku) Pan R.K. oświadczył jednocześnie, że Pan arch. T.R.

był projektantem w zespole PLUSART.PL ARCHITEKCI opracowującym projekt budynku C - usługowego zawierającego kino wielosalone, będącego częścią zespołu budynków handlowo-usługowych w pod nazwą Galeria Handlowa Brama Mazur w Elku oraz,

że dokumentacja stanowiła część całości projektu Galerii Handlowej, która była procedowana w ramach wspólnego pozwolenia na budowę. Nad całością zadania czuwała firma CDF ARCHITEKCI z Poznania, a jej główny projektant właściciel arch. K.F. pełnił role sprawdzającego w projekcie budynku C. Tej ostatniej informacji w żaden sposób Odwołujący nie argumentował.

W ocenie Izby powyższe informacje zawarte w referencjach od inwestora oraz od projektanta rozwiewają wszelkie wątpliwości co do rzeczowego zaangażowania biura projektowego oraz wykorzystania technologii BIM przy projektowaniu. Wszelkie inne dowody, w tym oświadczenia innych projektantów, jakie przedstawiał Odwołujący Izba uznaje

za niezasadne, w tym dowód nr 6 z rozprawy, bowiem stanowi on korespondencję

z głównym wykonawcą w zakresie odnoszącym się do jego udziału w projektowaniu, przy czym Odwołujący nie wykazuje co też w zasadzie ten dowód miałby wykazać w odniesieniu do doświadczenia projektowego Pana Rozpędka.

Natomiast w odniesieniu do ostatniego elementu oświadczenia kwestionowanego przez Odwołującego, tj. okresu realizacji inwestycji w tym zakresie Odwołujący w żaden sposób

nie wykazał, że przedstawiony wykaz w załączniku nr 18 do SWZ „kryteria pozacenowe” termin realizacji projektu nie

odpowiadał wymaganiu Zamawiającego. Jednozdaniowa argumentacja zawarta w odwołaniu w żaden sposób tego nie wyjaśnia i nie uzasadnia.

W tym zakresie w całości pozostaje zasadna argumentacja prawna przedstawiona przy rozpoznaniu powyżej tego zarzutu w odniesieniu do Pana Lebiody.

(3)w zakresie – nieprawidłowej oceny oferty A. w ramach kryteriów oceny ofert.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba odniesie się w kolejności do poszczególnych podnoszonych przez Odwołującego elementów przedstawionych w kryterium oceny ofert odnoszących się do doświadczenia osób do poszczególnych funkcji.

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 239 ust. 1 ustawy – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Kierownik Budowy – Tomasz Binczak

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

3) *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami (w postaci kadry Wykonawcy) do kierowania budową i kierowania robotami, które zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, spełniającymi następujące wymagania:*

1) *min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Kierownik Budowy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, co najmniej 10 letnie doświadczenie (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w kierowaniu budową, która w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję kierownika budowy w ramach jednej wielobranżowej budowy lub przebudowy dotyczącej obiektu użyteczności publicznej o kubaturze większej niż 15.000,00 m³ oraz o wartości robót co najmniej 70 000 000 PLN (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych) netto;*

Izba ustaliła, że w SWZ (...) w Rozdziale 10 SWZ - SPOSÓB OCENY OFERT Zamawiający podał:

(...)

Kryterium 2 Doświadczenie zespołu kierowników budowy i robót wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia – waga 20%

Kryterium 2 Doświadczenie zespołu kierowników budowy i robót wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia – waga 20% Lp.	Wykonywana funkcja	Doświadczenie wymagane jako warunek udziału w postępowaniu (minimalne)	Doświadczenie punktowane będzie za kierowanie robotami i doświadczenie powyżej liczby wymaganej wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 3 SWZ dla danego kierownika w następujący sposób
1	Kierownik budowy	Doświadczenie wymagane, jako warunek udziału w postępowaniu (minimalne) określone w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 pkt 1 SWZ	Punktacja przyznawana będzie przyznawana w następujący sposób: 1/ za udział, w okresie ostatnich 10 lat, licząc od dnia upływu składania ofert, w kierowaniu robotami, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (rodzaj i wielkość) określonym w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 pkt 1 SWZ, powyżej liczby wymaganej jako minimum - wskazanej w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 pkt 1 SWZ przyznaje się 1 punkt – maksymalnie 2 punkty 2/ za doświadczenie zawodowe liczone od uzyskania uprawnień: od 10 do 15 lat – 0 pkt. powyżej 15 lat – 2 pkt Łącznie maksymalnie można uzyskać: 4 punkty

Izba ustaliła, że w załączniku nr 18 do SWZ (wzorzec) podano w kolumnie: *Opis dodatkowych zadań (dane przewidziane w SWZ w zakresie dot. doświadczenia i zrealizowanych inwestycji)* – zgodnie z warunkami określonymi w SWZ dla danej osoby:

Doświadczenie zawodowe:..... lat

Wykształcenie:

1) *Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN netto), kubatura obiektu, dane*

Zamawiającego:

.....
2) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), kubatura obiektu, dane Zamawiającego:

.....
Izba ustaliła, że A. w Załączniku nr 18 do SWZ – Kryteria pozacenowe złożonym wraz z ofertą, w odniesieniu do doświadczenia MBIM wskazał w tabeli podano następujące informacje:

T.B.

Kierownik Budowy

(...)

2) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), kubatura obiektu, dane Zamawiającego:

Nazwa inwestycji: „Zespół zabudowy obejmujący budowę budynku biurowo – usługowego z garażem podziemnym, przebudowę budynku biurowo – usługowego „Bellona” przy pl. Europejskim 3 i przebudowę kamienicy mieszkalnej z usługami w parterze przy ul. Grzybowskiej 73.

Termin realizacji: 2021 r. - (trwa nadal)

Termin pełnienia funkcji kierownika budowy: Od 01. 2021 r. – 11.2023 r. (oraz obecnie)

Wartość inwestycji netto: ponad 500 000 000,00 zł.

Kubatura obiektu: 288 506,00 m³

Dane Zamawiającego: Ghelamco Poland sp. z o.o. ul. Pl. Europejski 1, Warszawa.

Rodzaj robót: budowa.

Obiekt użyteczności publicznej.

Pełniona funkcja na inwestycji: kierownik budowy.

Kierownik budowy w ramach wielobranżowej budowy na wskazanej inwestycji.

Osią sporu w tym wypadku jest kwestia podania przez A. w zakresie doświadczenia Kierownika robót informacji o tym, że inwestycja trwa nadal, czyli nie jest zakończona, co w ocenie Odwołującego dyskwalifikuje możliwość przyznania punktów

w zakresie tego doświadczenia. Odwołujący opiera się na treści załącznika nr 18 do SWZ.

Izba stanowisko Odwołującego uznała za niezasadne. Słusznie podnosi A. w piśmie procesowym z dnia 26 kwietnia 2024 roku, że w zakresie warunków w jakich chciał Zamawiający aby legitymować się doświadczeniem na zakończonych inwestycjach w sposób jednoznaczny wyartykułował to w SWZ (tak np. Kierownik robót drogowych, Koordynator BIM, czy doświadczenia w wykonaniu samej roboty budowlanej). Izba podkreśla, że z treści warunku udziału w postępowaniu nie wynika, że Zamawiający wymaga legitymowania się jedynie doświadczeniem pozyskanym w zakończonych inwestycjach.

Zarzut odwołania opiera się na treści wzoru załącznika nr 18 do SWZ, który co należy podkreślić nie tworzy i nie modyfikuje, jak również nie dookreśla treści warunku zamówienia. Jednocześnie Odwołujący pomija, wydaje się w sposób przemyślany treść SWZ odnoszącą się do oceny ofert w kryteriach oceny.

W opisie kryteriów oceny ofert Zamawiający jednoznacznie podał w SWZ, że w ramach oceny podda *Doświadczenie wymagane jako warunek udziału w postępowaniu (minimalne)* to *Doświadczenie wymagane, jako warunek udziału w postępowaniu (minimalne)* określone w rozdziale 7 ust. 1 lit d. pkt 3 ppkt 1 SWZ. Zestawiając ze sobą powyższe regulacje Zamawiającego w sposób jednoznaczny stwierdzić należy, że podane w załączniku nr 18 do SWZ (wzór) odwołania do „nazwa zakończonej inwestycji” nie mogą być odczytywane w sposób jakiego by chciał Odwołujący, bowiem nie zmieniają one ani treści warunku, ani sposobu oceny w kryteriach określonych w SWZ. Znamienne jest, że Odwołujący nie wyjaśnia wpływu treści załącznika nr 18 na postanowienia SWZ. Wynika to z pewnością z tego, że wzór formularza nie zmienia postanowień SWZ.

Jednocześnie Izba podnosi, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby oraz sądów powszechnych w przypadku jakichkolwiek wątpliwości czy rozbieżności w dokumentacji muszą być one tłumaczone na korzyść wykonawcy. Nie mają wpływu na ocenę również dokonywane modyfikacje Załącznika nr 18 do SWZ (wzór) w zakresie innych funkcyjnych osób, bowiem fakt zmiany czy też nie treści tego załącznika i dostosowania go do wymagań warunku oraz kryteriów oceny ofert świadczy jedynie o sposobie prowadzenia przez Zamawiającego postępowania. Nie uzasadnia natomiast twierdzenia, że to treść załącznika staje się wiodącą w ramach przyznawania punktów w kryteriach oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za niezasadne stanowisko Odwołującego i nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy.

(4)w zakresie – nieprawidłowa ocena spełniania przez A. warunków udziału w Postępowaniu dotyczących dysponowania potencjałem kadrowym wymaganym od wykonawcy, zaniechanie wykluczenia Konsorcjum A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a – a ewentualnie – lit. b ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk.

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:
 - 8) 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;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
 - 2) została złożona przez wykonawcę:
 - a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
 - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
 - 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 13 maja 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233; dalej „ustawa uznk”)

- art. 3 ust. 1 ustawy uznk –

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

- art. 14 ust. 1 ustawy uznk – Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

- art. 14 ust. 3 pkt 1 ustawy uznk - Rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się:

1) nieprzystługującymi lub nieścisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;

Ustawa z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane tj. z dnia 21 marca 2024 r. (Dz.U. z 2024 r. poz. 725)

Art. 7

1.Do przepisów techniczno-budowlanych zalicza się:

1) warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane i ich usytuowanie;

2) warunki techniczne użytkowania obiektów budowlanych.

2.Warunki, o których mowa w ust. 1 pkt 1, określą, w drodze rozporządzenia:

1) minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa dla budynków oraz związanych z nimi urządzeń;

2) właściwi ministrowie, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa, dla obiektów budowlanych niewymienionych w pkt 1.

Izba zważyła:

Po pierwsze, Izba w zakresie tych zarzutów odwołania uszczegóławia, że w piśmie z dnia 30 kwietnia 2024 roku Odwołujący oświadczył:

1)o cofnięciu zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP (zarzut nr I) wyłącznie w zakresie związanym z kwalifikacją Inwestycji Selvita oraz budynku przy ul. Aleje Jerozolimskie (Equinix) jako budynki użyteczności publicznej, tj. informacji związanych z doświadczeniem p. M. P., T. Rozpędka oraz T. S.,

2)o cofnięciu zarzut art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. B w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP (zarzut nr IV), ale wyłącznie w zakresie dotyczącym spełniania warunku udziału w Postępowaniu,

o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 3 ppkt 7 SWZ (kierownik robót oświetlenia scenicznego – p. D. J.), a w konsekwencji zarzut podania nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia tej osoby.

Uszczegółowiono w trakcie rozprawy w dniu 9 maja 2024 roku zakres wycofania zarzutów odwołania przez wskazanie, że Odwołujący cofa zarzuty odwołania w następujący sposób,

tj. co do:

1.naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 1 pkt 4, tj. w zakresie, w jakim wprowadzono zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących doświadczenia pana P., Rozpędka, S. w zakresie informacji

związanych z kwalifikacją inwestycji Selvita oraz Equinix

2.naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4, spełnieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kierownika robót oświetlenia scenicznego pana J. i w konsekwencji zarzut podania nieprawdziwych informacji (W zakresie pana J. zarzuty są cofnięte w całości.)

3.zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w odniesieniu do pana R..

Po drugie, w odniesieniu do wszystkich elementów wskazanych w ramach tego zarzutu (4) odwołania wymienionego powyżej Izba za niezasadne uznaje podnoszenie argumentacji dotyczącej naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk. Podobnie jak miało to miejsce przy rozpoznaniu zarzutów (1) na wstępie stanowiska Izby, Izba podnosi, że nie wypełnia się odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk. Izba stwierdza w tym miejscu,

że wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (dalej: wykaz osób),

do jakiego referuje w zakresie podniesionych zarzutów odwołujący nie stanowi treści oferty

w znaczeniu ujętym w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy. Wymaga podkreślenia, że zgodnie

z ustawą przewidziane zostały fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy

z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które w odniesieniu do wykonawcy przedstawiającego informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd pozwalają na jego wykluczenie z postępowania, a jedynie w konsekwencji odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Regulacje te są wynikiem implementacji dyrektywy. Do przesłanek tych należą wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy. W ramach przedmiotowego postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przewidział jedynie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, które w odniesieniu do części elementów faktycznych tego zarzutu (4) zostały wycofane. Natomiast nie przewidział Zamawiający fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Podnoszenie zarzutu naruszenia na wstępie akapitu podanych podstaw prawnych stanowi swoiste obejście przepisów ustawy odnoszących się do wykluczenia wykonawcy, a nie przewidzianych przez Zamawiającego.

Regulacje prawne do jakiej odnosi się Odwołujący i powołuj je w zakresie zarzutu niewątpliwie będą miały zastosowanie do badania treści oferty rozumianej jako oświadczenia woli wykonawcy, czyli elementów składanych przez wykonawcę w ramach zobowiązania

do świadczenia danego zamówienia na określonych zasadach, przy wykorzystaniu określonych elementów dających wykonawcy przewagę w ocenie oferty. Czyli w odniesieniu do wszystkiego tego co nie jest oświadczeniem wiedzy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba podkreśla w tym miejscu, że taka interpretacja przepisów prowadziłaby do nieuprawnionej zmiany znaczenia oceny w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdzie ustawodawca przewiduje również inne procedury jak chociażby samooczyszczenie wykonawcy, którą w określonych przypadkach wykonawca ma możliwość zastosowania. Natomiast odwołanie do przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przy elementach oceny spełnienia warunku niweczyłoby tą ustawową możliwość i prowadziło do powstania dwóch odrębnych trybów oceny tego samego stanu faktycznego. Widać dostrzega to również sam Odwołujący, bowiem w argumentacji zawartej w odwołaniu

w części odnoszącej się do naruszeń prawa bowiem powołuje on jedynie podstawy prawne nie czyniąc żadnej pogłębionej analizy prawnej uzasadniającej odwołanie się do takiej podstawy prawnej przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba ma świadomość odrębnych rozstrzygnięci w innych orzeczeniach uwzględniających takie stanowiska odwołujących jak puentowane przez Odwołującego w tej sprawie, przy czym Izba zaznacza, że w znanych Izbie orzeczeniach w żaden sposób nie zostało wyjaśnione ujęcie jednego stanu faktycznego w obliczu różnych podstaw prawnych

i konsekwencji wynikających choćby z możliwości prowadzenia procedury samooczyszczenia w przypadku podstaw wykluczenia. Poza przedmiotem argumentacji pozostało również odniesienie się do rozumienia odrzucenia oferty w znaczeniu art. 226 ustawy w kontekście braku podstawy wykluczenia w odniesieniu o warunków udziału w postępowaniu.

Warto

w tym miejscu zaznaczyć, że ustawa jednoznacznie w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a wskazuje

na podstawę odrzucenia oferty jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania natomiast jest czynnością, która swoje umocowanie znajduje w określonym katalogu podstaw enumeratywnie wymienionych w ustawie. Także charakterystycznym w zakresie tej oceny jest zdefiniowanie oferty w postępowaniu, które przejawiać się powinno – co ugruntowane jest w orzecznictwie i doktrynie – w oświadczeniu swojej woli przez wykonawcę. Wielość niewyjaśnionych elementów w dotychczasowym orzecznictwie oraz przestanie

na stwierdzeniach odnoszących się do katalogu czynów z uznk czy też zasady dobrych obyczajów w ocenie Izby nie

uzasadnia braków w argumentacji odnoszących się

do stosowania przepisów ustawy zgodnie z ich pełny odwołaniem i zastosowaniem

do poszczególnych czynności wykonawcy. Podkreślenia wymaga na koniec,

że zastosowanie danej podstawy prawnej oraz odrzucenie oferty nie może być wybiórcze,

i w przypadku oceny warunków musi odnosić się do całości ustawy regulujących tą ocenę,

w tym do samooczyszczenia. Takiego stanowiska natomiast nie przedstawił Odwołujący odnosząc te naruszenia, co

powoduje niezasadność podniesionego naruszenia oraz potwierdza jego daleko idącą kazuistkę niemieszczącą się w

regulacjach ustawy. Tym samym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy

w związku z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk.

Po trzecie, Izba poddała pod rozpoznanie zarzuty w zakresie niewycofanym przez Odwołującego. W zakresie rozpoznania tego zarzutu (4) odwołania Izba odniesie się

w kolejności do poszczególnych podnoszonych przez Odwołującego elementów przedstawionych.

Projektant Instalacji Teletechnicznych

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

2) *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami wchodzącymi w skład Zespołu projektowego, który Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, tj.:*

5) *dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Projektant instalacji teletechnicznych, posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w projektowaniu dla tej specjalności, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert, wykonała minimum 2 projekty wykonawcze instalacji teletechnicznych/niskoprądowych (obejmujące – łącznie w ramach tych projektów - systemy sieci strukturalnej, WLAN, serwerownię, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD,) dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto każdy oraz kubaturze większej niż 15.000,00 m³ każdy;*

Izba stwierdziła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

W ramach sformułowanych warunków udziału w postępowaniu (zarówno dotyczących doświadczenia Wykonawcy, jak i wymaganego personelu opisanego powyżej), Zamawiający informuje, że:

(...)

> Zamawiający poprzez budynek użyteczności publicznej rozumie, zgodnie z § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny;

Izba ustaliła, że w dokumencie - Załącznik nr 08 do SWZ - WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ WYKONANIU ZAMÓWIENIA, złożonym przez A. podane zostało:

M.P.

Projektant instalacji teletechnicznych

2) *Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), kubatura obiektu, dane Zamawiającego:*

Nazwa Inwestycji: Prace projektowe obejmujące wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej (konceptji architektoniczno-urbanistycznej, projektu budowlanego, projektu wykonawczego, projektu zagospodarowania terenu, kosztorysów inwestorskich, przedmiarów, STWIORB) wraz z wszelkimi uzgodnieniami, decyzjami oraz procedowaniem spraw związanych z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę oraz sprawowaniem nadzoru autorskiego w trakcie prowadzenia prac budowlanych związanych z inwestycją pn. „Centrum Badawczo-Rozwojowe Usług Laboratoryjnych w Obszarze Odkrywania i Rozwoju Leków Selvita S.A.”

Zakres prac projektowych obejmował min: projekt wykonawczy instalacji teletechnicznych/niskoprądowych (obejmujący – łącznie w ramach projektu - systemy sieci strukturalnej, WLAN, serwerownię, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD,) dla budowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych minimum 30 000 000 zł netto oraz kubaturze większej niż 15.000,00 m³.

W ramach projektu wykonawczego zaprojektowano łącznie: -System sieci strukturalnej, -WLAN, -Serwerownię, -SSP, -DSO, -SSWiN, -CCTV, -KD.

Termin realizacji prac projektowych:

08.2020 r. – 01.2023 r.

Kubatura obiektu: powyżej 49 000,00 m³.

Wartość robót budowlanych netto: powyżej 30 000 000,00 zł.

Rodzaj inwestycji: Budowa.

Obiekt użyteczności publicznej.

Dane Zamawiającego: Selvita S.A., ul. Bobrzyńskiego 14, Kraków.

Pełniona funkcja przy realizacji prac projektowych: Projektant instalacji teletechnicznych.

- wraz z informacją dotyczącą rodzaju systemów zrealizowanych w ramach ww. inwestycji

Izba zaznacza, że osiłą sporu w zakresie tak wskazanego doświadczenia Projektanta Instalacji teletechnicznych jest wskazanie, że pozyskał on doświadczenie w ramach

ww. inwestycji i określenie - *Obiekt użyteczności publicznej*. Odwołujący twierdzi, że nie jest to obiekt użyteczności publicznej.

Izba mając na uwadze treść SWZ w rozdziale 7 uznała, że budynek „Centrum Badawczo-Rozwojowe Usług Laboratoryjnych w Obszarze Odkrywania i Rozwoju Leków Selvita S.A.” (dalej: *Selvita*) nie jest budynkiem użyteczności publicznej.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego 1. Do przepisów techniczno-budowlanych zalicza się: 1) warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane i ich usytuowanie. Zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo budowlane warunki, o których mowa w ust. 1 pkt 1, określają, w drodze rozporządzenia: minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa dla budynków oraz związanych z nimi urządzeń.

Rozporządzenie z dnia 12 kwietnia 2002 roku Ministra infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie tj. z dnia 15 kwietnia 2022 r. w § 3 pkt 6 definiuje pojęcie

budynku użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Mając na uwadze postanowienia SWZ, tylko w tym zakresie możliwe jest odwoływanie się

do definicji budynku użyteczności publicznej. Pomocnym i spójny z wyżej wymienioną definicją, przy kwalifikacji budynku jako budynku użyteczności publicznej, jest również odwołanie do funkcji, charakteru prowadzonej działalności w tym budynku

tj. realizowania usług na rzecz zaspokajania określonych potrzeb społecznych. Ma to po tyle istotne znaczenie, że definicja ww. rozporządzenia jest definicją otwartą, a odniesienie do funkcji zaspokajania potrzeb społecznych pozwala na jej domknięcie. Wymaga również podkreślenia, że takie stanowisko prezentowane jest nieprzerwanie w orzecznictwie Izby. Niewątpliwie prowadzenie komercyjnego laboratorium prowadzącego badania, w tym badania naukowe nie uzasadnia uznania obiektu za obiekt użyteczności publicznej. Wszelkie tłumaczenia odwołujące się do tworzenia leków czy szczepione w systemie komercyjnym, które będą nam wszystkim kiedyś w przyszłości służyły nie uzasadnia w żaden sposób, że komercyjna prywatna działalności danej spółki stanowi działalność naukową w znaczeniu powszechności dostępu tej nauki dla społeczeństwa. Zestawić można taką działalność z działalnością Instytutów Naukowych (różnych), które prowadzą wszelakiego rodzaju badania, mające służyć rozwojowi nauki i dobru społecznemu zaspakajając potrzeby społeczne w zakresie różnych dziedzin i dyscyplin. Izba uznała za zasadne stanowisko Odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania jak również w piśmie z dnia 30 kwietnia 2024 roku.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że „Centrum Badawczo-Rozwojowe Usług Laboratoryjnych w Obszarze Odkrywania i Rozwoju Leków Selvita S.A.” (dalej: *Selvita*) nie jest budynkiem użyteczności publicznej w rozumieniu definicji jaką posłużył się Zamawiający na potrzeby tego postępowania, a A. nie wykazał, że realizowane tam usługi zaspakaja określone potrzeby społeczne. Nie potrzeba żadnej specjalistycznej wiedzy i informacją powszechną, ugruntowaną i wynikającą z doświadczenia życiowego są stwierdzenia odnoszące się do przemysłu lekowego, do komercyjnych badań prowadzonych nad nowymi generacjami leków. Ale również informacją powszechną jest to, że te najnowsze leki, leki na trudne choroby są po prostu płatne, a to potwierdza komercyjny charakter prowadzonych działań przez takie podmioty. Dodatkowo w piśmie z dnia 26 kwietnia 2024 roku A. podał, że laboratorium zajmuje się także świadczeniem usług badawczo – rozwojowych na zlecenie farmaceutycznych, biotechnologicznych oraz chemicznych

firm z całego świata. Niewątpliwie takie doświadczenie jest imponujące i godne uznania, niemniej nadal potwierdza właśnie komercyjny charakter świadczonych usług.

W zakresie naruszeń jakie podniósł Odwołujący Izba w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznaje za niezasadne oraz odsyła do stanowiska prawnego Izby wyrażonego na wstępie rozpoznania zarzutu w akapicie: „Po drugie (...)”.

W zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz powiązanego z tym bezpośrednio naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy – zarzuty zostały wycofane.

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Izba mając na uwadze powyżej podaną argumentację w zakresie rozpoznania stanowisk stron i uczestnika postępowania uznała, że w zakresie podniesionego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zasadzie spełnione i wykazane zostały przesłanki braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co wynika z całości argumentacji odnoszącej się do oceny wskazanego doświadczenia Pana P. – i uznania, że budynek Selvita nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Izba zaznacza jednocześnie, że zarzut odwołania referował do wykluczenia wykonawcy

z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak było jednakże jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się do tego, że w zakresie podniesionego zarzutu wykonawca był wzywany do uzupełniania dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. W związku z brakiem takiego stanowiska, oraz ustalenia przez Izbę z urzędu na podstawie akt postępowania odwoławczego – dokumentacji przekazanej

do Izby, że A. nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku w zakresie dysponowania osobami wchodzącymi w skład zespołu projektowego Izba uznała, że zarzut odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, tj. zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy A. z postępowania jest niezasadny. Izba w takim przypadku nie może nakazać wykluczenia z postępowania o zamówienie.

Manager BIM lub Koordynator BIM

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

2) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami wchodzącymi w skład Zespołu projektowego, który Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, tj.:

11) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Manager BIM lub Koordynator BIM, posiadająca wykształcenie wyższe oraz doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji managera lub koordynatora BIM, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert brała udział przy wykonaniu co najmniej 1 wielobranżowego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) projektu budowlanego i wykonawczego lub projektu budowlano-wykonawczego lub wykonawczego zrealizowanego z wykorzystaniem modelu BIM dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych), a ponadto inwestycja której dotyczył ww projekt została zakończona pozwoleniem na użytkowanie (w formie wykonalnej decyzji lub skutecznego zgłoszenia o zakończeniu robót budowlanych);

Izba ustaliła, że w dokumencie - Załącznik nr 08 do SWZ - WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ WYKONANIU ZAMÓWIENIA, złożonym przez A. podane zostało:

T.R.

Manager BIM lub Koordynator BIM

1) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), dane Zamawiającego, data uzyskania Pozwolenia na Użytkowanie i forma PnU:

Nazwa zakończonej inwestycji: Projekt budowlany i wykonawczy dla inwestycji budowy Budynku biurowo- usługowy przy ul Aleje Jerozolimskie w dzielnicy Włochy w Warszawie.

Dla wskazanej inwestycji Pan T.R. brał udział jako BIM Manager, przy wykonaniu wielobranżowego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) projektu budowlanego i wykonawczego zrealizowanego z wykorzystaniem modelu BIM dla budowy obiektu użyteczności publicznej o wartości powyżej 30 000 000,00 zł netto.

a ponadto inwestycja, której dotyczył ww projekt została zakończona pozwoleniem na użytkowanie, w formie wykonalnej decyzji.

Wielobranżowy projekt budowlany i wykonawczy obejmował branże: -branża architektoniczna, -konstrukcyjno-budowlana, -sanitarna, -elektryczna, -niskoprądowa.

Rodzaj inwestycji: Budowa.

Inwestycja zakończona pozwoleniem na użytkowanie.

Data uzyskania pozwolenia na użytkowanie: październik 2020 r.

Termin realizacji: 01.2017- 10.2020 r.

Forma PnU: w formie wykonalnej decyzji.

Wartość inwestycji: powyżej 30 000 000,00 zł netto.

Dane Zamawiającego: APMD sp. z o.o. ul. Górskiego 6 lok 06A1, Warszawa.

Pełniona funkcja przy realizacji inwestycji: Manager BIM

Osią sporu w zakresie tego elementu zarzutu (4) odwołania jest wskazanie w Wykazie osób doświadczenia - Projekt budowlany i wykonawczy dla inwestycji budowy Budynku biurowo- usługowy przy ul Aleje Jerolimskie w dzielnicy Włochy w Warszawie. Odwołujący wskazuje na brak identyfikacji inwestycji z uwagi na niepodanie w Wykazie osób inwestora oraz adresu inwestycji. W złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach A. podał, że *Inwestorem niniejszej inwestycji był podmiot: Equinix (Poland) spółka z o.o. Natomiast podmiotem na rzecz, którego Pan T.R. bezpośrednio świadczył swoje usługi była spółka APMD Sp. z o.o.* Izba podkreśla w tym miejscu, że w żaden sposób Odwołujący nie uzasadnia jaki wpływ na ocenę ma ten element braku podanych przez niego informacji, skoro w sposób bardzo precyzyjny identyfikuje budynek określony w odniesieniu do doświadczenia Menagera BIM i podnosi argumentację dotyczącą nie pełnienia funkcji obiektu użyteczności publicznej. Odwołujący nie wykazał również, że dla tego obiektu przy Al. Jerolimskich 123 w Warszawie Pan R. nie brał udziału w jego zaprojektowaniu. Domysły czy stwierdzenia jakie podnosi Odwołujący w żaden sposób nie zostały uzasadnione i wykazane. Czynione dywagacje w uzasadnieniu zarzutu odwołania w sposób bardzo chaotyczny i powtarzalny w zasadzie chyba mają wywołać wrażenie, że dane wskazane doświadczenie Pana Rozpędka nie spełnia wymagania Zamawiającego. Izba podkreśla, że Odwołujący winien wiedzieć, że nie treść referencji stanowi o zakresie realizacji usługi, bowiem dokument ten wydawany jest przez podmiot, który nie ma określonego obowiązku podawania w tym dokumencie określonych informacji. Tym samym kwestionowanie treści referencji należy poczytywać albo za brak podstawowej wiedzy w zakresie oceny dokumentów w postępowaniu albo za działanie celowe mające wprowadzać zamieszanie, chaos i powtarzalność w argumentacji Odwołującego. W zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz powiązanego z tym bezpośrednio naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy (poza elementem budynku użyteczności publicznej, który został wycofany) Izba zarzut uznała za niezasadny z uwagi na to, że nie wykazał Odwołujący spełnienia kumulatywnie przesłanek określonych ww. przepisie. Wyjaśnienia wymaga, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający może wykluczyć z postępowania 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. Przepis ten transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. W ramach regulacji tej wykluczeniu podlega wykonawca, który wprowadził w błąd Zamawiającego, zataił informacje lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych. Mając na uwadze stanowisko doktryny i spójne orzecznictwo podkreślenia wymaga, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego oparte o to, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, a błędem jest rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Czyli chodzi o to, że Zamawiający może mieć fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości polegające na tym, że przyjmuje okoliczności jakie nie występują lub pozostaje w nieświadomości okoliczności jakie występują. Jednakże wszystkie te przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie, a Odwołujący musi je jednoznacznie wykazać. W zakresie naruszeń jakie podniósł Odwołujący Izba w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznaje za niezasadne oraz odsyła do stanowiska prawnego Izby wyrażonego na wstępie rozpoznania zarzutu w akapicie: „Po drugie (...)”.

Natomiast w zakresie kwestionowania przez Odwołującego informacji z Wykazu osób, a odnoszącej się do tego, że obiekt należący do *Equinix (Poland) spółka z o.o.* tj. Equinix International Bussiness Exchange (dalej: Equinix) nie jest obiektem użyteczności publicznej Izba w całości przyjmuje w tym miejscu argumentację prawną przedstawioną powyżej przy rozpoznaniu elementu zarzutu dotyczącego Projektanta instalacji teletechnicznych. Odwołując się pomocniczo do wskazywanej już wcześniej do funkcji zaspakajania potrzeb społecznych pozwala na domknięcie definicji przyjętej przez Zamawiającego za wskazanym rozporządzeniem Izba uznała, nie sposób uznać, że funkcja budynku przeciwpożarowego stanowi o zaspakajaniu potrzeb społecznych, bowiem powierzchnia obiektu przeznaczona jest do posadowienia i ochrony serwerów. Ponownienie

w takim wypadku mamy do czynienia z usługą komercyjną. Powierzchnie biurowe i usługowe w tym budynku nie zostały dookreślone czy służą one zaspakajaniu potrzeb społecznych czy też realizacji zadań na potrzeby pracowników tego obiektu. Posiadanie sal konferencyjnych i możliwość korzystania z nich stanowi element powiązany i odnosi się do klientów spółki posiadającej budynek, co jednoznacznie wynika z treści pisma z dnia 26 kwietnia 2024 roku. W ocenie Izby brak jest możliwości zakwalifikowania tego obiektu, jako obiektu użyteczności publicznej mając na uwadze prowadzona komercyjną działalność oraz fakt, że w żaden sposób nie zostało wykazane przez A., że w jakikolwiek sposób zostają zabezpieczone potrzeby społeczne.

W zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz powiązanego z tym bezpośrednio naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.a ustawy – zarzuty zostały wycofane.

W zakresie naruszeń jakie podniósł Odwołujący Izba w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznaje za niezasadne oraz odsyła do stanowiska prawnego Izby wyrażonego na wstępie rozpoznania zarzutu

w akapicie: „Po drugie (...)”.

Izba w odniesieniu do całości argumentacji odnoszącej się w odwołaniu do wskazanego w Wykazie osób Menagera BIM / Koordynatora BIM podnosi i wskazuje, że w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Izba mając na uwadze powyżej podaną argumentację w zakresie rozpoznania stanowisk stron i uczestnika postępowania uznała, że w zakresie podniesionego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zasadzie spełnione i wykazane zostały przesłanki braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co wynika z całości argumentacji odnoszącej się do oceny wskazanego doświadczenia Pana Rozpędka – i uznania, że budynek Equinix nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Izba zaznacza jednocześnie, że zarzut odwołania referował do wykluczenia wykonawcy

z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak było jednakże jakiejkolwiek argumentacji odnoszącej się do tego, że w zakresie podniesionego zarzutu wykonawca był wzywany do uzupełniania dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. W związku z brakiem takiego stanowiska, oraz ustalenia przez Izbę z urzędu na podstawie akt postępowania odwoławczego – dokumentacji przekazanej

do Izby, że A. nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku w zakresie dysponowania osobami wchodzącymi w skład zespołu projektowego Izba uznała, że zarzut odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, tj. zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy A. z postępowania jest niezasadny. Izba w takim przypadku nie może nakazać wykluczenia z postępowania o zamówienie.

Projektant Instalacji AKPiA i BMS

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawia podał:

2) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami wchodzącymi w skład Zespołu projektowego, który Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, tj.:

12) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Projektant instalacji AKPiA i BMS, posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń lub w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w projektowaniu dla tej specjalności, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert wykonała minimum 1 projekt wykonawczy instalacji AKPiA i BMS dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto.

Izba stwierdziła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawia podał:

W ramach sformułowanych warunków udziału w postępowaniu (zarówno dotyczących doświadczenia Wykonawcy, jak i wymaganego personelu opisanego powyżej), Zamawiający informuje, że:

(...)

➤ Zamawiający poprzez budynek użyteczności publicznej rozumie, zgodnie z § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy

lub socjalny;

Izba ustaliła, że w dokumencie - Załącznik nr 08 do SWZ - WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ WYKONANIU ZAMÓWIENIA, złożonym przez A. podane zostało:

A.R.

Projektant instalacji AKPiA i BMS

1) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), dane Zamawiającego:

Nazwa inwestycji: : Prace projektowe obejmujące wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej (koncepcji architektoniczno-urbanistycznej, projektu budowlanego, projektu wykonawczego, projektu zagospodarowania terenu, kosztorysów inwestorskich, przedmiarów, STWIORB) wraz z wszelkimi uzgodnieniami, decyzjami oraz procedowaniem spraw związanych z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę oraz sprawowaniem nadzoru autorskiego w trakcie prowadzenia prac budowlanych związanych z inwestycją pn. „Centrum Badawczo-Rozwojowe Usług Laboratoryjnych w Obszarze Odkrywania i Rozwoju Leków Selvita S.A.”

Zakres prac obejmował min: wykonanie

projektu wykonawczego instalacji AKPiA i BMS dla budowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych powyżej 30 000 000 zł netto.

Projekt wykonawczy obejmował:

- projekt instalacji AKPiA

- projekt BMS.

Termin realizacji: 08.2020 r. – 03.01.2023 r.

Rodzaj inwestycji: Budowa.

Budynek użyteczności publicznej.

Wartość robót budowlanych Inwestycji: powyżej 30 000 000,00 zł netto.

Dane Zamawiającego: Selvita S.A., ul. Bobrzyńskiego 14, Kraków

Pełniona funkcja przy realizacji inwestycji: Projektant instalacji AKPiA i BMS

Izba zaznacza, że osią sporu w zakresie tak wskazanego doświadczenia Projektanta Instalacji AKPiA i BMS, tożsamo jak w przypadku Projektanta Instalacji teletechnicznych jest wskazanie, że pozyskał on doświadczenie w ramach inwestycji i określenie - *Obiekt użyteczności publicznej*. Odwołujący twierdzi, że nie jest to obiekt użyteczności publicznej.

Izba w całości w tym miejscu przyjmuje argumentację jaka została przedstawiona i poczyniona w zakresie rozpoznania zarzutu w odniesieniu do elementu Projektanta Instalacji teletechnicznych.

W zakresie naruszeń jakie podniósł Odwołujący Izba w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznaje za niezasadne oraz odsyła do stanowiska prawnego Izby wyrażonego na wstępie rozpoznania zarzutu w akapicie: „Po drugie (...)”.

W zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz powiązanego z tym bezpośrednio naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.a ustawy – zarzuty zostały wycofane.

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Izba mając na uwadze powyżej podaną argumentację w zakresie rozpoznania stanowisk stron i uczestnika postępowania uznała, że w zakresie podniesionego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b

w zasadzie spełnione i wykazane zostały przesłanki braku spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, co wynika z całości argumentacji odnoszącej się do oceny wskazanego doświadczenia Pana R. – i uznania, że budynek Selvita nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Izba zaznacza jednocześnie, że zarzut odwołania referował

do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak było jednakże jakiejkolwiek argumentacji odnoszącej się

do tego, że w zakresie podniesionego zarzutu wykonawca był wzywany do uzupełniania dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy. W związku z brakiem takiego stanowiska, oraz ustalenia przez Izbę z urzędu na podstawie akt postępowania odwoławczego – dokumentacji przekazanej do Izby, że A. nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku w zakresie dysponowania osobami wchodzącymi w skład zespołu projektowego Izba uznała, że zarzut odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, tj. zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy A. z postępowania jest niezasadny. Izba w takim przypadku nie może nakazać wykluczenia z postępowania o zamówienie.

Kierownik robót teletechnicznych

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

3) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami (w postaci kadry Wykonawcy) do kierowania budową i kierowania robotami, które zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, spełniającymi następujące wymagania:

5) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Kierownik Robót teletechnicznych, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi, w tym obejmującymi kierowanie robotami instalacji teletechnicznych/niskoprądowych, która w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję kierownika robót instalacyjnych przy co najmniej 2 budowach lub przebudowach dla obiektu użyteczności publicznej o wartości każdej z robót minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto oraz obejmujących łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD;

Izba ustaliła, że w dokumencie - Załącznik nr 08 do SWZ - WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ WYKONANIU ZAMÓWIENIA, złożonym przez A. podane zostało:

Z.W.

Kierownik robót teletechnicznych

1) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), dane Zamawiającego:

Nazwa inwestycji: Budowa nowego Archiwum Państwowego przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy.

Zakres robót obejmował min.: budowę obiektu użyteczności publicznej o wartości robót powyżej 44 900 000 zł netto oraz obejmującą łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD.

Zakres robót obejmował min realizację.: - sieci strukturalnej, - WLAN, - Serwerowni, - SSP, - DSO, - SSWiN, - CCTV, KD.

Obiekt użyteczności publicznej.

Wartość Inwestycji: ponad 44 900 000,00 zł netto

Termin realizacji: 10.2021 r.- 06.2023 r.

Dane Zamawiającego: Archiwum Państwowe w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 65, Bydgoszcz.

Stanowisko: Kierownik Robót Teletechnicznych.

2) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), dane Zamawiającego:

Nazwa inwestycji: BUDOWA „APARTHOTEL TERMY UNIEJÓW”

Zakres robót obejmował min.: budowę obiektu użyteczności publicznej o wartości robót powyżej 30 000 000 zł netto oraz obejmującą łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD.

Zakres robót obejmował min realizację.: - sieci strukturalnej, - WLAN, - Serwerowni, - SSP, - DSO, - SSWiN, - CCTV, KD.

Obiekt użyteczności publicznej.

Wartość Inwestycji: powyżej 30 000 000,00 zł netto

Termin realizacji: - 2018 r. - 09.2019 r.

Termin pełnienia funkcji: 12.2018 r. – 06.2019 r.

Dane Zamawiającego: P.G.K. Termy Uniejów Sp. z o.o. ul. Polna 37, Uniejów.

Stanowisko: Kierownik Robót Teletechnicznych.

- wraz z informacją jakie systemy były zrealizowane w ramach ww. inwestycji (zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu).

W odniesieniu do zarzutów odwołania niezbędnym znowu jest wskazanie na literalną treść warunku udziału w postępowaniu. Mianowicie Odwołujący twierdzi, że nie zostało spełnione wymaganie dotyczące wykazania się doświadczeniem kierowania robót w zakresie 2 budów lub przebudów obejmujących instalację DSO.

Na podstawie twierdzeń Odwołującego zgodnie z warunkiem w każdym przypadku pełnienia funkcji kierownika robót teletechnicznych wymagane było w ramach każdej wykonanie instalacji DSO.

W ocenie Izby zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu, które należy odczytywać literalnie, a z brzmienia tego warunku w sposób jednoznaczny wynika, że powinien posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót instalacyjnych, przy co najmniej 2 budowach lub przebudowach dla obiektu użyteczności publicznej o wartości każdej z robót min 30 mln netto oraz obejmujących łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD.

W ocenie Izby użyte „łącznie” odnosi się do realizacji wszystkich wymienionych systemów

w obrębie jednej budowy, co jednoznacznie wynika z tego, że Zamawiający w warunku odnosi się do budowy / przebudowy, a w konsekwencji ich wartości i zakresu realizacji. Izba podkreśla w tym miejscu, że dokonywanie jakiegokolwiek wykładni warunków po terminie składania ofert jest niedopuszczalne i nieprawidłowe. Warunek literalnie

odczytywany stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych. Dokonywanie jakichkolwiek interpelacji narusza zasadę przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców.

Izba stwierdza, że w zupełności niezasadne jest stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach A. z dnia 26 lutego 2024 roku (w aktach sprawy)

Wyjaśniamy, że w ramach inwestycji pn. „Budowa nowego Archiwum Państwowego przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy” w ramach dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego niniejszej inwestycji przewidziano wykonanie instalacji DSO. Dopiero w trakcie realizacji dokonano zmiany sposobu wykonania inwestycji. (...) Wskazujemy, że w treści warunku wskazano, że roboty budowlane miały obejmować realizację między innymi systemu DSO.

Z treści warunku nie wynika natomiast, że określone roboty budowlane miały zostać zakończone w taki sposób aby finalnie system DSO został w nich uwzględniony. Z tego powodu zasadne jest stwierdzenie, że celem spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu wystarczające było wskazanie doświadczenia odnoszącego się do roboty budowlanej, w ramach której wykonanie systemu DSO było przewidziane, ale nie zostało zrealizowane.

Takie stanowisko dowodzi w zupełności niezrozumienia treści warunku przez A., bowiem zgodnie z warunkiem wprost podano, że chodzi o „realizację systemów” a nie ich wcześniejsze jedyne zaplanowanie. Takie stanowisko A. w żaden sposób nie uzasadnia tego, że to doświadczenie potwierdza warunek udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby niezasadna jest również argumentacja w dalszej części Wyjaśnień - *Ponadto zwracamy uwagę, że zgodnie z ustanowionym warunkiem: „która w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję kierownika robót teletechnicznych (...) przy co najmniej 2 budowach lub przebudowach (...) obejmujących łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD”, wystarczającym jest aby tylko jedna spośród wykazywanych jako doświadczenie kierownika robota obejmowała swoim zakresem system DSO. Wskazujemy, że w przypadku gdyby Zamawiający nie uznał argumentacji*

dla właściwej interpretacji treści warunku, brak ostatecznego wykonania systemu DSO w ramach inwestycji nie ma znaczenia pod kątem oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. System DSO został bowiem wykonany w ramach inwestycji pn. „Budowa Aparthotelu Termy Uniejów”.

Izba na podstawie powyższych argumentów A. jednoznacznie stwierdził,

że wykonawca ten wytłumaczył, że w ramach inwestycji pn. „Budowa nowego Archiwum Państwowego przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy” nie był realizowany system DSO.

Jednocześnie w Wykazie osób A. podaje dla doświadczenia Pana W. dla inwestycji pn. „Budowa nowego Archiwum Państwowego przy ul. Karłowicza

w Bydgoszczy” - *Zakres robót obejmował min realizację: - sieci strukturalnej, - WLAN, - Serwerowni, - SSP, - DSO, - SSWiN, - CCTV, - KD.*

Jednoznacznie wynika z powyższego, że w wykazie podano informację niezgodną ze stanem rzeczywistym, bowiem wykonawca jednoznacznie wskazał, że doświadczenie Pana W. obejmowało „realizację” „DSO”. Słusznie również podniósł Odwołujący, że z Wykazu osób wynika, że na etapie składania dokumentów A. rozumiał treść warunku w sposób literalny, bowiem w samym wykazie użył dla tej inwestycji sformułowania *Zakres robót obejmował min.: budowę obiektu użyteczności publicznej o wartości robót powyżej 44 900 000 zł netto oraz obejmującą łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD.* Potwierdza to w ocenie Izby, że stanowisko A. ewoluowało przy zapoznawaniu się z zarzutami pierwotnie postawionego dowołania. Brak realizacji na tej inwestycji systemu DSO potwierdza również dowód załączony do dowołania, tj. korespondencja email z wykonawcą.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że przedstawiona przez Odwołującego argumentacja faktyczna oraz prawna uzasadnia, w kontradiktoryjnym postępowaniu odwoławczym, uznanie, że doszło do naruszania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy,

a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A. z powodu przedstawienia informacji, że spełnia warunki udziału

w postępowaniu, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego, który został wprowadzony w błąd. Działanie A. czy to podyktowane zamierzonym działaniem czy też rażącym niedbalstwem zasługują na piętnowanie przez uznanie zasadności naruszenia ww. przepisów. Wiadomym bowiem było, że w ramach ww. usługi dla Archiwum Państwowego nie zrealizowano systemu DSO, a wykonawca wskazał, że taki system zrealizowano – inwestycja zakończona w czerwcu 2023 roku – oraz, że zrealizowano go łącznie

z pozostałymi wymaganymi przez Zamawiającego. W zupełności niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym, bowiem gdyby było ono od początku takie samo, a nie zmieniało się to niezasadne byłoby pytanie skierowane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień do Admietz, w którym pyta Zamawiający - *Prosimy o wyjaśnienie czy w ramach inwestycji pn.: „Budowa nowego Archiwum Państwowego przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy”*

(doświadczenie Pana Z.W. — kierownika robót teletechnicznych) wykonano instalację DSO? Jaką funkcję pełnił Pan W. na przedmiotowej inwestycji i jaki był jego zakres obowiązków w ramach ww. inwestycji?

Przecież to pytanie nie ma sensu, w przypadku wykładni warunku jaką feruje na etapie postępowania odwoławczego Zamawiający (z zbieżnej z A.), bowiem wystarczające byłoby zrealizowanie DSO w ramach jednej inwestycji. Pytanie to w ocenie Izby dowodzi,

że w czasie prowadzenia postępowania, po terminie składnia ofert wykładnia warunku zmieniała się oraz, że Zamawiający odstąpił przy ocenie ofert od prawidłowego literalnego brzmienia warunku.

Izba mając na uwadze powyższe, nakazała wykluczenie wykonawcy A.

z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z uwagi na przedstawienie informacji, w zakresie inwestycji pn. „Budowa nowego Archiwum Państwowego przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy”, wprowadzających Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co miało wpływ na decyzje Zamawiającego, a w konsekwencji Izba nakazała odrzucenie oferty A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy.

W zakresie naruszeń jakie podniósł Odwołujący Izba w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznaje za niezasadne oraz odsyła do stanowiska prawnego Izby wyrażonego na wstępie rozpoznania zarzutu w akapicie: „Po drugie (...)”.

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Izba wskazuje, że to naruszenie zostało podniesione jako zarzut ewentualny do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy. Tym samym w związku uwzględnieniem zarzutu głównego Izba nie poddaje pod rozpoznanie zarzutu ewentualnego.

W orzecznictwie Izby, ale również sądów powszechnych i Sądu Najwyższego - uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2013 r. III CZP 58/13- utrwaliła się jednolita obecnie praktyka, że w postępowaniu odwoławczym możliwe jest kształtowanie zarzutów ewentualnych. Tym samym, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku sygn. akt XXIII Zs 53/21 Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014 nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r. (sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Wniosek więc jest taki, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.

W zakresie argumentacji dotyczącej inwestycji *Budowa „Aparthotel Termy Uniejów”*, zarzut odwołania opiera się na stwierdzeniu Odwołującego, że obiekt ten nie jest obiektem użyteczności publicznej.

Izba w całości w tym miejscu przyjmuje argumentację prawną jaka została przedstawiona

i poczyniona w zakresie rozpoznania zarzutu w odniesieniu do elementu Projektanta Instalacji teletechnicznych. Izba wskazuje również w tym miejscu treść SWZ *Zamawiający poprzez budynek użyteczności publicznej rozumie, zgodnie z § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym,*

oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Izba stoi na stanowisku, że obiekt objęty tą inwestycją stanowi obiekt użyteczności publicznej, w zakresie określony ww. rozporządzeniem w odniesieniu do gastronomii, turystyki

i sportu. Każde z tych przeznaczeń budynku w sposób jednoznaczny potwierdza, że można kwalifikować ten obiekt w ramach budynku użyteczności publicznej. Podkreślić ponownie należy odwołanie się do funkcji, charakteru prowadzonej działalności w tym budynku

tj. realizowania usług na rzecz zaspokajania określonych potrzeb społecznych. Ma to o tyle istotne znaczenie, że definicja ww. rozporządzenia jest definicją otwartą, a odniesienie

do funkcji zaspokajania potrzeb społecznych pozwala na jej domknięcie. Wymaga również podkreślenia, że takie stanowisko prezentowane jest nieprzerwanie w orzecznictwie Izby.

Izba w zakresie tego zarzutu podziela również stanowisko A. prezentowane w piśmie procesowym z dnia 26 kwietnia 2024 roku oraz na rozprawie. Natomiast bezprzedmiotowy jest dowód nr 8 złożony przez Odwołującego, bowiem wydruk ze strony internetowej Biura prasowego Budimex, dowodzi tylko temu co w tym dowodzie zostało wskazane. Są to bowiem swego rodzaju informacje promocyjne wykonawcy i miejsca, a ich zakres określa sam publikujący.

Izba nie stwierdziła niespełnienia warunku udziału w postępowaniu co do wykazania się doświadczeniem obejmującym budynek użyteczności publicznej, a tym samym nie stwierdziła naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy.

W zakresie naruszeń jakie podniósł Odwołujący Izba w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznaje Izba uznaje za niezasadne oraz odsyła do stanowiska prawnego Izby wyrażonego na wstępie rozpoznania zarzutu

w akapicie: „Po drugie (...)”.

W zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz powiązanego z tym bezpośrednio naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy (poza elementem budynku użyteczności publicznej, który został wycofany) Izba zarzut uznała za niezasadny z uwagi na to, że nie wykazał Odwołujący spełnienia kumulatywnie przesłanek określonych ww. przepisie. Wyjaśnienia wymaga, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający może wykluczyć z postępowania 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. Przepis ten transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. W ramach regulacji tej wykluczeniu podlega wykonawca, który wprowadził w błąd Zamawiającego, zataił informacje lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych. Mając na uwadze stanowisko doktryny i spójne orzecznictwo podkreślenia wymaga, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego oparte o to, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, a błędem jest rozbieżność między obiektywną rzeczywistością

a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Czyli chodzi o to,

że Zamawiający może mieć fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości polegające na tym,

że przyjmuje okoliczności jakie nie występują lub pozostaje w nieświadomości okoliczności jakie występują. Jednakże wszystkie te przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie,

a Odwołujący musi je jednoznacznie wykazać.

Kierownik prac elektroakustyki

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

3) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami (w postaci kadry Wykonawcy) do kierowania budową i kierowania robotami, które zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, spełniającymi następujące wymagania:

10) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Kierownik prac elektroakustyki, posiadającą wyższe wykształcenie techniczne w specjalności inżynieria dźwięku oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych) w kierowaniu pracami związanymi z inżynierią dźwięku, która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami dotyczącymi systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta, w tym w ramach realizacji co najmniej 2 robót budowlanych dla obiektów użyteczności publicznej z widownią dla każdej realizacji na minimum 300 miejsc siedzących;

Izba ustaliła, że w dokumencie - Załącznik nr 08 do SWZ - WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ WYKONANIU ZAMÓWIENIA, złożonym przez A. podane zostało:

W.G.

Kierownik prac elektroakustyki

2) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), dane Zamawiającego, ilość miejsc siedzących:

Nazwa inwestycji: „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”,

Termin realizacji: 09.2016 r. - 01.2017 r.

Zakres robót budowlanych wchodziło w zakres min.: pracami związanymi z realizacją systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta, w obiekcie użyteczności publicznej z widownią na ponad 500 miejsc siedzących

Obiekt użyteczności publicznej.

Rodzaj Inwestycji: Przebudowa.

Ilość miejsc siedzących na widowni: ponad 500

miejsc siedzących.

Dane Zamawiającego:

Miasto Mińsk Mazowiecki, ul. Konstytucji 3 Maja 1, Mińsk Mazowiecki

Pan W.G. kierował pracami w zakresie elektroakustyki w tym kierował pracami dotyczącymi:

- systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta,

Pan W.G. w okresie ostatnich 10 lat kierował pracami dotyczącymi systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta.

- wraz z informacją, czy dana osoba w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami dotyczącymi systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta.

Zarzut odwołania odnosi się do tego, że Pan G. nie kierował pracami

w zakresie elektroakustyki przy inwestycji „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie”.

Odwołujący przedstawił pismo z dnia 29 stycznia 2024 roku zgodnie z którym:

1. Czy dla Zamówienia pn.: „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie” (dalej „Zamówienie”) firma Mikor Inżyniering Sp z o.o. była jedynym wykonawcą prac elektroakustycznych?

Tak, zamówienie obejmowało elektroakustykę i byliśmy jedynym wykonawcą.

5. Proszę o wskazanie osoby pełniącej funkcję Kierownika Prac Elektroakustycznych podczas realizacji ww. inwestycji, Kierownikiem wskazanym przez wykonawcę był Pan M.G..

6. W jakim okresie Kierownik Prac Elektroakustycznych kierował pracami elektroakustyki podczas realizacji ww. inwestycji? Proszę o podanie daty początkowej (miesiąc, rok) i daty końcowej (miesiąc, rok).

Termin realizacji: kwiecień-sierpień 2015r.

Z powyższego dowodu jednoznacznie wynika, że to Mikor Inżyniering sp. z o.o. był jedynym wykonawcą oraz, że z ramienia wykonawcy kierownikiem prac elektroakustycznych był Pan M.G..

Natomiast z Wyjaśnień A. z lutego br. wynika, że Pan W.G. w ramach inwestycji pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie” faktycznie kierował pracami elektroakustycznymi. Protokół zaawansowania wykonania prac do których referuje A. faktycznie został podpisany przez Pana G.. Izba zwraca uwagę na stwierdzenie jakie znajduje się w wyjaśnieniach, a mianowicie wskazanie „faktycznie kierował pracami”, co w ocenie Izby potwierdza również podpisanie protokołu. Podpis na ww. protokole Pan G. złożył jako Prezes Zarządu ABLO Group sp. z o.o., co wydaje się nie ma większego znaczenia w związku z tym, że podmioty Mikor Inżyniering sp. z o.o. oraz ABLO Group sp. z o.o. zawarły między sobą umowę odnoszącą się do realizacji przedmiotowego zamówienia..

W ocenie Izby przedstawiony do odwołania dowód tj. kopia umowy między Mikor Inżyniering sp. z o.o. a ABLO Group sp. z o.o. potwierdza, że ABLO jest dostawcą elementów technologii teatru w zakresie elektroakustyki i multimedów. Jednoznacznie wynika zatem,

że owszem podmioty te współpracowały w zakresie jaki wynika z tej umowy. Niemniej na co zwrócił uwagę Zamawiający pomiędzy ww. podmiotami zawarta została jeszcze jedna umowa, która wynika z Protokołu.

Izba wskazuje na brzmienie warunku udziału w postępowaniu i wyjaśnia, że w tym przypadku osoba ma wykazać się doświadczeniem w kierowaniu pracami dotyczącymi systemu elektroakustycznego (w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami dotyczącymi systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta, w tym w ramach realizacji co najmniej 2 robót budowlanych dla obiektów użyteczności publicznej z widownią dla każdej realizacji na minimum 300 miejsc siedzących). Nie ma tu wymagania wykazania się doświadczeniem w kierowaniu ww. pracami.

Z referencji z dnia 10 stycznia br., do których odnosi się A. w piśmie z dnia 26 kwietnia 2024 roku jednoznacznie wynika, że Pan G. pełnił funkcję Kierownika prac elektroakustyki.

W odniesieniu do dowodów przedstawionych przez Odwołującego tj. dowód nr 9 z dnia 6 maja 2024 roku oraz dowód nr

10 z dnia 8 maja 2024 roku, Izba stwierdza, że takie przedstawione dowody zawierające oświadczenia tam zawarte nie były brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie doświadczenia w Wykazie osób jakie przedstawił A.. Izba dokumenty te włączyła w akta sprawy odwoławczej, przy czym z uwagi na niemożliwość dokonania ich oceny w trakcie oceny ofert przez Zamawiającego Izba stwierdza ich ograniczoną przydatność na tym etapie postępowania. Izba podkreśla,

że w postępowaniu dokonuje oceny czynności Zamawiającego, która oparta jest

na przedstawionych dokumentach. Izba podkreśla jednocześnie, że przedstawione dokumenty również są wątpliwe, co do terminowości ich przygotowania, bowiem zgodnie

z dowodem nr 9 Mikor oświadcza treść referencji wystawiona dla ABLO 10 stycznia br. zawiera błąd i nie odpowiada rzeczywistemu przebiegowi współpracy, bowiem funkcję kierownika prac elektroakustycznych pełnił Pan G.S., a nie jak podano W.G.. Podkreślenia wymaga, że Mirok do ABLO występuje pismem z dnia 6 maja 2024 roku. Jednocześnie w załączeniu do pisma została przedstawiona „prawidłowa referencja”, której treść została zmieniona – w odniesieniu do kierownika – ale pozostała data

10 stycznia 2024 roku. Zaskakującym i zastanawiającym jest, że pismo do ABLO kierowane jest dopiero w dniu 6 maja, gdy toczy się postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie, a referencja jak została poprawiona i załączona do pisma nadal wystawiona jest

w dacie 10 stycznia 2024 roku. Nie sposób wyjaśnić w tym postępowaniu odwoławczym ten ciąg zdarzeń.

W wątpliwość również poddaje powyższe dwa dowody oświadczenie złożone do akt sprawy przez Zamawiającego – dowód nr 16. Z oświadczenia złożonego w dniu 29 maja 2024 roku przez G.S. wynika jednoznacznie, że to Pan W.G. pełnił funkcję Kierownika prac elektroakustycznych.

Izba nie stwierdziła niespełnienia warunku udziału w postępowaniu co do wykazania się doświadczeniem, a tym samym nie stwierdziła naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy.

W zakresie naruszeń jakie podniósł Odwołujący Izba w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznaje za niezasadne oraz odsyła do stanowiska prawnego Izby wyrażonego na wstępie rozpoznania zarzutu

w akapicie: „Po drugie (...)”.

W zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz powiązanego z tym bezpośrednio naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy (poza elementem budynku użyteczności publicznej, który został wycofany) Izba zarzut uznała za niezasadny z uwagi na to, że nie wykazał Odwołujący spełnienia kumulatywnie przesłanek określonych ww. przepisie. Wyjaśnienia wymaga, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający może wykluczyć z postępowania 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. Przepis ten transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. W ramach regulacji tej wykluczeniu podlega wykonawca, który wprowadził w błąd Zamawiającego, zataił informacje lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych. Mając na uwadze stanowisko doktryny i spójne orzecznictwo podkreślenia wymaga, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego oparte o to, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, a błędem jest rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Czyli chodzi o to,

że Zamawiający może mieć fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości polegające na tym,

że przyjmuje okoliczności jakie nie występują lub pozostaje w nieświadomości okoliczności jakie występują. Jednakże wszystkie te przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie,

a Odwołujący musi je jednoznacznie wykazać.

Kierownik prac mechaniki sceny

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

3) *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami (w postaci kadry Wykonawcy) do kierowania budową i kierowania robotami, które zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, spełniającymi następujące wymagania:*

8) *dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Kierownika prac mechaniki sceny, która posiada wykształcenie wyższe techniczne oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych) w kierowaniu robotami dotyczącymi mechaniki sceny górnej i dolnej, która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami związanymi z mechaniką sceny przy co najmniej 2 inwestycjach dotyczących budowy lub przebudowy obiektów użyteczności publicznej z widownią na minimum 300 miejsc siedzących każda, w których*

znajduje się przynajmniej 1 urządzenie mechaniki scenicznej górnej i 1 urządzenie mechaniki dolnej oraz przynajmniej 1 z tych urządzeń zostało odebrane przez Urząd Dozoru Technicznego lub Wojskowy Urząd Dozoru Technicznego; Izba ustaliła, że w dokumencie - Załącznik nr 08 do SWZ - WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ WYKONANIU ZAMÓWIENIA, złożonym przez A. podane zostało:

O.F.

Kierownik prac mechaniki sceny

1) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), dane Zamawiającego, ilość miejsc siedzących:

Nazwa inwestycji: Remont i podstawowa renowacja Opery Narodowej Unter den Linden

Termin realizacji: 10.2010 r. -10.2018 r.

Rodzaj inwestycji: Budowa, przebudowa, remont.

Zakres inwestycji dotyczył min.: budowy i przebudowy, remontu obiektu użyteczności publicznej z widownią na ponad 300 miejsc siedzących, w którym znajduje się:

-minimum 1 urządzenie mechaniki scenicznej górnej i

-minimum 1 urządzenie mechaniki dolnej

-oraz minimum 1 z tych urządzeń zostało odebrane przez Urząd Dozoru Technicznego.

Ilość miejsc siedzących na widowni: ponad 300 miejsc.

Dane Zamawiającego: Departament Rozwoju Miast i Mieszkalnictwa

Fehrbelliner Platz 2, Berlin.

Pełniona funkcja: Kierownika prac związanych z mechaniką sceny.

2) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), dane Zamawiającego, ilość miejsc siedzących:

Nazwa inwestycji: Nowy obiekt teatru ludowego Volkstheater w Monachium

Zakres inwestycji dotyczył min.: budowy i przebudowy, remontu obiektu użyteczności publicznej z widownią na ponad 300 miejsc siedzących, w którym znajduje się:

-minimum 1 urządzenie mechaniki scenicznej górnej i

-minimum 1 urządzenie mechaniki dolnej

-oraz minimum 1 z tych urządzeń zostało odebrane przez Urząd Dozoru Technicznego.

Termin realizacji: 01.2018 r. -10.2021 r.

Rodzaj inwestycji: Budowa

Ilość miejsc siedzących na widowni: ponad 300 miejsc.

Dane Zamawiającego:

Miasto Monachium, Wydział Budownictwa (Budownictwo).

Pełniona funkcja: Kierownika prac związanych z mechaniką sceny.

- wraz z informacją, czy w ramach inwestycji znajdowało się przynajmniej 1 urządzenie mechaniki scenicznej górnej i 1 urządzenie mechaniki dolnej oraz przynajmniej 1 z tych urządzeń zostało odebrane przez Urząd Dozoru Technicznego lub Wojskowy Urząd Dozoru Technicznego.

W zakresie tego zarzutu odwołania Odwołujący podnosi w szczególności, że A. świadomie podało nieprawdziwe informacje wprowadzając Zamawiającego w błąd twierdząc, że UDT dokonało odbioru urządzeń oraz nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego choć zasadne, nie potwierdza tego w zakresie wykazania przesłanek w żaden sposób. Zamawiający wyjaśnił, że oczywistym jest,

że inwestycja realizowana poza granicami RP nie może być kontrolowana w ramach polskiego urzędu. Natomiast A. wskazał, że urządzenie zostało odebrane przez TUV czyli organ równorzędny z polskim Urzędem Dozoru Technicznego.

O ocenie Izby z ww. stanowiskami Zamawiającego i A. należy się zgodzić. Natomiast wymaga zaznaczenia, że gwarancją realizacji zasad zamówień publicznych jest postępowanie z uwzględnieniem wykładni językowej w odniesieniu do warunków udziału

w postępowaniu. Podkreślić należy, że Zamawiający w zakresie warunku w sposób jednoznaczny i enumeratywny wyliczył urzędy jakie zgodnie z warunkiem uprawnione były do odbioru tj.: *Urząd Dozoru Technicznego lub Wojskowy Urząd Dozoru Technicznego.*

W zakresie tego warunku nie ma jakiegokolwiek odstępstwa o ukształtowanego wymagania, jak również nie ma żadnej podstawy do legitymowania się odbiorem urządzeń przez jakikolwiek inny urząd niż ten podany w warunku. Zamawiający

zdefiniował swoje potrzeby

w zakresie wymagania doświadczenia przez wskazanie nazwy urzędu i nie pozostawił możliwości posłużenia się w tym zakresie jakimkolwiek innym doświadczeniem. Izba

nie ocenia w tym miejscu zasadności powstaniowego warunku, lecz jego spełnienie przez wykonawcę.

Nie znajdują uzasadnienia dla wykazania spełnienia warunku stanowiska A., bowiem kwestia zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług nie może zastępować i wykluczać innych zasad związanych

z prowadzeniem postępowania o zamówienie w poszanowaniu konkurencyjności i równości wykonawców. Słuszne jest stanowisko co do tego, że powoduje to eliminację doświadczenia kierowania prac mechaniczną pozyskaną poza granicami naszego kraju. Niemniej tak ukształtowany warunek udziału w postępowaniu stał się w ramach tej procedury zamówieniowej i taki powinien być oceniany. Zasad prawa zamówień publicznych nie sposób wyłożyć w sposób jaki prezentuje to Zamawiający w swoim stanowisku pisemnym, bowiem zasad prawa nie dostosowuje się do zaistniałej sytuacji celem jej „ratowania”. To zasady tworzą barierę chroniącą wykonawców przed działaniami Zamawiającego swoistego samodzielnego kreowania danych okoliczności i wykładania ich w ramach niedozwolonych wykładni rozszerzających.

Inną kwestią jest natomiast to, że w Wykazie osób wskazano w przypadku obu inwestycji,

że minimum jedno urządzenie w odniesieniu do każdej inwestycji została odebrane przez Urząd Dozoru Technicznego.

W zakresie naruszeń jakie podniósł Odwołujący Izba w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznaje za niezasadne oraz odsyła do stanowiska prawnego Izby wyrażonego na wstępie rozpoznania zarzutu

w akapicie: „Po drugie (...)”.

W zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz powiązanego z tym bezpośrednio naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy (poza elementem budynku użyteczności publicznej, który został wycofany) Izba zarzut uznała za niezasadny z uwagi na to, że nie wykazał Odwołujący spełnienia kumulatywnie przesłanek określonych ww. przepisie. Wyjaśnienia wymaga, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający może wykluczyć z postępowania 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. Przepis ten transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. W ramach regulacji tej wykluczeniu podlega wykonawca, który wprowadził w błąd Zamawiającego, zataił informacje lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych. Mając na uwadze stanowisko doktryny i spójne orzecznictwo podkreślenia wymaga, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego oparte o to, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, a błędem jest rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Czyli chodzi o to,

że Zamawiający może mieć fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości polegające na tym,

że przyjmuje okoliczności jakie nie występują lub pozostaje w nieświadomości okoliczności jakie występują. Jednakże wszystkie te przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie,

a Odwołujący musi je jednoznacznie wykazać. Izba uznała, że Zamawiający nie miał mylnego wyobrażenia i nie uznawał, że odbiorów dokonał UDT lecz dokonał wykładni

i przyjął, że warunek został spełniony. Potwierdza ten fakt to, że w Wykazie zostały jednoznacznie podane inwestycje, miejsce ich realizacji oraz to kto był inwestorem. Podkreślenia wymaga również, że Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek.

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Izba mając na uwadze powyżej podaną argumentację w zakresie rozpoznania stanowisk stron i uczestnika postępowania uznała, że w zakresie podniesionego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zasadzie spełnione i wykazane zostały przesłanki braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co wynika z całości argumentacji odnoszącej się do oceny wskazanego doświadczenia Pana Frindt, bowiem nie wykazuje się on doświadczeniem, w którym odbioru urządzeń dokonał *Urząd Dozoru Technicznego lub Wojskowy Urząd Dozoru Technicznego*. Izba zaznacza jednocześnie, że zarzut odwołania referował do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak było jednakże jakiejkolwiek argumentacji odnoszącej się do tego, że w zakresie podniesionego zarzutu wykonawca był wzywany do uzupełniania dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy.

W związku z brakiem takiego stanowiska, oraz ustalenia przez Izbę z urzędu na podstawie akt postępowania odwoławczego – dokumentacji przekazanej do Izby, że A. nie był wzywany do uzupełniania dokumentów na potwierdzenie warunku w zakresie dysponowania osobami wchodzącymi w skład zespołu projektowego Izba uznała, że zarzut odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, tj. zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia

wykonawcy A. z postępowania jest niezasadny. Izba w takim przypadku nie może nakazać wykluczenia z postępowania o zamówienie.

Projektant Instalacji Sanitarnych

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

2) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami wchodzącymi w skład Zespołu projektowego, który Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, tj.:

3) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Projektant instalacji sanitarnych, posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w projektowaniu dla tej specjalności, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert, wykonała minimum 2 projekty wykonawcze instalacji sanitarnych (obejmujące - łącznie w ramach tych projektów - wentylację mechaniczną, ciepło technologiczne, instalację wody lodowej lub klimatyzację, centralnego ogrzewania, instalację wodno-kanalizacyjną, instalację gaszenia: tryskaczową lub zraszaczową oraz sieci i przyłączy sanitarnych) dla budowy lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto każdy, oraz kubaturze większej niż 15.000,00 m³ każdy

Izba stwierdziła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

W ramach sformułowanych warunków udziału w postępowaniu (zarówno dotyczących doświadczenia Wykonawcy, jak i wymaganego personelu opisanego powyżej), Zamawiający informuje, że:

(...)

➤ Zamawiający poprzez budynek użyteczności publicznej rozumie, zgodnie z § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny;

Izba ustaliła, że w dokumencie - Załącznik nr 08 do SWZ - WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ WYKONANIU ZAMÓWIENIA, złożonym przez A. podane zostało:

T.S.

Projektant instalacji sanitarnych

2) Nazwa zakończonej inwestycji, termin realizacji, wartość Inwestycji (PLN, netto), kubatura obiektu, dane Zamawiającego:

Nazwa Inwestycji: Przedmiot zamówienia: Prace projektowe obejmujące wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej (koncepcji architektoniczno-urbanistycznej, projektu budowlanego, projektu wykonawczego, projektu zagospodarowania terenu, kosztorysów inwestorskich, przedmiarów, STWIORB) wraz z wszelkimi uzgodnieniami, decyzjami oraz procedowaniem spraw związanych z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę oraz sprawowaniem nadzoru autorskiego w trakcie prowadzenia prac budowlanych związanych z inwestycją pn. „Centrum Badawczo-Rozwojowe Usług Laboratoryjnych w Obszarze Odkrywania i Rozwoju Leków Selvita S.A.”

Termin realizacji prac projektowych: 08.2020 r. – 01.2023 r.

Kubatura obiektu: powyżej 15 000,00 m³

Wartość robót budowlanych netto: powyżej 30 000 000,00

zł

Rodzaj inwestycji: Budowa.

Zakres prac projektowych obejmował wykonanie projektu wykonawczego instalacji sanitarnych

(obejmujące - łącznie w ramach tych projektów - wentylację mechaniczną, ciepło technologiczne, instalację wody lodowej lub klimatyzację, centralnego ogrzewania, instalację wodno-kanalizacyjną, instalację gaszenia zraszaczową oraz sieci i przyłączy sanitarnych) dla budowy obiektu użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych powyżej 30 000 000,00 zł i kubaturze obiektu 15 000,00 m³

W ramach projektu wykonawczego instalacji zaprojektowano: wentylację mechaniczną, ciepło technologiczne, instalację

wody lodowej lub klimatyzację, centralnego ogrzewania, instalację wodno–kanalizacyjną, instalację gaszenia: zraszaczowa oraz sieci i przyłączy sanitarne.

Budynek użyteczności publicznej.

Dane Zamawiającego: Selvita S.A., ul. Bobrzyńskiego 14, Kraków

Pełniona funkcja przy realizacji prac projektowych: Projektant instalacji sanitarnych.

- wraz z informacją czy dane inwestycje obejmowały łącznie, wentylację mechaniczną, ciepło technologiczne, instalację wody lodowej lub klimatyzację, centralnego ogrzewania, instalację wodno–kanalizacyjną, instalację gaszenia: tryskaczowa lub zraszaczowa oraz sieci i przyłączy sanitarnych)

Izba zaznacza, że osią sporu w zakresie tak wskazanego doświadczenia Projektanta Instalacji Sanitarnych jest wskazanie, że pozyskał on doświadczenie w ramach tej inwestycji i określenie - *Obiekt użyteczności publicznej*. Odwołujący twierdzi, że nie jest to obiekt użyteczności publicznej.

Izba zaznacza, że osią sporu w zakresie tak wskazanego doświadczenia Projektanta Instalacji Sanitarnych Projektanta, tożsamo jak w przypadku Projektanta Instalacji teletechnicznych oraz Projektanta Instalacji AKPiA i BMS jest wskazanie, że pozyskał on doświadczenie w ramach wymienionej inwestycji i określenie - *Obiekt użyteczności publicznej*. Odwołujący twierdzi, że nie jest to obiekt użyteczności publicznej.

Izba w całości w tym miejscu przyjmuje argumentację jaka została przedstawiona

i poczyniona w zakresie rozpoznania zarzutu w odniesieniu do elementu Projektanta Instalacji teletechnicznych.

W zakresie naruszeń jakie podniósł Odwołujący Izba w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk Izba uznaje za niezasadne oraz odsyła do stanowiska prawnego Izby wyrażonego na wstępie rozpoznania zarzutu

w akapicie: „Po drugie (...)”.

W zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz powiązanego z tym bezpośrednio naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.a ustawy – zarzuty zostały wycofane.

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Izba mając na uwadze powyżej podaną argumentację w zakresie rozpoznania stanowisk stron i uczestnika postępowania uznała, że zarzut odwołania jest niezasadny, a to z tego powodu, że w ramach wykazania doświadczenia Projektanta instalacji sanitarnych w Wykazie osób w wierszu 3 A. wskazał osobę Pan M.P. - Projektant instalacji sanitarnych, który legitymował się doświadczeniem w ramach realizacji dwóch usług. Co wymaga podkreślenia tego Odwołujący w żadne sposób nie kwestionował.

Odwołujący wskazał jeszcze jedną podstawę uzasadniającą naruszenie podniesionych na wstępie rozpoznania zarzutów (4) przepisów prawa. Odwołujący kwestionuje, że w inwestycji Selvita podano w Wykazie osób, że wykonane przez Pana S. projekty wykonawcze dotyczyły m.in. instalacji gaszenia zraszaczowej, podczas gdy w zaprojektowano instalację mgły wodnej.

Izba wskazuje, że na stanowisko Projektanta instalacji sanitarnych w Wykazie osób w wierszu 3 A. wskazał osobę Pan M.P. - Projektant instalacji sanitarnych, który legitymował się doświadczeniem w ramach realizacji dwóch usług. Izba podziela stanowisko Zamawiającego oraz A., że w przypadku oceny przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy nie sposób mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w odniesieniu do wykazania spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, które miały wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego

w postępowaniu. Dokonanie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał w oparciu o przedstawione całościowo informacje, a Odwołujący nie kwestionował w żadne sposób doświadczenia Pana Marcina Płoszaj. Izba podziela również stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym, że Odwołujący nie wykazał, że ewentualne wprowadzenie w błąd przy przedstawianiu informacji odnośnie Pana S. w Wykazie osób miało charakter celowy lub stanowiło wynik rażącego niedbalstwa. Tym samym zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Izba uznała za niezasadny.

W zakresie naruszeń jakie podniósł Odwołujący Izba w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk Izba uznaje za niezasadne oraz odsyła do stanowiska prawnego Izby wyrażonego na wstępie rozpoznania zarzutu

w akapicie: „Po drugie (...)”.

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Izba mając na uwadze powyżej podaną argumentację w zakresie rozpoznania stanowisk stron i uczestnika postępowania uznała, że zarzut odwołania jest niezasadny, a to z tego powodu, że w ramach wykazania doświadczenia Projektanta instalacji sanitarnych w Wykazie osób w wierszu 3 A. wskazał osobę Pan M.P. - Projektant instalacji sanitarnych, który legitymował się doświadczeniem w ramach realizacji

dwóch usług. Co wymaga podkreślenia tego Odwołujący w żadne sposób nie kwestionował.

(5)w zakresie – brak możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów

na podstawie art. 128 ustawy wobec braku spełniania przez Konsorcjum A. warunków udziału w

Postępowaniu, tak w zakresie doświadczenia tego Wykonawcy, jak i wymaganego potencjału kadrowego

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Art. 128 ustawy -

1. 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.

2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

3. Złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

6. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

W zakresie podniesionego zarzutu odwołania Izba ustaliła, że Zamawiający

- pismem z dnia 1 grudnia 2023 roku skierował do A. wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych

- pismem z dnia 18 grudnia 2024 roku A. wskazał:

W nawiązaniu do treści wezwania z dnia 13 grudnia 2023 r. niniejszym wyjaśniamy następująco. W pierwszej kolejności należy wskazać, że spółka posiada szeroką strukturę, na którą składa się szereg komórek organizacyjnych. Aby zapewnić sprawny i przejrzysty system komunikacji pomiędzy poszczególnymi komórkami oraz podmiotami zewnętrznymi spółka posiada więcej niż jedno konto na platformie e-Zamówienia, w tym.:

- „ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ”,

- „ADAMIETZ Sp. z o.o.”.

Oba konta posiadają ten sam numer REGON (532242263) oraz NIP (7561836633).

Do upływu terminu składania ofert Wykonawca złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu za pośrednictwem Platformy. Ofertę złożono przy użyciu konta „ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ”.

W załączeniu przesyłamy wydruk z Platformy potwierdzający niniejszy fakt (załącznik nr 1). Powyższe potwierdza również fakt, iż w formularzu ofertowym jako wykonawcę oznaczono konto o nazwie „ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ”:

(...)

Jednocześnie należy zaznaczyć, że nie złożono żadnej oferty przy użyciu konta „ADAMIETZ Sp. z o.o.”. W załączeniu przesyłamy wydruk z Platformy potwierdzający niniejszy fakt (załącznik nr 2).

(...)

Wykonawca dotychczas nie otrzymał od Zamawiającego wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych za pośrednictwem poczty elektronicznej (e-mail). Ponadto po zalogowaniu się na Platformie na konto, z którego złożono ofertę (tj. „ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ”) nie widnieje informacja o przesłaniu przez Zamawiającego wiadomości z wezwaniem do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W załączeniu przesyłamy kolejny wydruk z Platformy potwierdzający niniejszy fakt (załącznik nr 5).

Jednocześnie wyjaśniamy, że po powzięciu telefonicznej informacji o brakach, spółka zidentyfikowała na koncie „ADAMIETZ Sp. z o.o.” korespondencję od Zamawiającego w zakresie wezwania z dnia 1 grudnia 2023 r. W załączeniu przesyłamy wydruk z Platformy potwierdzający niniejszy fakt (załącznik nr 6). Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że konto „ADAMIETZ Sp. z o.o.” nie jest oraz nie było kontem właściwym do komunikacji w niniejszym postępowaniu, bowiem Wykonawca nie składał z niego oferty w postępowaniu oraz nie prowadził korespondencji z Zamawiającym. Z tego też powodu Wykonawca monitorował korespondencję na koncie, które zgodnie z ofertą było przeznaczone do obsługi niniejszego postępowania tj. „ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ”.

Należy także dodać, że Wykonawca w toku niniejszego postępowania cały czas aktywnie monitoruje jego stan.

Objawia się to choćby w tym, iż pomimo braku wpływu korespondencji na konto „ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ” udzielił odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 listopada 2023 r. do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) oraz na pismo z dnia 30 listopada 2023 r., które wpłynęły za pośrednictwem poczty elektronicznej e-mail. Dodatkowo wskazujemy, że fakt wpływu korespondencji wyłącznie za pośrednictwem poczty elektronicznej nie był dla Wykonawcy nieuzasadniony z uwagi na liczne problemy techniczne, które miały miejsce w ostatnim czasie na Platformie e-Zamówienia. Ponadto taki sposób komunikacji był zgodny z rozdz. 12 pkt 1.1. SWZ.

Mając na uwadze powyższe zwracamy się z prośbą o przesłanie wezwania do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z dyspozycją z art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. Z uwagi na okres świąteczno-urlopowy oraz dużą ilość i wieloaspektowość składanych dokumentów prosimy o wyznaczenie ewentualnego terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych nie wcześniej niż na dzień 12 stycznia 2024 r.

- pismem z dnia 20 grudnia 2023 roku skierował Zamawiający do A. wezwanie

do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy.

Izba mając na uwadze powyższe ustalenia uznała zarzut odwołania za niezasadny. Izba podziela stanowiska wyrażone w orzecznictwie Izby, za wypełni uzasadniony w tym zakresie Izba uznała pogląd wyrażony w wyroku sygn. akt KIO 340/24. Izba jednoznacznie wskazała, że nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości przekazania dokumentów ilość kont jakie wykonawca posiada na platformie zamówieniowej. „Jeżeli korespondencja została skierowana przez Zamawiającego na skrzynkę, z której wykonawca nie korzysta w danym postępowaniu, nawet jeśli została przez niego założona, to nie można uznać jej za skutecznie doręczoną, w rozumieniu art. 61 § 2 KC, który stanowi, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.”

W przypadku rozpoznawanej sprawy odwoławczej bezspornym było, że Zamawiający skierował wezwanie z dnia 1 grudnia 2024 roku na inne konto, niż konto, którego

w prowadzonej procedurze o udzielenie zamówienia publicznego używał A.. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego wybierania kanałów komunikacji

z wykonawcą. Ponowne wezwanie na prawidłowo zidentyfikowane konto komunikacji pismem z dnia 20 grudnia 2023 roku przez Zamawiającego Izba uznała za działanie prawidłowe. Nie sposób uznać za prawidłowe, aby wykonawca zobowiązany był

do monitorowania wszelkich posiadanych kont na platformie zamówieniowej. Określenie konta jakim się posługuje w danej procedurze wymaga współdziałania Zamawiającego właśnie przy użyciu tego konta.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut za niezasadny.

(6)w zakresie – zaniechanie wykluczenia Konsorcjum A

na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 7 w zw. z art. 125 ust. 2 ustawy pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że podmiot na którego zasobach polega Wykonawca nie podlega wykluczeniu co do nienależytej realizacji wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co mogło (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

8) 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;

Art. 125

1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

2. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L 3 z 06.01.2016,), zwanego dalej "jednolitym dokumentem".

Izba ustaliła, że w rozdziale 6 pkt 2 SWZ – Podstawy wykluczenia, Zamawiający przewidział:

2. Zamawiający przewiduje ponadto wykluczenie z udziału w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy:

- a. który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, chyba że Wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp),
- b. w stosunku, do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp),
- c. który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp),
- d. który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp),
- e. 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 (podst. prawna art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Izba ustaliła w ramach tego zarzutu, że wraz z ofertą A. złożyło JEDZ podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega – Sound & Space sp. z o.o.

W cz. III.C. na stronie 11 i 12, S&S wskazał:

„rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa

w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Proszę podać odpowiedź

OTak

●Nie”

Odwolujący podniósł, że S&S wprowadził Zamawiającego w błąd, bowiem nie wykonał należycie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co skutkowało naliczeniem kar umownych. Odwołujący podła, że naliczona kara umowna to kara za zwłokę w wysokości 17 086.77 zł, kara ta nie była kwestionowana.

Izba zważyła:

Izba podkreśla, że w myśl art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy wykluczeniu podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji lub wykonał tę umowę nienależycie w istotnym stopniu lub zakresie, lub też długotrwale nienależycie ją wykonywał, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnienia z tytułu

rękojmi za wady.

Regulacja powyższa stanowi efekt implementacji do polskiego systemu zamówień publicznych postanowień art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE

z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna), który to przepis upoważnia Zamawiającego

do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Prawodawca unijny w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej zamieścił także wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia, wskazując, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy”. Implementacja przepisów takiej dokonał polski prawodawca do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy musi być odczytywana w zakresie regulacji zawartych w tym przepisie, oraz w żaden sposób nie może być interpretowana i wykładana rozszerzająco. Ugruntowanym jest w orzecznictwie Izby jak i sądów powszechnych jak również powtarzaniem w doktrynie przedmiotu, że podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający. Jednoznaczne znaczenie przepisów krajowych obowiązującej ustawy musi być odczytywane zgodnie z ich treścią i niedopuszczalna jest jakakolwiek wykładnia rozszerzająca. Wymaga podkreślenia, że przesłanki wykluczenia

z postępowania odwoławczego materializując się w odniesieniu do danego wykonawcy stanowią bardzo dotkliwe sankcje, które orzeczone mogą zostać jedynie w zakresie brzemienia obowiązującego przepisu prawa w okolicznościach w których spełnienie

tych przesłanek zostało jednoznacznie wykazane przez Odwołującego.

Wymaga podkreślenia i usystematyzowania w ocenie Izby, że dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy konieczne jest stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie.

Wykluczenie z postępowania na ww. podstawie prawnej jest dopuszczalne w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Tym samym aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania na wskazanej wyżej podstawie prawnej musi dojść do: 1) niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, 2) musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia, 3) przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy, 4) musi to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W ramach podnoszenia zarzutów odwołania to po stronie Odwołującego niezmiennie pozostaje obowiązek wykazania, że doszło do spełnienia określonych przesłanek, a tym samym doszło do naruszenia przez Zamawiającego obowiązujących regulacji prawnych.

Co istotne w przypadku wykazania spełnienia zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy niezbędne jest wykazanie ich kumulatywnego spełnienia. Po stronie Odwołującego pozostaje ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym dowiedzenia, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej czynności oceny w ramach podnoszonych naruszeń prawa.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający może wykluczyć z postępowania 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. Przepis ten transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. Powyższa podstawa wykluczenia odnosi się również do dokumentu JEDZ. W ramach regulacji tej wykluczeniu podlega wykonawca, który wprowadził w błąd Zamawiającego, zataił informacje lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych. Mając na uwadze stanowisko doktryny i spójne orzecznictwo podkreślenia wymaga, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego oparte o to, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, a błędem

jest rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Czyli chodzi o to, że Zamawiający może mieć fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości polegające na tym, że przyjmuje okoliczności jakie nie występują lub pozostaje w nieświadomości okoliczności jakie występują. Wprowadzenie w błąd może polegać na przedstawieniu informacji obiektywnie nieprawdziwych lub prawdziwych ale wywołujących mylne wyobrażenie po stronie Zamawiającego. Błąd musi nastąpić przy przedstawianiu informacji. Wprowadzenie w błąd nie obejmuje zatem zatajenia wymaganych informacji. Natomiast, gdy informacja podana przez wykonawcę jest prawdziwa, to nie ma wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba za zasadne uznała również twierdzenia A. zawarte w piśmie procesowym z dnia 26 kwietnia 2024 roku. Słusznie wskazuje A.

na treść opinii UZP oraz stanowisko, że w przypadku udzielenia odpowiedzi na pytanie

w JEDZ, do którego referuje Odwołujący należy korelować z regulacją art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Konsekwentnie, w odpowiedzi na pytanie w JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy okoliczności.

W ramach realizacji zamówienia na rzecz Teatru im. W.S. w Rzeszowie wykonawcy S&S naliczona została kara umowna, która została potrącona z należności wzajemnych wykonawcy. W tym zakresie przedstawiony został przez Odwołującego dowód w postaci noty księgowej.

W odniesieniu do przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Izba podkreśla, że musi zostać wykazane ich kumulatywne spełnienie. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, choć prowadził postępowanie dowodowe, że S&S w ramach realizacji zamówienia dla Zamawiającego Teatr im. W. Siemaszkowej w Rzeszowie nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie w znacznym stopniu lub zakresie. W ocenie Izby wskazanie

w odwołaniu zwłoki co najmniej 40 dni przy 240 terminie wykonania zamówienia nie dowodzi stopnia znacznego nienależytego wykonania zamówienia. Nadmienić należy, że A.

w piśmie procesowym wskazał, że opóźnienie to wynosiło 33 dni oraz, że opóźnienie

to wynikało z okoliczności za którą wyłączną winę ponosił zamawiający. Odwołujący podał, że dokonał wyliczenia „proste obliczenie” jednakże nie przedstawił takiego obliczenia,

a co równie istotne nie podał nawet wartości umowy jaka została zawarta. Argumentacja Odwołującego w zakresie tego zarzutu odwołania została w zasadzie podważona przez samego Odwołującego, który składając dowód nr 11 potwierdził, że argumentacja zawarta w odwołaniu w odniesieniu do ilości dni zwłoki była nieprawidłowa, bowiem z oświadczenia Teatru z dnia 8 maja 2024 roku wynika, że kara została naliczona za okres zwłoki 33 dni. Natomiast A. wyjaśnił, że kwota naliczonej kary stanowi bagatelną wartość całego kontraktu tj. 3.3 % wynosząc 17 086.77 zł przy wartości kontraktu 420 389, 53 zł. W ocenie Izby w oparciu o dowód nr 17 złożony przez Zamawiającego również nie sposób stwierdzić, aby doszło do znacznego nienależytego wykonania zamówienia przez S&S, bowiem jak oświadczył Teatr im. W. Siemaszkowej w Rzeszowie opóźnienie w realizacji umowy nie doprowadziło do opóźnienia całej inwestycji, ani utraty dofinansowania.

Istotnym w ocenie Izby w odniesieniu do oceny przesłanek jest również to, że w pytaniu skierowanym do Teatru im. W. Siemaszkowej w Rzeszowie Odwołujący wprost zadał pytanie o to czy naliczenie kar umownej było tylko i wyłącznie z winy Zamawiającego (dowód nr 11) jednakże na to pytanie w piśmie z dnia 8 maja 2024 roku Teatr nie udzielił odpowiedzi,

a wskazanie w piśmie „a więc z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” nie przesądza

w żaden sposób, że wina w tym zakresie leżała tylko po stronie S&S. Sposób naliczenia kary umownej wynikał jak podnosił Odwołujący z postanowień umowy, ale nie przesądzał

w żaden sposób, nie dowodzi stopnia znacznego nienależytego wykonania zamówienia.

Dodatkowo w ocenie Izby dowody 20 i 21 zawnioskowane przez A. potwierdzają,

że okoliczności związane z naliczeniem kary umownej nie wpłynęły w żaden sposób

na realizację inwestycji, w której miały zostać wykorzystane projekty.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że nie doszło do wykazania spełnienia wszystkich przesłanek niezbędnych do stwierdzenia naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, tym samym nie znajduje podstawy do wykluczenia wykonawcy w oparciu o ten przepis i odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy. Oznacza to, że przy braku spełnienia wszystkich przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy nie było podstawy do wskazywania przez S&S w JEDZ innej niż podana informacja. Takie stanowisko wielokrotnie prezentowane jest w orzecznictwie Izby oraz poparte opinią UZP. Podkreślić należy,

że oświadczenia wykonawcy mają korelować z przesłankami wykluczenia z postępowania, natomiast nie stanowią „przeglądu całości historii kontraktowej wykonawcy”.

W zakresie podniesionego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, mając na uwadze powyższą argumentację oraz brak stwierdzenia podstaw do wskazywania w JEDZ podmiotu S&S informacji o dotyczących umowy z Teatrem im.

Siemaszkowej w Rzeszowie, Izba stwierdza, że nie doszło do „zatajenia tego faktu” (jak podnosił Odwołujący), a tym samym nie doszło do naruszania ww. przepisu ustawy, a w konsekwencji nie zaistniały podstawy do wykluczenia wykonawcy z powodu przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Izba uznała również, że Odwołujący nie wykazał zasadności podnoszenia zarzutu odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 16 ustawy w odniesieniu do informacji podmiotu udostępniające zasoby.

Regulacje prawne do jakiej odnosi się Odwołujący i powołuje je w zakresie zarzutu niewątpliwie będą miały zastosowanie do badania treści oferty rozumianej jako oświadczenia woli wykonawcy, czyli elementów składanych przez wykonawcę w ramach zobowiązania

do świadczenia danego zamówienia na określonych zasadach, przy wykorzystaniu określonych elementów dających wykonawcy przewagę w ocenie oferty. Natomiast odwołanie do przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przy elementach oceny spełnienia warunku niweczyłoby tą ustawową możliwość i prowadziłoby do powstania dwóch odrębnych trybów oceny tego samego stanu faktycznego. Widać dostrzega to również sam Odwołujący, bowiem w argumentacji zawartej w odwołaniu w części odnoszącej się do naruszeń prawa powołuje on jedynie podstawy prawne nie czyniąc żadnej pogłębionej analizy prawnej uzasadniającej odwołanie się do takiej podstawy prawnej przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba podtrzymuje i przywołuje wyrażone stanowisko i uzasadnienie w rozpoznaniu tożsamego zarzutu postanowionego w grupie zarzutów określonych w uzasadnieniu jaki (1), a zawarte na stronie 142 tegoż uzasadnienia wyroku.

Tym samym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 uznk.

Tym samym Izba uznała zarzut w tym zakresie za niezasadny.

(7) w zakresie – naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez przyznanie Odwołującemu zbyt małej liczby punktów w kryteriach 2 i 3.

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 239 ust. 1 ustawy – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

-art. 239 ust. 2 ustawy - Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Projektant elektroakustyki

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

2) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami wchodzącymi w skład Zespołu projektowego, który Wykonawca zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, tj.:

10) dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Projektant elektroakustyki, posiadającą wyższe wykształcenie techniczne w specjalności inżynieria dźwięku oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych) w projektowaniu dla tej specjalności, która w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu do składania ofert, wykonała minimum 2 projekty wykonawcze systemu elektroakustycznego wykorzystującego cyfrową sieć foniczną oraz systemu inspicjenta dla budowy lub przebudowy obiektów użyteczności publicznej z widownią na minimum 300 miejsc siedzących każda;

Izba ustaliła, że w dokumencie - Załącznik nr 18 do SWZ – Kryteria pozacenowe, złożonym przez Odwołującego podane zostało:

M.S.

Projektant elektroakustyki

2)

Nazwa i zakres projektu wykonawczego dot. Inwestycji:

Projekt wykonawczy w zakresie branż elektroakustyki, projekt mechaniki scenicznej oraz oświetlenia scenicznego i multimedialnych.

Zaprojektowany system elektroakustyczny wykorzystuje cyfrową sieć foniczną oraz system inspicjenta.

Nazwa inwestycji: Nowa Siedziba Akademii Muzycznej im. Feliksa Nowowiejskiego

w Bydgoszczy (budowa)

Termin realizacji projektu: 07.2018 (zakończenie prac projektowych)

Dane Zamawiającego: Akademia Muzyczna imienia Feliksa Nowowiejskiego Słowackiego 7, 85-008 Bydgoszcz

Ilość miejsc siedzących: powyżej 300

Izba zważyła

W zakresie podania informacji w wykazie dla oceny kryteriów pozacenowy w ocenie Izby nie ma żadnej podstawy do dokonywania zmian w oświadczeniu woli wykonawcy. Informacje zawarte w wykazie dla kryteriów pozacenowych stanowią ofertę wykonawcy, która może podlegać poprawie jedynie w ściśle określonych przypadkach. Jednakże w odniesieniu do informacji poddawanych ocenie w ramach kryteriów oceny ofert w zadzie nie ma możliwości dokonywania jakichkolwiek zmian. Wprowadzanie zmian do takiego formularza niweczyłoby element konkurencyjny między wykonawcami. Każdy wykonawca ma prawo do prawidłowego złożenia oświadczenia, czyli wypełnienia dokumentów i w tym zakresie jego oferta podlega ocenie. Nie da się po terminie składania ofert dokonywać poprawy w ramach kryterium oceny ofert.

W zakresie doświadczenia Pani S. niewątpliwie prawidłowo postąpił Zamawiający nie przyznając punktu za wskazane powyżej, a ujęte w załączniku nr 18 Kryteriach pozacenowych, doświadczenie w realizacji usługi na rzecz Akademii Muzycznej w Bydgoszczy.

Izba nie będzie dochodzić w tym miejscu czy projekt został wykonany w 2018 roku czy później, bowiem i tak nie jest w ocenie Izby możliwa jakakolwiek zmiana w zakresie oświadczenia zawartego w wykazie kryteriów oceny ofert. Nie ma również w tym zakresie znaczenia to, że czy faktycznie projekt został zrealizowany w okresie ostatnich pięciu lat, bowiem oświadczenie jakie zostało złożone nie potwierdza tego. Izba dostrzega stanowisko Zamawiającego i wskazanie, że w piśmie z dnia 13 lutego 2024 roku Akademia Muzyczna podała, że projekt ukończono w lipcu 2018 roku. To jedynie potwierdza, że w oświadczeniu została zawarta informacja odpowiadająca stanowi rzeczny i taka musiała zostać poddana ocenie Zamawiającego.

Nie uzasadnia w żaden sposób dopuszczenia do poprawienia oświadczenia w kryteriach oceny ofert złożoność ofert czy wielość dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. Zarówno prawem jak i obowiązkiem Zamawiającego składającego ofertę jest jej należyte przygotowanie.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że prawidłowo dokonał oceny doświadczenia Pani S. Zamawiający, a oprawa oświadczenia złożonego w ramach kryteriów oceny ofert w zakresie oświadczonej treści nie jest możliwa.

Kierownik Robót instalacji i sieci sanitarnych

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

3) *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami (w postaci kadry Wykonawcy) do kierowania budową i kierowania robotami, które zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, spełniającymi następujące wymagania:*

3) *dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Kierownik Robót instalacji i sieci sanitarnych, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w kierowaniu robotami instalacji i sieci sanitarnych, która w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję kierownika robót przy co najmniej 2 budowach lub przebudowach dla obiektów użyteczności publicznej o wartości każdej z robót minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto oraz obejmujących łącznie realizację: wentylacji mechanicznej, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej lub klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno – kanalizacyjnej, instalacja gaszenia (tryskaczowa lub zraszaczowa) oraz sieci i przyłączy sanitarnych;*

Izba ustaliła, że w dokumencie - Załącznik nr 18 do SWZ – Kryteria pozacenowe, złożonym przez Odwołującego podane zostało:

M.M.

Kierownik robót instalacji i sieci sanitarnych

1)

Nazwa zakończonej inwestycji:

Budowa budynku biurowego z garażem podziemnym, Olivia Star, 80-309 Gdańsk, Al. Grunwaldzka 472C

Termin realizacji: 2016-2018

Wartość Inwestycji (PLN, netto): powyżej 30 mln

Dane Zamawiającego: Olivia Star S.A., ul. Stefana Batorego 16/1A, 80-251 Gdańsk

Informacja, czy dana inwestycja obejmowała łącznie realizację: wentylacji mechanicznej, ciepła technologicznego, instalacji wody lodowej lub klimatyzacji, centralnego ogrzewania, instalacji wodno – kanalizacyjnej, instalacja gaszenia (tryskaczowa lub zraszaczowa) oraz sieci i przyłączy sanitarnych: TAK

Izba zważyła.

W zakresie przedmiotowego zarzutu kluczowym jest rozumienie warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie Izba podziela argumentację Zamawiającego zwartą w odpowiedzi na dowołanie. Podobnie jak miało to miejsce we wcześniej rozpoznawanym zarzucie odwołania (dotyczącym sytemu DSO str. 180 i następne uzasadnienia wyroku),

nie sposób przyjąć, że wykazane doświadczenie miało odnosić się do kumulatywnego wykazania się doświadczeniem obejmujących łącznie w ramach dwóch inwestycji realizację wszystkich wskazanych zakresów realizacji.

Na podstawie ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu w ocenie Izby, uwzględniającego jego literalne brzmienia w ramach każdej wskazywanej inwestycji kierownik robót sanitarnych i instalacji miał się wykazać realizacją wskazanych zakresów. Podkreślenia wymaga również, że w ramach wytycznych dotyczących przyznawania punktów w kryterium oceny Zamawiający jednoznacznie podał, że przyznawane będą punkty zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (rodzaj i wielkość), to stanowi w ocenie Izby swoistą wykładnię autentyczną warunku w przypadku, gdyby były jakiegokolwiek wątpliwości w odczytaniu treści warunku.

Dodatkowo Izba podkreśla w tym miejscu niekonsekwencje w działaniu Odwołującego

i wybiórcze dokonywanie wykładni warunków. Wystarczy bowiem spojrzeć na warunek przytoczony poniżej, w odniesieniu do Kierownika Robót teletechnicznych, w którym również Zamawiający wskazuje na łączną realizację systemów. Wymaga podania, że w ramach kryteriów została złożona w tym przypadku jedna dodatkowa inwestycja, ale w żaden sposób nie uzasadnia Odwołujący, że łączne spełnienie wymagań co do realizacji systemów potwierdza wykazane doświadczenie w ramach warunku dla tego doświadczenia. Nie czyni tego, bo ta argumentacja byłaby absurdalna. Niemniej pokazuje jak w różnych okolicznościach w różny sposób rozumiane są takie same fragmenty postanowień zawartych w warunkach.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut odwołania za niezasadny.

Kierownik Robót teletechnicznych

Izba ustaliła, że w SWZ w rozdziale 7 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający podał:

3) *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje osobami (w postaci kadry Wykonawcy) do kierowania budową i kierowania robotami, które zamierza skierować do realizacji niniejszego zamówienia, spełniającymi następujące wymagania:*

5) *dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Kierownik Robót teletechnicznych, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie (liczone od dnia otrzymania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi, w tym obejmującymi kierowanie robotami instalacji teletechnicznych/niskoprądowych, która w ciągu ostatnich 10 lat pełniła funkcję kierownika robót instalacyjnych przy co najmniej 2 budowach lub przebudowach dla obiektu użyteczności publicznej o wartości każdej z robót minimum 30 000 000 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych) netto oraz obejmujących łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD;*

Izba ustaliła, że w dokumencie - Załącznik nr 18 do SWZ – Kryteria pozacenowe, złożonym przez Odwołującego podane zostało:

M.F.

Kierownik robót teletechnicznych

Doświadczenie zawodowe: powyżej 10 lat

Wykształcenie: wyższe, magister inżynier

1)

Nazwa zakończonej inwestycji:

Przebudowa budynku Prokuratury Krajowej w Warszawie, ul. Postępu 3

Termin realizacji: 2017-2018

Wartość Inwestycji (PLN, netto): powyżej 30 mln

Dane Zamawiającego: Prokuratura Krajowa w Warszawie

Inwestycja obejmowała łącznie realizację systemów: sieci strukturalnej, WLAN, serwerowni, SSP, DSO, SSWiN, CCTV, KD: TAK

Izba zważyła.

W zakresie przedmiotowego zarzutu kluczowym jest rozstrzygnięcie w zakresie tego, czy w ramach tej inwestycji realizowany był system DSO.

W ramach rozpoznania tego zarzutu Izba w całości przywołuje w tym miejscu i uznaje za zasadną argumentację odnoszącą się co do rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu, a poczynioną w odniesieniu do doświadczenia Kierownika robot teletechnicznych przedstawionego przez A. (str. 180 i następne uzasadnienia wyroku).

Na podstawie dokumentu przedstawionego w trakcie rozprawy przez samego Odwołującego dowód nr 23, a pochodzącego od PGSW Polska Grupa SW wynika w sposób jednoznaczny, że system DSO w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji został zmodernizowany. Zestawiając powyższe z dowodem nr 19 złożonym przez Zamawiającego, w tym kosztorysem powykonawczym wynika jednoznacznie, że dokonano demontażu głośników DSO. Izba podkreśla, że z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego Zamawiającemu za złożonymi wyjaśnieniami tj. z referencji z dnia 20 maja 2024 roku nie wynika, aby w ramach tej inwestycji realizowany był system DSO, przy czym należy podkreślić, że wystawcą tej referencji był wykonawca NET Servis S.A.. Natomiast email z dnia 20 marca 2024 roku potwierdza ponownie modernizację systemu DSO a nie jego realizację.

Z pisma przedstawionego przez A. Zamawiającemu tj. treści pytania jak i udzielonej odpowiedzi jednoznacznie wynikało natomiast, że system DSO nie został zrealizowany

w ramach przedmiotowej umowy. Izba za niezasadne uznała twierdzenia Odwołującego, że w tym piśmie z dnia 20 lutego nie wskazano jednoznacznie, że system DSO nie był wykonywany. Podkreślenia wymaga, że we wniosku o udzielenie informacji zostały wymienione systemy o jakie pytano, natomiast w odpowiedzi podano wszystkie odpowiadające pytaniu poza DSO.

Izba mając na uwadze powyższe uznała, że Zamawiający prawidłowo uczynił i nie przyznał punktów w kryterium oceny ofert za to wykazane doświadczenie, bowiem nie wykazano aby odpowiadało ono wymaganiu określone w warunku co do realizacji systemu DSO.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut odwołania za niezasadny.

Izba dodatkowo podnosi:

W odniesieniu do jakichkolwiek dowód złożonych w sprawie, a nie powołanych w zakresie wyżej rozpoznanych zarzutów odwołania Izba stwierdza ich bezprzedmiotowość dla rozstrzygnięcia sprawy odwoławczej.

W odniesieniu do podnoszonej argumentacji w zakresie zarzutów spóźnionych Izba uznała niezasadność takiego stanowiska Odwołującego jak i Zamawiającego. Wymaga podkreślenia, że wcześniejsza sprawa odwoławcza, do której referował Odwołujący jak

i A. oraz Zamawiający została umorzona z uwagi na czynność Zamawiającego

w postępowaniu o zamówienie t.j. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W ówczesnym postępowaniu odwoławczym nie doszło do uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego, co miałoby bezpośredni wpływ na ocenę zarzutów

w obecnie prowadzonej sprawie odwoławczej. Zamawiający unieważniając czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o zamówienie przywrócił stan, w którym dokonany następnie wybór oferty nie jest obciążony żadnymi elementami wcześniejszego postępowania odwoławczego umorzonego na podstawie art. 568 pkt ustawy.

Koszty:

Izba uwzględniła odwołanie sygn. akt KIO 1205/24 w części, tj. przyjmując zgodnie ze stanowiskiem wyrażony w uzasadnieniu wyroku proporcję 2 zarzuty uwzględnione, 5 zarzutów odwołania nie uwzględnionych.

Izba oddaliła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO1211/24.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1, § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca:
.....
.....