

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Wojciechowska  
**Członkowie:** Aneta Młacka  
Adriana Urbanik  
**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2024 r. przez **wykonawcę STRABAG sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Agencję Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach**  
**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę STRABAG sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STRABAG sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę 169 zł 00 gr (sto sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu zamawiającego na posiedzenie i rozprawę,

2.2. zasądza od odwołującego wykonawcy STRABAG sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego Agencji Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 3769 zł 00 gr (trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu zamawiającego na posiedzenie i rozprawę.

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.

**Przewodniczący:** .....  
**Członkowie:** .....

Sygn. akt KIO 4821/24

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Agencja Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki”, przy ul. Piastowskiej w Krakowie – II Etap”, nr postępowania 17/2024*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2024 r., za numerem 486754-2024.

W dniu 20 grudnia 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca STRABAG sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty MIRBUD S. A. z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „MIRBUD” lub Przystępujący) mimo zaistnienia w stosunku do MIRBUD przesłanek wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp tj. wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty MIRBUD, mimo złożenia tej oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, w celu uzyskania zamówienia oraz uniemożliwienia innym wykonawcom uzyskania zamówienia, w sposób zgodny z przepisami ustawy;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty MIRBUD, z uwagi na złożenie jej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz jednocześnie bezpodstawnego i niezgodnego z przepisami ustawy wezwania MIRBUD do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy oferta MIRBUD podlegała odrzuceniu bez względu na ich uzupełnienie lub poprawienie.

a w konsekwencji:

- 4) niezgodnego z przepisami ustawy pzp wyboru oferty MIRBUD jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy pzp i art. 17 ust 2 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD pomimo spełnienia się stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z postępowania, albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, MIRBUD wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim oświadczył w złożonym wykazie osób, iż Pan J.B. kierował pracami dotyczącymi akustyki wnętrz na inwestycjach oznaczonych w wykazie osób numerem 2 i 3 podczas gdy osoba ta nie pełniła tam takiej funkcji, co w konsekwencji stanowiło wprowadzenie w błąd i na jego podstawie doprowadziło do wyboru MIRBUD niezgodnie z przepisami ustawy;

2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 17 ust 2 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaniechanie wykluczenia MIRBUD pomimo, że zmaterializowały się w stosunku do tego wykonawcy przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy pzp;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust 1 i 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „znku”) i art. 14 ust. 1 znku, a także art. 16 pkt 1) ustawy pzp, mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na podaniu w celu uzyskania korzyści majątkowej (tj. uzyskania zamówienia) wbrew prawu i dobremu obyczajom niezgodnych z prawdą informacji zawartych w wykazie osób złożonych Zamawiającemu w dniu 18 października 2024 r. tj. informacji w zakresie w jakim Pan J.B. kierował pracami dotyczącymi akustyki wnętrz na inwestycjach oznaczonych w wykazie osób przy osobie wskazanej w poz. 10 – numerem 2 i 3.

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. 128 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 17 ust 2 oraz art. 8 ust 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD mimo iż oferta ta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz jednocześnie bezpodstawnego i niezgodnego z przepisami prawa wezwania MIRBUD do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy oferta MIRBUD podlegała odrzuceniu bez względu na ich uzupełnienie lub poprawienie.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez MIRBUD, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) odrzucenia oferty MIRBUD w postępowaniu jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) odrzucenia oferty MIRBUD jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
- 4) odrzucenia oferty MIRBUD z uwagi, iż oferta ta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu bez możliwości poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych;

a następnie: powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z wyłączeniem oferty MIRBUD, oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał:

Zamawiający w ramach postępowania przewidział jako jeden z warunków udziału w nim wykonawców warunek opisany w pkt. 2.4.1.10 SWZ dotyczący posiadania przez wykonawców odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej o charakterze minimalnym. Spełnienie przez wykonawcę warunku opisanego w pkt. 2.4.1.10 SWZ wymagało udowodnienia przed Zamawiającym, że we wskazanym 5 letnim okresie dana osoba tj. kierownik prac akustyki legitymuje się doświadczeniem zawodowym w zakresie kierowania pracami dotyczącymi akustyki wnętrz przy co najmniej 2 robotach budowlanych dotyczących budowy, bądź przebudowy budynków użyteczności publicznej o wymaganiach szczegółowo określonych w pkt. 2.4.1.10 SWZ. W dniu 18 października 2024 r. w celu spełnienia warunku określonego w pkt. 2.4.1.10 SWZ MIRBUD przedłożył Zamawiającemu wykaz osób, w którym w pkt. 10 wskazał Pana J.B. jako osobę legitymującą się wykonaniem m. in. zadań polegających na „Remontie konserwatorskim i modernizacji krakowskiej Filharmonii im. K.S. w Krakowie” oraz „Budowie Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach”. W ramach obydwu robót budowlanych Pan J.B. sprawować miał funkcję polegającą na kierowaniu pracami dotyczącymi akustyki wnętrz w okresie od marca 2019 r. do września 2020 r. oraz od czerwca 2012 do września 2013 r. tj. przez łączny okres 35 miesięcy tj. 2 lata i 11 miesięcy.

Zamawiający w dniu 25 października 2024 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, na która to czynność Odwołanie wniósł Odwołujący Strabag. Odwołujący zarzucił zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD z uwagi, iż wykonawca ten wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak i złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący na etapie pierwotnego wyboru oferty MIRBUD r. zwrócił się do G. & Sznyterman Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie zajmującej się kompleksowym opracowaniem projektowym akustyki wnętrz, systemów elektroakustycznych, oświetlenia estradowego, mechaniki scenicznej i przede wszystkim sprawującej funkcję podwykonawcy w zakresie dostawy i montażu elementów akustyki wnętrz w ramach inwestycji budowlanych:

- Budowy Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach;
- Remoncie konserwatorskim i modernizacji zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S.

z zapytaniem, czy Pan J.B. na tych inwestycjach sprawował funkcję kierownika prac dotyczących akustyki wnętrz. W odpowiedzi ww. podwykonawca poinformował Odwołującego, że Pan J.B. nie pełnił funkcji polegającej na kierowaniu pracami dotyczącymi akustyki wnętrz. Jednocześnie we wskazanym powyżej piśmie podwykonawca - G. & Sznyterman Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie oświadczył, że Pan J.B. w datach realizacji obydwu powyższych inwestycji był pracownikiem spółki. Wynika to także z wiadomości dostępnych w Internecie, gdzie J.B. widnieje na stronie internetowej G. & Sznyterman Sp. z o. o. (<https://www.architected-sound.com/pl/studio-nagraniowe/>) jako osoba będąca szefem studia nagrań tego podwykonawcy.

Z powyższego pisma G. & Sznyterman Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie wynikało więc bezspornie, że Pan J.B. nigdy nie pełnił funkcji polegającej na kierowaniu pracami dotyczącymi akustyki wnętrz na dwóch kontraktach wskazanych przez MIRBUD w wykazie osób przedłożonym przez MIRBUD w dniu 18 października 2024 r. w celu spełnienia warunku określonego w pkt. 2.4.1.10 SWZ tj. „Remoncie konserwatorskim i modernizacji krakowskiej Filharmonii im. K.S. w Krakowie” oraz „Budowie Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach”.

Zamawiający w dniu 13 listopada 2024 r. unieważnił czynność wyboru wskazując, na okoliczności powzięte w wyniku złożonego odwołania złożonego przez Strabag w dniu 4 listopada 2024 r. Wobec tego postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 4071/24 zostało przez Izbę umorzone, z uwagi na brak substratu zaskarżenia. Zamawiający w trakcie ponownej oceny i badania ofert wystosował w dniu 18 listopada 2024 r wezwanie do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę wybranego. Następnie MIRBUD w dniu 5 grudnia 2024 roku złożył dość obszernie wyjaśnienia de facto tłumacząc się brakiem zawinięcia przy weryfikacji doświadczenia Pana J.B. lecz w żaden sposób nie wykazując, że osoba ta spełniała warunek (tj. wykonywała jakiegokolwiek prace mogące świadczyć o tym, że „kierowała pracami dotyczącymi akustyki wnętrz”) jednocześnie sugerując Zamawiającemu wezwanie go do zmiany osoby w ramach warunku, co zresztą w tym samym dniu tj. 5 grudnia 2024 roku Zamawiający na prośbę i sugestie Wykonawcy MIRBUD uczynił. W wyniku wezwania MIRBUD ostatecznie złożył zmieniony wykaz osób, wymieniając jednocześnie osobę wskazaną na funkcję kierownika ds. akustyki. W wyniku złożonych wyjaśnień jak i uzupełnień wykazu osób Zamawiający ponownie w dniu 13 grudnia 2024 roku wybrał ofertę MIRBUD, jako najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że całość korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a wykonawcą wybranym po unieważnieniu pierwotnej czynności wyboru oferty sprawia wrażenie prowadzonej w celu „uratowania” wykonawcy MIRBUD przed konsekwencjami ewidentnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Schemat wezwań i składanych wyjaśnień, w ocenie Odwołującego, stanowi element niedopuszczalnych negocjacji treści oferty. Zamawiający mimo niebudzących wątpliwości dowodów na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przedstawionych przy odwołaniu na unieważnioną czynność, dokonał ponownej czynności wyboru, lecz zamiast odrzucić ofertę MIRBUD podjął się kierowania do niego wezwań o treści wykreowanej przez tego wykonawcę (pkt 18 wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2024 r.). W konsekwencji w wyniku rozbudowanych chronologicznie wezwań i odpowiedzi wytworzono stan faktyczny mający na celu wykazanie rzekomej niejasności warunku udziału, następnie braku zawinięcia po stronie MIRBUD a ostatecznie wymiany osoby wskazanej w wykazie, tak, aby nowo wskazana osoba spełniała warunki udziału. W ramach wykazu osób złożonego ponownie w dniu 10 grudnia 2024 roku MIRBUD wskazał na kierownika prac akustyki Pana Anders Christian Gade realizującego zadania w Danii, Szwecji i na Węgrzech, co również nie pozostaje bez wpływu na możliwość weryfikacji takiego doświadczenia. Odwołujący nie ma możliwości ustalenia spełniania warunków przez nową osobę, podobnie zresztą jak Zamawiający. Całość podjętych przez Zamawiającego działań jawi się jako skrajnie naruszające zasady równego traktowania wykonawców jak i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający dysponując dowodami przedstawionymi w umorzona sprawie KIO 4071/24 wskazującymi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, pominął te okoliczności. Przy ponownej ocenie i badaniu ofert naruszył przepisy ustawy w taki sposób, aby poprzez kierowane następnie wezwania „naprawić” ofertę wykonawcy i przywrócić ją do stanu zgodności z wymogami SWZ. Działania takie, chociaż próbują się kryć pod osłoną

przepisu art. 128 ustawy pzp podlegają także ocenie w świetle art. 5 k.c.

Dalej Odwołujący wskazał, że MIRBUD wprowadził w błąd Zamawiającego (co najmniej na skutek lekkomyślności lub nawet rażącego niedbalstwa), co miało wymierny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego (tj. wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów oraz zasad pzp). Oznacza to, że oferta złożona przez MIRBUD winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) pzp bez możliwości jakiegokolwiek uzupełniania lub poprawiania podmiotowych środków dowodowych. Poprzez uzupełnienie lub poprawienie podmiotowych środków dowodowych Zamawiający nie może „unieważnić” uprzedniego wprowadzenia w błąd. Z tego względu należy w ocenie Odwołującego uznać, że MIRBUD składając niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym oświadczenie o posiadaniu niezbędnego doświadczenia zawodowego w zakresie osoby skierowanej do realizacji prac w ramach kierownika prac akustycznych nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na moment składania ofert oraz na skutek (co najmniej lekkomyślności) wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na podjętą przez niego decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. W tej sytuacji nie budzi wątpliwości, że wobec MIRBUD wystąpiły podstawy wykluczenia opisane w treści art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp. MIRBUD wprowadził bowiem Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu a błąd ten miał wpływ na wynik postępowania. Brak należytej staranności przy weryfikacji doświadczenia osób, jakimi się zamierza posługiwać się przy realizacji zamówienia stanowi wyraz co najmniej lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa co nie wyklucza, że informacja ta mogła być również podana w wyniku zamierzonego działania a w celu uzyskania konkretnej korzyści. Wyjaśnienia MIRBUD z dnia 5 grudnia 2024 roku dowodzą jedynie, że wykonawca nie dochował należytej staranności wymaganej od profesjonalisty. Próby sanowania złożonego w dniu 18 października 2024 roku wykazu osób niejasnością brzmienia warunku jest bezprzedmiotowe wobec oceny wprowadzenia w błąd. To jak Zamawiający opíše warunek udziału ma drugorzędne znaczenie, wobec tego, co wykonawca oświadczył w wykazie osób. Tzw. „gra słów” zmierzająca do tego, że nie chodziło o kierownika ds. akustyki a bliżej nieokreśloną funkcję „kierującą pracami dotyczącymi akustyki wnętrz”, nie oznacza jak twierdzi MIRBUD, że wystarczyło wskazać osobę wykonującą dowolne niczym niezwyfikowane czynności. Jak wskazuje sam MIRBUD w swoich wyjaśnieniach standardy pracy takiej osoby mogły wynikać z wewnętrznych (formułowane przez uczestników inwestycji) regulacji wykonawców prac akustycznych, które (biorąc pod uwagę brak obligatoryjnych wymagań) mogą istotnie różnić się w zależności od danego kontraktu zarówno co do sposobu zaangażowania osoby pełniącą taką funkcję, ale i zakresu jej faktycznego zaangażowania. Tym samym korzystając z potencjału osoby, która rzekomo realizowała zlecenia na rzecz Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach oraz krakowskiej Filharmonii im. K.S. wystarczyło zapytać się generalnego wykonawcy lub podwykonawcy o zakres wykonanych przez Pana Barana prac, a przez to nabycie przez niego odpowiedniego doświadczenia. Nawet jeżeli ustawa Prawo budowlane nie definiuje samodzielnej funkcji „Kierownika ds. akustyki” to nie oznacza dowolności w przedstawianiu osoby, która nie wykonywała żadnych zadań polegających na „kierowaniu” danymi pracami. Już z samej definicji słownika języka polskiego PWZ wynika, że kierownik to osoba zarządzająca jakimś działem, zespołem ludzi. Kierowanie zaś oznacza: zwracać się lub adresować coś do kogoś, czegoś, regulować czynność lub ruch czegoś za pomocą jakiegoś urządzenia, zarządzać kimś, czymś, stać na czele czegoś lub wskazywać komuś sposób postępowania. Artykuł 12 ust. 1 Prawa budowlanego wskazuje jaka działalność w budownictwie jest traktowana jako wykonywanie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i wymaga do jej sprawowania posiadania odpowiednich uprawnień budowlanych. Jednocześnie w ustawie wymienia się takie rodzaje działalności, jak: 1) projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i technicznych oraz sprawowanie nadzoru autorskiego; 2) kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi; 3) kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrola techniczna wytwarzania tych elementów; 4) wykonywanie nadzoru inwestorskiego; 5) sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych. Istotna jest również treść art. 12 ust. 6 Prawa budowlanego wskazująca, że „Osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie są odpowiedzialne za wykonywanie tych funkcji zgodnie z przepisami i zasadami wiedzy technicznej oraz za należyłą staranność w wykonywaniu pracy, jej właściwą organizację, bezpieczeństwo i jakość.”. W tym kontekście, nawet uwzględniając, że kierowanie robotami akustycznymi nie jest sprawowaniem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, istotne jest, że kierowanie robotami akustycznymi związane jest z koniecznością uwzględniania w podejmowanych działaniach zasad wiedzy technicznej. Jednocześnie zasady wiedzy technicznej powinny być uwzględniane i stosowane przez osobę kierującą robotami przy organizacji robót, bezpieczeństwie ich wykonywania w celu zapewnienia odpowiedniej jakości. W konsekwencji, zakres działań kierownika robót akustycznych, pomimo, że nie jest wprost zdefiniowany w prawie budowlanym, nie może być oderwany od działań związanych z organizacją robót, bezpieczeństwem ich wykonywania i zapewnienia odpowiedniej jakości. Brak udziału danej osoby w tych czynnościach powoduje, że nie można jej przypisać kierowania robotami w tym zakresie. Jest to oczywiste z uwzględnieniem treści art. 116 ust. 1 pzp. Oznacza to, że kwalifikacje zawodowe, którymi legitymuje się wykonawca

muszą mieć związek z zapewnieniem wykonania zamówienia na odpowiedni poziomie jakości. Tym samym konieczność legitymowania się określonym personelem nie oznacza legitymowania się kimkolwiek, ale obowiązek dysponowania osobami, które poprzez swoje wcześniejszą aktywność nabyły wiedzę i doświadczenie, które pozwolą wykonać zamówienie na odpowiednim poziomie jakości. Osoba, która nie wykonywała zadań związanych z określonymi robotami, nie kierowała nimi, nie brała faktycznego udziału w ich wykonywaniu, nie miała wpływu na bezpieczeństwo wykonywania nie nabyła tym samym doświadczenia, wymaganego poprzez przyzmat art. 116 ust. 1 pzp. Kierowanie pracami akustycznymi lub (posługując się nomenklaturą wyjaśnień wykonawcy wybranego) - kierowanie pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz oznacza pewien zespół charakterystycznych działań takich jak: nadzór pracy zespołu w zakresie zgodności wykonywanych prac akustycznych z przekazaną dokumentacją projektową, przeprowadzenie pośrednich i końcowych pomiarów akustycznych, których pan J.B. nie wykonywał. Znamienne jest to, że mimo twierdzeń MIRBUDU o dowolności wykonywanych zadań w ramach tej funkcji w wyjaśnieniach nie pojawia się żadna zmianka, jakie czynności Pan Baran na referencyjnych inwestycjach wykonywał. Wykonawca nie przedłożył żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. Abstrahując już od tego czy Pan J.B. wskazany pierwotnie na funkcję „kierownika prac akustyki” wykonywał jakiegokolwiek prace związane z akustyką na inwestycjach Budowy Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach oraz Remoncie konserwatorskim i modernizacji zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S., to w żadnej mierze nie wykonywał zadań polegających na „kierowaniu” pracami nawet w ujęciu sensu largo. Znamionym jest to że funkcje kierownika ds. akustyki na inwestycji Filharmonii im. K.S. sprawował Pan T.T., natomiast na inwestycji budowy Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach funkcję kierownika prac akustycznych sprawował Pan K.B.. Niezbitnie o braku wykonywania przez Pana J.B. jakichkolwiek czynności polegających na „kierowaniu pracami związanymi z akustyką wewnątrz” dowodzą oświadczenia zarówno podwykonawcy - dla obu inwestycji jak i kierownika budowy z ramienia generalnego wykonawcy - dla inwestycji w Krakowie. MIRBUD jako profesjonalista na rynku budowlanym zaniechał podania informacji odpowiadających prawdzie w wyniku braku weryfikacji doświadczenia osoby. Składając oświadczenie w wykazie osób z dnia 18 listopada 2024 r. podał niezgodne z prawdą informacje na temat doświadczenia osoby na funkcję kierownika prac akustyki, co miało wymierny wpływ na wynik postępowania. Skoro pracodawca Pana J.B. tj. G. & Szynterman Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie zanegował fakt pełnienia przez niego funkcji kierowniczych związanych z pracami akustycznymi na inwestycjach Budowy Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach oraz Remoncie konserwatorskim i modernizacji zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S., to nie może ulegać żadnej wątpliwości, że złożone przez MIRBUD oświadczenie w tym zakresie, poświadcza nieprawdę. Trudno też zgodzić się z twierdzeniami MIRBUD, że nie miał możliwości weryfikacji podanych informacji na temat doświadczenia zawodowego personelu, który zamierza skierować do realizacji prac, skoro Odwołujący wszedł w posiadanie takich informacji. MIRBUD podał niesprawdzone informacje na temat doświadczenia zawodowego jego personelu licząc się jednocześnie z poważnymi konsekwencjami, jakie mogą spotkać z tego tytułu, w postaci wykluczenia z postępowania. Wprowadzenie w błąd co do spełnienia warunków udziału było zatem ewidentne i miało wpływ na wynik postępowania, co aktywuje konieczność wykluczenia wykonawcy w oparciu o przesłankę z art. 109 ust. pkt. 8 i 10 ustawy pzp. Wprowadzenie w błąd jest okolicznością pierwotną, prowadzącą do odrzucenia tej oferty i wyłączającą możliwość poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający w sposób nieuprawniony i wadliwy zastosował przepis art. 128 ust. 1 ustawy pzp, podczas gdy oferta pierwotnie podlegała już odrzuceniu i czynności tej nie dało się sanować, co oznacza, że zastosowanie tego przepisu nastąpiło wbrew dyspozycji art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Odnosząc się chronologicznie do zaistniałych prób „ratowania” oferty wykonawcy wybranego Odwołujący wskazał, iż wyjaśnienia tego wykonawcy z dnia 5 grudnia 2024 roku w żaden sposób nie pokazały, ani nie dowiodły, że wskazany w wykazie kierownik prac akustyki spełnia wymagania SWZ. Wyjaśnienia MIRBUD z dnia 5 grudnia 2024 roku w swej obszerności poruszają tematy niemające wpływu na podaną nieprawdziwą informację, począwszy od tego, że warunek udziału w postępowaniu był niejasny i że nie wiadomo co dana osoba miała wykonywać w ramach kierowania pracami związanymi z akustyką wewnątrz. MIRBUD nie skarżył warunków udziału w postępowaniu ani nie kierował do Zamawiającego na etapie pytań do SWZ zastrzeżeń co do niejasności warunków udziału w postępowaniu. Bierność w tym zakresie MIRBUD uzasadnia twierdzenie, że warunek ten był albo jasny i dlatego MIRBUD nie zadawał w tym zakresie pytań bądź mając świadomość niejasności warunku MIRBUD dopuścił się braku należytej staranności – vide Wyrok Sądu Najwyższego - I zba Cywilna z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygn. akt IV CSK 626/13.

Odwołujący zauważył, że brzmienie warunku udziału w postępowaniu nie ma żadnego znaczenia w kontekście tego, co oświadczył wykonawca w wykazie osób. Co znamienne, z oświadczenia Pana J.B. z dnia 1 października 2024 roku złożonego jako załącznik do wyjaśnień, wynika, że udostępnił swój zasób jako „kierownik prac akustyki”, co oznacza, że udostępnił doświadczenie nabyte przez pełnienie takiej funkcji. Aby udostępnić się jako „kierownik prac akustyki” osoba ta musiała pełnić funkcje i zadania z tym związane. MIRBUD jako profesjonalista zaniechał takiego zbadania i ustalenia,

po czym powieili błędną informację w swoim wykazie osób. MIRBUD, mimo iż miał taką możliwość, w żaden sposób nie zweryfikował prawdziwości oświadczenia. Jak pokazują dowody zgromadzone w odwołaniu, w sposób prosty, jasny i ewidentny dało się ustalić kto pełnił funkcję kierownika ds. akustyki na referencyjnych obiektach a także dało się uzyskać informacje od podmiotów wykonujących tamte inwestycje, że pan Baran podobnych czynności nie pełnił. Co więcej, jak zaznacza sam wykonawca w wyjaśnieniach „prace związane z akustyką wewnątrz realizowane są w większości przypadków przez specjalistyczne firmy podwykonawcze, dysponujące specjalistycznym know-how, zaś kierowanie pracami związanymi z akustyką wewnątrz pozostawione jest albo do decyzji podwykonawcy realizującego te prace albo osobie zatrudnionej bezpośrednio przez generalnego wykonawcę, który kieruje pracami realizowanymi przez specjalistyczną firmę podwykonawczą” potwierdza i dowodzi tylko, że dowody złożone przez STRABAG w niniejszym odwołaniu są wiarygodne i wystraszające do potwierdzenia spełniania warunku. Dowody te, pochodzą od pomiotów (podwykonawcy i kierownika budowy generalnego wykonawcy), które mają wyłączną i decydującą wiedzę w zakresie, czy Pan J.B. pełnił funkcje związane z kierowaniem pracami akustyki wewnątrz. Dalsze rozważania, że MIRBUD prowadził korespondencję z potencjalnym podwykonawcą Mikor Inżyniering sp. z o.o. nie dowodzą, że zachował należyłą staranność, bowiem z przedłożonych wiadomości e-mail wynika tylko, że pracownicy MIRBUDU zwrócili się o użyczenie osób spełniających warunki. To, że potencjalny podwykonawca wysłał uzupełniony wykaz nie oznacza, że odbiorca go weryfikował i nie zwalnia go z odpowiedzialności za oświadczenia złożone jako własne. Całkowicie nieprawdziwe i nieudowodnione pozostają wywody i twierdzenia MIRBUD (pkt 11, 13, 14 wyjaśnień z 5 grudnia 2024 r) o potwierdzeniu doświadczenia przez G. & Szynterman i w żadnym fragmencie przedłożonych wiadomości e-mail takiego potwierdzenia nie ma. Z maila z dnia 20 września 2024 r (zał. 3 do złożonych wyjaśnień MIRBUDU) wynika, iż przedstawiciel G. & Szynterman Pan Gilewski potwierdził zakres branż z oferty Mikor Inżyniering sp. z o.o. a nie doświadczenie Pana Barana. Próba zbitcia dowodów Odwołującego twierdzeniem, że G. & Szynterman złożył dwa sprzeczne oświadczenia jest nieprawdziwe i wynika z nadinterpretacji tego jedynego dowodu złożonego do wyjaśnień. Nieprawdziwe są także wywody, że pan Baran stał się nieuchwytny i że zasoby w tym zakresie stały się dla MIRBUDU niedostępne podobnie jak niemożliwa była dla niego dalsza lub inna weryfikacja doświadczenia niż samo, w dodatku nieprawdziwe oświadczenie Pana Barana. Weryfikacja doświadczenia pana Barana powinna nastąpić przez MIRBUD przed złożeniem ofert a nie po tym jak zostało złożone w tym zakresie odwołanie czy też dopiero po wezwaniu przez Zamawiającego. Jak wykazał Odwołujący w sposób łatwy, ale i właściwy - jak potwierdza sam MIRBUD (pkt 5 wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2024 r) możliwe było zwrócenie się do pracodawcy tej osoby a podwykonawcy na referencyjnych inwestycjach (G. & Szynterman), dalej do generalnego wykonawcy tamtych inwestycji (w przypadku krakowskiej Filharmonii im. K.S. - wykonawcy Łęgrzem sp. z o.o.) lub nawet inwestorów o potwierdzenie powyższej informacji, co uczynił STRABAG a zaniechał sam zainteresowany. Podkreślił, że działania takie powinny być podejmowane przed złożeniem oferty jako elementarne działania dla zapewnienia wymaganej od profesjonalisty staranności. Tym samym wszelkie próby wykazania, że przez brak jednoznaczności wymogów warunku udziału co do „kierowania pracami związanymi z akustyką” (pkt 17 wyjaśnień) a jednocześnie powiedzeniem, że jednak MIRBUD rozumie warunki udziału i jest w stanie wskazać inną osobę na ich spełnienie (pkt 18 wyjaśnień) całość złożonych wyjaśnień przez wykonawcę wybranego potwierdza, iż wprowadził Zamawiającego w błąd, zaniechał sprawdzenia prawdziwości złożonego oświadczenia, rozumiał warunki udziału i jest świadomy ich niespełnienia poprzez osobę Pana J.B.. Niezależnie od czynności dokonanych po dacie unieważnienia czynności wyboru z dnia 13 listopada 2024 r. MIRBUD pierwotnie, już w dacie złożenia pierwszego wykazu osób podał niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy informacje o tym, że osoba Pana J.B. kierowała pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz na wskazanych powyżej inwestycjach. MIRBUD liczył na to, że Zamawiający nie wejdzie w ich posiadanie tj. nie uzyska wiedzy w tym zakresie i przyzna MIRBUD zamówienie, co też się zmaterializowało i winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy i odrzuceniem jego oferty. MIRBUD powinien co najmniej liczyć się ze skutkami swojego działania. Przejawem należytej staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Powołał się na wyrok KIO z 13 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 185/18. Nawet, gdyby przyjąć w świetle złożonych wyjaśnień wybranego wykonawcy, że nie mamy do czynienia z zamierzonym działaniem, to MIRBUD należy bezsprzecznie przypisać działanie w warunkach rażącego niedbalstwa, a więc drugiej z alternatywnych przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. Wniosek taki jest zasadny, biorąc pod uwagę zarówno wiedzę profesjonalnego wykonawcy jakim jest MIRBUD w zakresie doświadczenia zawodowego personelu, który zostanie przez niego skierowany do realizacji prac. Do podobnych zresztą wniosków doszedł Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 24 października 2017 roku. Dodatkowo odwołał się do wyroku KIO z dnia 20 lipca 2018 r. w sprawie KIO 1319/18. W analizowanym stanie faktycznym zaistniał również skutek w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku podania nieprawdziwych informacji. Przepis art. 109 ust 1 pkt 8 ustawy pzp wprost wskazuje na nieprawidłowość polegającą na zatajeniu

informacji, a więc stan, z którym mamy do czynienia w przypadku. Tym bardziej zaistniał również skutek, o którym mowa w art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy pzp - ten przepis nie wymaga bowiem wprowadzenia w błąd/zatajenia, a jedynie przedstawienia informacji „wprowadzających w błąd”, mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego (stan hipotetyczny). Potwierdza to orzecznictwo Izby (wyrok z 2 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2007/17; KIO 2014/17).

Skutkiem wprowadzenia przez MIRBUD Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 pzp aktywował się obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) pzp. Informacji nieprawdziwej – a taką niewątpliwie jest informacja na temat 5-letniego doświadczenia zawodowego Pana J.B. przy kierowaniu pracami z zakresu akustyki wnętrz, nie można zastąpić informacją prawdziwą na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, o czym stanowi orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej np.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2023 r. KIO 1208/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2024 roku, sygn. KIO 353/24, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2024 roku KIO 1272/24. Wbrew powyższemu, ukształtowanym już podglądom Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający wezwał MIRBUD do poprawienia złożonego wykazu osób, w zakresie kierownika prac akustyki. Zamawiający nie mógł skutecznie wzywać MIRBUD do uzupełniania (poprawiania) wykazu osób, gdyż pierwotnie jego oferta podlegała odrzuceniu. Wprowadzenie w błąd eliminuje możliwość poprawiania lub uzupełniania podmiotowych środków dowodowych. Wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w dniu 5 grudnia 2024 roku pod wpływem wyjaśnień MIRBUD było działaniem sprzecznym z przepisem art. 128 ust 1 ustawy pzp jak działaniem naruszającym art. 5 k.c, bowiem czyni z tego prawa użytek spreczny ze społeczno-gospodarczym jego przeznaczeniem, jak i ma na celu obejście ustawy pzp. Podanie nieprawdziwych danych przez MIRBUD na temat doświadczenia zawodowego personelu skierowanego do realizacji inwestycji tj. Pana J.B., nie może także stać się podstawą do naprawienia tej wadliwości poprzez dokonanie procedury samooczyszczenia z art. 110 ustawy pzp, a która nie może być traktowana jako forma ratowania wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd.

Wskazuje na to jednoznacznie w swoim orzecznictwie KIO, np. w wyroku z dnia 13 sierpnia 2019 r. KIO 1478/19. Przeciwna interpretacja tj. przyjęcie, że wykonawca pomimo wprowadzenia zamawiającego w błąd i tak dysponowałby kolejną szansą na naprawienie swojego postępowania i skorygowanie podanych uprzednio nieprawdziwych danych byłaby nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy nierzetelnie dokumentujący spełnienie wymagań udziału w postępowaniu i tak mogliby liczyć na to, że nawet jeśli ich wprowadzenie zamawiającego w błąd wyjdzie na jaw to i tak dostaliby drugą szansę na przyznanie zamówienia.

W ocenie Odwołującego działania MIRBUD w postępowaniu, a w szczególności złożenie oferty i powiązanych z niego dokumentów, jak choćby podmiotowe środki dowodowe mające wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, odbyły się w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku. Powyższe powinno skutkować także odrzuceniem oferty ww. podmiotu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i pkt 7) ustawy pzp, czego Zamawiający w tej sprawie zaniechał. Art. 1 znku stanowi, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolniej, budownictwie, handlu i usługach - w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów, a zatem ustawa służy zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwości w konkurowaniu na rynku, w tym zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwemu konkurowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyeliminowanie nieuczciwej rywalizacji w postępowaniu służy wszystkim – interesowi publicznemu, przedsiębiorcom oraz klientom. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego interes publiczny łączy się z interesem klienta, ponieważ zamawiający posiadają oba te interesy. Także przedsiębiorca kwestionujący postępowanie innego przedsiębiorcy, zarzucając mu czyn nieuczciwej konkurencji działa nie tylko w interesie własnym, ale i publicznym, który wyraża się w domaganiu się sprawiedliwych reguł gry na rynku. Przedstawienie przez MIRBUD Zamawiającemu nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia zawodowego J.B. w zakresie kierowania pracami akustycznymi, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu tj. że osoba ta legitymuje się 5 letnim doświadczeniem zawodowym w kierowaniu pracami związanymi z akustyką wnętrz w sytuacji, gdy złożone w tym zakresie zapewnienia nie są zgodne z rzeczywistością, w ocenie Odwołującego wypełnia przesłanki czynów, o których mowa w art. 3. ust. 1 znku oraz art. 14 ust. 1 i 2 znku. Pierwszy z ww. przepisów znku stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że art. 3 ust. 1 znku może stanowić samodzielną podstawą uznania określonego zachowania jako czyn nieuczciwej konkurencji. Powołał się na wyrok KIO z dnia 17 września 2020 r., sygn. KIO 2048/20. Odwołujący wskazał, że MIRBUD swym działaniem dotyczącym prezentowania niezgodnych z rzeczywistością informacji dotyczących doświadczenia zawodowego Pana J.B. w zakresie 5 letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu pracami związanymi z akustyką wnętrz wypełnił wszystkie elementy czynu z art. 3 ust. 1 ustawy, którymi są:

1) działanie podejmowane w związku z działalnością gospodarczą;

- 2) sprzeczność czynu z prawem lub dobrymi obyczajami;
- 3) działanie zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

KIO wielokrotnie wypowiadała się co do standardów profesjonalnego zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mając na uwadze w szczególności wyartykułowane zasady rządzące tym postępowaniem oraz art. 355 § 2 k.c., które wskazywały, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawienie w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. W tym kontekście Odwołujący podniósł, że sposób w jaki MIRBUD rywalizował o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu przedstawiając nieprawdziwe oświadczenie, które formalnie wykazywało spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest nie do pogodzenia z wzorcem postępowania przedstawienia w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, czyli takich na których zamawiający mogą po prostu polegać. Dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 znku znaczenie ma wyłącznie obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia wina sprawcy, jego świadomość, czy też wyrządzenie swym czynem szkody. Co więcej działania MIRBUD kwalifikują się do czynu z art. 14 znku gdyż:

1. 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.
2. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o:
  - 1) osobach kierujących przedsiębiorstwem;
  - 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach;
  - 3) stosowanych cenach;
  - 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.

MIRBUD składając ofertę dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji bowiem podał nieprawdziwe informacje o swoim przedsiębiorstwie (jego zasobach i doświadczeniu osób którymi się legitymuje) w celu przysporzenia sobie korzyści, a więc pozyskania zamówienia. Składając ofertę i poświadczając w niej nieprawdę (w następstwie złożonego do niej wykazu osób) wykreował błędną rzeczywistość, na podstawie której kosztem innych wykonawców, posiadających wymagane doświadczenie, zdobył bezprawnie zamówienie. Wprowadzając Zamawiającego w błąd w celu pozyskania zamówienia naraził go na szkodę bowiem realizacja zamówienia odbywałaby się przez niedoświadczonego wykonawcę. Tym sposobem działanie MIRBUD wypełnia znamiona czynu z art. 3 ust 1 i art. 14 ust 1 i 2 ustawy uznku i również z tego powodu ofertą winna zostać odrzucona.

W dniu 10 stycznia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 10 stycznia 2025 r. pismo procesowe ze stanowiskiem w sprawie złożył Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 24 stycznia 2025 r. Odwołujący złożył pismo procesowe stanowiące replikę odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego wraz z załącznikami oraz dowody złożone

przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt 2.4.1.10 SWZ Zamawiający wymagał w ramach warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykazania przez wykonawcę, że dysponuje lub będzie dysponował: „2.4.1.10 *minimum jedną osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia, jako Kierownik prac akustyki, posiadającą wyższe wykształcenie techniczne w specjalności akustyka w stopniu minimum magister oraz minimum 5-letnie wykazane doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych), w kierowaniu pracami związanymi z akustyką wewnątrz, która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz przy co najmniej 2 robotach budowlanych dotyczących budowy lub przebudowy budynków użyteczności publicznej przeznaczonych dla profesjonalnych wydarzeń muzycznych z publicznością na minimum 500 miejsc siedzących każda.*”

Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp.

Izba ustaliła, że na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył wykaz osób, w którym w poz. 10 wskazał:

- J.B.

- Kwalifikacje, posiadane uprawnienia (numer, data nadania, treść uprawnień), wykształcenie i okres praktyki zawodowej: Kierownik prac akustyki Wykształcenie: wyższe Magister inżynier, tytuł uzyskany na kierunku Mechanika i Budowa Maszyn w zakresie Wibroakustyka i Inżynieria Dźwięku, numer dyplomu 93889, doświadczenie jako kierownik od 2010 roku Data ukończenia studiów wyższych: 13.07.2006 Posiada minimum 5-letnie wykazane doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych), w kierowaniu pracami związanymi z akustyką wewnątrz, która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz przy co najmniej 2 robotach budowlanych dotyczących budowy lub przebudowy budynków użyteczności publicznej przeznaczonych dla profesjonalnych wydarzeń muzycznych z publicznością na minimum 500 miejsc siedzących każda

- Opis doświadczenia w zakresie przedstawienia realizacji robót potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanych SWZ odpowiednio dla danej osoby (np. rodzaj prac, kubatura i zakresy oraz okres realizacji robót, czas pełnienia funkcji, itp.):

Posiada minimum 5-letnie wykazane doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych), w kierowaniu pracami związanymi z akustyką wewnątrz m.in.:

1.Nazwa zadania

Modernizacja sali widowiskowej NCK w celu dostosowania istniejącej infrastruktury do nowego programu Sala widowiskowa Scena NCK na 591 miejsc, Nowohuckie Centrum Kultury w Krakowie, Okres pełnienia funkcji: 04.2018-10.2018 Ilość miejsc siedzących na widowni: 591 miejsc. Pełniona funkcja: kierowanie pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz. W/w inwestycja polegała na przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego dla profesjonalnych wydarzeń muzycznych z publicznością.

2.Nazwa zadania Remont konserwatorski i modernizacja zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S. Sala koncertowa Filharmonii na 691 miejsc, Filharmonia im. K.S. w Krakowie, Okres pełnienia funkcji: 03.2019 – 09.2020 Ilość miejsc siedzących na widowni: 691 miejsc. Pełniona funkcja: kierowanie pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz. W/w inwestycja polegała na przebudowie i modernizacji budynku użyteczności publicznej przeznaczonego dla profesjonalnych wydarzeń muzycznych z publicznością.

3.Nazwa zadania Budowa Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach Europejskie Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach, Okres pełnienia funkcji: 06.2012 – 09.2013 Pełniona funkcja: kierowanie pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz.

4.Nazwa zadania Remont i przebudowa budynku komunalnego przy ul. Grzegórzeckiej 71 w Krakowie na cele kulturalne Teatr Variete w Krakowie, Okres pełnienia funkcji: 10.2013 – 12.2014 Pełniona funkcja: kierowanie pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz.

5.Nazwa zadania Dostosowanie akustyki Sali Koncertowej dla potrzeb Państwowej Szkoły Muzycznej I stopnia w Sycowie Państwowa Szkoła Muzyczna w Sycowie, Okres pełnienia funkcji: 08.2015 – 10.2015 Pełniona funkcja:

kierowanie pracami dotyczącymi akustyki wnętrz.

6. Nazwa zadania Przebudowa i rozbudowa budynku przy ul. Czecha w Limanowej dla potrzeb Limanowskiego Domu Kultury Limanowski Dom Kultury w Limanowej, Okres pełnienia funkcji: 06.2019 – 03.2020 Pełniona funkcja: kierowanie pracami dotyczącymi akustyki wnętrz.

W dniu 25 października 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. W dniu 4 listopada 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD z uwagi, iż wykonawca ten wprowadził w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu jak i złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (sygn. akt KIO 4071/24). W dniu 13 listopada 2024 r. Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej, wskazując, że: „po zapoznaniu się z treścią odwołania, Zamawiający uznał za zasadne unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert złożonych w postępowaniu”. W konsekwencji dokonania tej czynności w postępowaniu, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 4071/24 wydając w dniu 19 listopada 2024 r. postanowienie umarzające w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy pzp.

Pismem dnia 18 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień wskazując: „W związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 13.11.2024 r. oraz przystąpieniem do ponownej oceny i porównania ofert, Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wzywa Wykonawcę, do wyjaśnienia złożonych w dniu 18 października 2024 r., podmiotowych środków dowodowych w niżej opisanym aspekcie. (...) Wobec wątpliwości, jakie zostały ujawnione w wyniku wniesienia odwołania na dokonany wybór Państwa oferty, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia, czy wskazany przez Wykonawcę w Załączniku A do SWZ – Wykaz osób, Pan J.B. – kierownik prac akustyki, posiada wymagane przez Zamawiającego w pkt. 8) ppkt. 2.4.1.10 SWZ, doświadczenie, tj.: „wyższe wykształcenie techniczne w specjalności akustyka w stopniu minimum magister oraz minimum 5-letnie wykazane doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych), w kierowaniu pracami związanymi z akustyką wnętrz, która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami dotyczącymi akustyki wnętrz przy co najmniej 2 robotach budowlanych dotyczących budowy lub przebudowy budynków użyteczności publicznej przeznaczonych dla profesjonalnych wydarzeń muzycznych z publicznością na minimum 500 miejsc siedzących każda.”, a w szczególności poprzez wyjaśnienie:

1. czy Pan J.B. kierował pracami związanymi z akustyką wnętrz na wszystkich sześciu wskazanych w Wykazie osób inwestycjach,
2. ile miejsc siedzących na publiczności posiada każdy z sześciu obiektów wskazanych w Wykazie osób (przyporządkowany do Pana J.B.),
3. na czym polegała (odrębnie) każda z sześciu inwestycji (przyporządkowanych w Wykazie osób dla Pana J.B.) – czy była to budowa czy przebudowa oraz czy dotyczyła budynku użyteczności publicznej przeznaczonego dla profesjonalnych wydarzeń muzycznych.”

W dniu 5 grudnia 2024. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do zarzutów odwołania STRABAG z dnia 4 listopada 2024 r. oraz wskazał m.in.: „16. Z uwagi na powyższe, odnosząc się do pytania nr 1 ze str. 2 Wezwania (w treści którego Zamawiający prosi o informację czy Pan J.B. kierował pracami związanymi z akustyką wnętrz na wszystkich sześciu wskazanych w Wykazie osób inwestycjach) Wykonawca wskazuje, że nie jest w stanie przedstawić Zamawiającemu dokumentacji, która wykraczałaby poza opisaną powyżej weryfikację doświadczenia Pana Barana przeprowadzoną na etapie poprzedzającym złożenie oferty, a tym samym odnieść się do zarzutów STRABAG Sp. z o.o. zamieszczonych w odwołaniu. Co prawda Wykonawca zauważa, że na obecnym etapie mamy do czynienia jedynie ze sprzecznością oświadczeń STRABAG sp. z o.o. i Wykonawcy oraz oświadczeń składanych MIRBUD S.A. przez G. Szyterman za pośrednictwem Mikor Inżyniering sp. z o.o. na etapie przed złożeniem oferty oraz obecnie przez tę firmę wobec STRABAG sp. z o.o., jednakże, uwzględniając obiektywną trudność, z którą zmierzyć się musi Zamawiający (rozstrzygając o spełnieniu warunku udziału) Wykonawca wskazuje, że ma świadomość, iż rozwiązaniem, które w najpełniejszy sposób zadośćuczyni oczekiwaniom Zamawiającego (jednoznacznie rozstrzygając, że zamówienie realizowane będzie przez właściwy personel) jest uznanie, że MIRBUD S.A. nie spełnia (przestał spełniać) warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do kierownika prac akustyki. 17. Wbrew zarzutom sformułowanym przez STRABAG sp. z o.o. we wniesionym odwołaniu, Wykonawca w żadnym momencie nie wprowadzał Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (tym bardziej rażącego), a co najwyżej w odmienny od STRABAG sp. z o.o. sposób interpretował omawiany warunek udziału w postępowaniu - treść odwołania wskazuje, że zdaniem STRABAG sp. z o.o. p. J.B. winien był pełnić określoną formalną „funkcję”, podczas gdy nic takiego wprost nie wynika ze sformułowania SWZ – co, jak już była o tym mowa, jest skutkiem samej konstrukcji warunku i może, co najwyżej, świadczyć o

niewykazaniu spełniania warunku przez Wykonawcę<sup>2</sup>. Biorąc pod uwagę dyspozycję art. 116 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 128 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien w takim przypadku uznać, że Wykonawca nie posiada na tym etapie Postępowania wymaganych zdolności w postaci osoby p. J.B. dedykowanego na stanowisko kierownika prac akustyki i nie spełnia określonego w pkt. 8) ppkt. 2.4.1.10 SWZ warunku udziału w Postępowaniu na dzień składania niniejszych wyjaśnień oraz w konsekwencji wezwać Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego (Wykaz osób) o osobę spełniającą wymagania z pkt. 8) ppkt. 2.4.1.10 SWZ. 18. Wykonawca oświadcza, że, szanując oczekiwania Zamawiającego co do konieczności dysponowania personelem, który bezspornie posiada oczekiwane doświadczenie, nie będzie kwestionował takiej czynności Zamawiającego (wezwanie do uzupełnienia). Zatem zasadne będzie skierowanie do Wykonawcy pisma z wnioskiem, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp (tj. do uzupełnienia Wykazu osób w zakresie doświadczenia osoby mającej piastować funkcję kierownika akustyki wnętrza).”

Do wyjaśnień Przystępujący załączył:

1. Wiadomość e-mail z 26 sierpnia 2024 r. skierowana przez Przystępującego do Mikor Inżyniering sp. z o.o. r.: „Dzień dobry Panie R., Poniżej przesyłam zapytanie, a jutro o godz. 13.00 widzimy się w biurze budowy. Do zobaczenia. Zwracam się do Państwa z zaproszeniem do złożenia oferty na wykonanie instalacji scenotechnicznej na inwestycji: Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki” przy ul. Piastowskiej w Krakowie realizowanej na rzecz: Gminy Miejskiej Kraków reprezentowanej przez Agencję Rozwoju Miasta Krakowa sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Generalnym Wykonawcą inwestycji jest MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach przy ul. Unii Europejskiej W załączeniu przedmiary w programie excel, proszę o wpisanie cen jednostkowych na poszczególne zakresy Link do pobrania projektu przetargowego: (...) Strona z całą dokumentacją przetargową: (...) Przy wycenie proszę brać pod uwagę rozwiązania przyjęte w projekcie przetargowym. (...). Generalny Wykonawca zwraca się o przekazanie oferty w oparciu o przekazane dokumenty z określeniem przyjętych przez Oferenta/Podwykonawcę założeń projektowych. (...)”

2. Wiadomość e-mail z dnia 2 września 2024 r. skierowana przez Przystępującego do G. & Szynterman sp. z o.o. o treści analogicznie j. w.

3. Wiadomość e-mail z dnia 20 września 2024 r. otrzymana od Project Manager G. & Szynterman sp. z o.o. K.G.: „W nawiązaniu do zaproszenia dotyczącego złożenia oferty na wykonanie instalacji scenotechnicznej na inwestycji: Budowa budynku usługowego "Krakowskie Centrum Muzyki", chciałem poinformować, że zakres naszych branż mieści się w ofercie, którą otrzymali Państwo od firmy Mikor Inżyniering Sp. z o. o., przesłaną z adresu email: r.. W przypadku pytań lub wątpliwości, proszę o kontakt.”

4. Wiadomość e-mail z dnia 20 września 2024 r. – przekazanie oferty przez Mikor Inżyniering sp. z o.o.

5. Wiadomość e-mail z 23 września 2024 r. Przystępującego do Mikor Inżyniering sp. z o.o.: „W imieniu firmy MIRBUD S.A. zwracam się z zapytaniem odnośnie możliwości użyczenia kadry do przetargu w zakresie realizacji Etapu II inwestycji pn.: „Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki”, przy ul. Piastowskiej w Krakowie. Uprzejmie proszę o informacje czy posiadacie Państwo kadrę spełniającą wymagania przedstawione w załączniku oraz czy jest możliwość ich użyczenia. Proszę o odpowiedź, wtedy prześle wszystkie potrzebne dokumenty do wypełnienia i podpisania.”

6. Wiadomość e-mail z dnia 24 września 2024 r. Mikor Inżyniering sp. z o.o. (r.) do Przystępującego przekazująca specjalistów – zasoby z załącznikiem – wypełnionym wykazem osób: osobą i doświadczeniem Pana J.B., wpisano kierowanie pracami w zakresie akustyki wnętrza: „Pani Emilio, dziękujemy za przemiłe spotkanie. W załączniku zasoby – specjaliści. Gdyby były jakieś pytania proszę pisać, dzwonić.”

7. Oświadczenie z dnia 1 października 2024 r. J.B.: „Oddaję do dyspozycji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn.: Wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych w zakresie realizacji Etapu II inwestycji pn.: „Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki”, przy ul. Piastowskiej w Krakowie prowadzonego przez Agencja Rozwoju Miasta Krakowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą ul. Królewska 57, 30-081 Kraków (dalej: „Zamówienie”), ja, J.B. (imię i nazwisko) oświadczam, iż oddaję do dyspozycji Wykonawcy: MIRBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach (96-100) przy ul. Unii Europejskiej 18 (dalej: „Wykonawca”), niezbędne zasoby: osoba zdolna do wykonania przedmiotu zamówienia — Kierownik prac akustyki na okres korzystania z nich przez Wykonawcę przy wykonywaniu Zamówienia. Oświadczam, iż:

a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

swojej osoby zdolnej do wykonania przedmiotu zamówienia Wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych w zakresie realizacji Etapu II inwestycji pn.: „Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki”, przy ul. Piastowskiej w Krakowie celem wykorzystania przy realizacji Zamówienia na całym etapie prowadzenia postępowania oraz wykonania umowy;

b) sposób wykorzystania przez Wykonawcę przy wykonywaniu Zamówienia udostępnionych przeze mnie zasobów, będzie następujący:

doradztwo, konsulting, a także wykonywanie przeze mnie J.B. czynności niezbędnych na stanowisku kierownika prac akustyki

c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu Zamówienia będzie następujący:

doradztwo, konsulting, a podwykonawstwo w zakresie niezbędnym do wykonywania przeze mnie J.B. części Zamówienia, wskazanej w pkt b) powyżej;

d) okres mojego udziału przy wykonywaniu Zamówienia będzie następujący:

cały okres realizacji przedmiotu Zamówienia.”

8. Pismo Państwowej Szkoły Muzycznej I stopnia im. I.J. w Sycowie z dnia 21 listopada 2024 r.

9. Pismo Limanowskiego Domu Kultury z dnia 26 listopada 2024 r.

10. Pismo Zarządu Inwestycji Miejskich w Krakowie z dnia 3 grudnia 2024 r.

Pismem z dnia 5 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób: „W związku z dokonywaniem ponownej czynności oceny Państwa oferty w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp), wzywa do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj.:

1. Załącznika A - wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności - osoby pełniące funkcję kierownika prac akustyki, wraz z informacjami na temat jej kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez wskazaną osobę czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tą osobą. Zamawiający podkreśla, iż nie może uznać złożonych w dniu 18.10.2024 r. (w odpowiedzi na wezwanie), oświadczeń i dokumentów za w pełni potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w aspekcie dotyczącym wykazu osób, w odniesieniu do osoby pełniące funkcję kierownika prac akustyki. W przypadku wskazanej osoby pełniące funkcję kierownika prac akustyki, tj. Pana J.B. – nie wykazali Państwo jednoznacznie dla tej osoby czy posiada wymagane przez Zamawiającego w pkt. 8) ppkt. 2.4.1.10 SWZ, doświadczenie, tj.: „(...) minimum 5-letnie wykazane doświadczenie zawodowe (liczone od daty ukończenia studiów wyższych), w kierowaniu pracami związanymi z akustyką wewnątrz, która w ciągu ostatnich 10 lat kierowała pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz przy co najmniej 2 robotach budowlanych dotyczących budowy lub przebudowy budynków użyteczności publicznej przeznaczonych dla profesjonalnych wydarzeń muzycznych z publicznością na minimum 500 miejsc siedzących każda.” W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają tego w sposób niebudzący wątpliwości, gdyż z analizy złożonych i posiadanych dokumentów oraz oświadczeń wynika, iż Pan J.B. nie posiada wymaganych kwalifikacji i doświadczenia.”

W dniu 10 grudnia 2024 r. Przystępujący złożył uzupełniony wykaz osób.

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2024 r. ponownie dokonał czynności wyboru oferty MIRBUD jako najkorzystniejszej.

Dowody Odwołujący:

- Oświadczenie z dnia 31 października 2024 r. od podwykonawcy G. & Sznyterman Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie: „W odpowiedzi na przesłane przez Pana dokument zawierający wykaz osób oraz ich doświadczenia, będący częścią dokumentacji dla postępowania publicznego na wyłonienie wykonawcy etapu II budowy Krakowskiego Centrum Muzyki, realizowanego przez Agencję Rozwoju Miasta Krakowa oraz Pańskiego pytania, dotyczącego doświadczenia wskazanego w ww. dokumencie dla Pana J.B., informuję jak poniżej. Z uwagi na dzisiejszą Pana wiadomość, dotyczącą wymogu uzyskania odpowiedzi najpóźniej do godziny 14.00 dnia 31 października 2024 roku, byłem w stanie zweryfikować doświadczenia Pana J.B. wyłącznie dla dwóch wymienionych w ww. dokumencie realizacji. Jednocześnie chciałem poinformować, iż Pan J.B. w datach obu tych realizacji był pracownikiem spółki G.&Sznyterman. Przeprowadzona przeze mnie weryfikacja dotyczy następujących realizacji, w której spółka G.&Sznyterman występowała jako podwykonawca Wykonawcy prac budowlanych, posiadając w zakresie umowy dostawę i montaż elementów akustyki wewnątrz:

1. Budowa Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach,

2. Remont konserwatorski i modernizacja zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S..

Dla powyższych realizacji, Pan J.B. nie pełnił funkcji polegającej na kierowaniu pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz.”

- Wydruk ze strony [www.architected-sound.com/pl/studio-nagraniowe/](http://www.architected-sound.com/pl/studio-nagraniowe/) - Pan J.B. wskazany jako inżynier dźwięku. Na

stronie wskazano, że studio nagraniowe należy do firmy G. & Sznyterman sp. z o. o.

- Oświadczenie z dnia 18 grudnia 2024 r. od podwykonawcy G. & Sznyterman Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie: „Zgodnie z posiadanymi w naszym archiwum umowami dla wskazanych przez Pana w korespondencji mailowej realizacji, sprawa przedstawia się następująco:

1. Podczas realizacji prac podwykonawczych dla Wykonawcy Skanska S.A. dla zadania pn. "Budowa Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach" spółka (w tym okresie Spółka jawna pod nazwą Firma Producentka G.&Sznyterman, której kontynuatorem jest G.&Sznyterman spółka z o.o.) podpisała dwie umowy. Pierwszą w roku 2012 na "wykonanie prac instalacyjnych wraz z dostawą urządzeń, materiałów oraz opracowaniem wymaganej dokumentacji systemów scenicznych i multimedialnych wraz ze sterowaniem", dla której kierownikiem robót Podwykonawcy był Pan P.W.. Drugą umowę spółka podpisała w roku 2013 na "wykonanie dostawy i montażu, testów i rozruchów urządzeń i elementów technologii widowiskowej Sali koncertowej i pomieszczeń towarzyszących, technologii nagłośnienia sceny, technologii rejestracji audio, dostawy i montażu specjalistycznych paneli akustycznych pomieszczeń specjalistycznych, dostawy i montażu mebli specjalistycznych dla ECM w Lusławicach, wraz ze wszelkimi pracami i świadczeniami towarzyszącymi", dla której kierownikiem robót Podwykonawcy był Pan K.B..

2. Podczas realizacji prac wykonawczych dla Zamawiającego pn. Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "Łęgrzem" spółka z o.o. dla zadania pn. "Remont konserwatorski i modernizacja zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S." spółka podpisała umowę na wykonanie "adaptacji akustycznej oraz systemów scenicznych zgodnie z dokumentacją projektową". Umowa nie wskazywała bezpośrednio kierownika prac Wykonawcy, podając Pana Pawła Wąsowskiego jako przedstawiciela spółki w ramach realizacji Umowy. Spółka wyznaczyła Pana T.T. jako osobę kierującą pracami przy powyższym zadaniu, podpisującą protokoły przerobu oraz inne, wymagane na budowie dokumenty.

3. W odniesieniu do obowiązków osoby kierującej pracami związanymi z akustyką wewnątrz obie powyżej wymienione realizacje (dla zakresu paneli akustycznych i adaptacji akustycznej), wymagały ścisłego nadzoru prowadzenia prac zgodnie z dokumentacją oraz przeprowadzenia pośrednich weryfikacyjnych i końcowych pomiarów akustycznych, potwierdzających poprawność wykonania zleconych umową prac.

4. W odniesieniu do Pana pytania, dotyczącego funkcji sprawowanych przez Pana J.B. podczas ww. realizacji oraz w odniesieniu do punktu 1 i 2 powyżej, gdzie wskazano osoby kierujące pracami akustyki mogą potwierdzić, iż Pan J.B. dla ww. realizacji nie kierował pracami związanymi z akustyką wewnątrz."

- Oświadczenie z dnia 17 grudnia 2024 r. kierownika budowy Pana R.D. na inwestycji pn. Remont konserwatorski i modernizacja zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S.: „Jako kierownik budowy działający z ramienia Generalnego Wykonawcy na inwestycji „Remont konserwatorski i modernizacja zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S.” potwierdzam, że pan J.B. nie pełnił funkcji kierowniczych związanych z pracami dotyczącymi akustyki wewnątrz na inwestycji wykonanej na rzecz Filharmonia im. K.S. w Krakowie polegającej na „Remoncie konserwatorskim i modernizacji krakowskiej Filharmonii im. K.S. w Krakowie”. Kierownikiem w zakresie akustyki wewnątrz na ww. inwestycjach był Pan T.T., co potwierdzają posiadane przeze mnie dokumenty archiwalne z realizacji.”

- oświadczenie Mikor Inżyniering sp. z o.o. z dnia 23 stycznia 2025 r.: „Dot.: mail z dnia 20.01.2025 r. Szanowni Państwo, działając w imieniu spółki pod firmą Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach (...) niniejszym w odpowiedzi na mail z dnia 20 stycznia 2025 roku informuję, co następuje: W związku z Państwa pytaniami, odpowiadamy:

1. Czy współpracowali Państwo kiedykolwiek z Panem Jarosławem Baran?

- Pan J.B., nie był i nie jest pracownikiem lub współpracownikiem firmy Mikor.

2. Czy brali Państwo udział w realizacji inwestycji pn. „Remoncie konserwatorskim i modernizacji krakowskiej Filharmonii im. K.S. w Krakowie” oraz „Budowie Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach” a jeżeli tak to w jakim charakterze i zakresie

- braliśmy udział w zakresie mechaniki scenicznej i tylko w tym zakresie.

3. Czy współpracowali Państwo z wykonawcą MIRBUD S.A. w celu przygotowania oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez Agencję Rozwoju Miasta Krakowa i czy w ramach tej współpracy użytych zasoby w postaci osoby Pana J.B.?

- odpowiadając na zapytania MIRBUD przekazaliśmy informacje w zakresie możliwego potencjału osobowego do dalszej weryfikacji przez firmę MIRBUD. Informacje o osobach ujętych w wykazie nie były przez nas sprawdzane w zakresie

zgodności z wymaganiami SWZ. Jakikolwiek wątpliwości w sprawie powinny być kierowane bezpośrednio do firmy G.&Szynterman, od której Mikor grzecznościowo pozyskała dane kontaktowe do w/w specjalisty, która wedle przekazanych spółce informacji miała być pracodawcą pana Barana.”

Dowody Przystępujący:

1. oświadczenie Pani E.K. z dnia 23 stycznia 2025 r.: „Ja niżej podpisana E.K., zatrudniona w spółce MIRBUD S.A. na stanowisku Kierownika Budowy, niniejszym oświadczam, że brałam udział w przygotowaniu dokumentów ofertowych niezbędnych do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych w zakresie realizacji Etapu II inwestycji pn.: „Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki”, przy ul. Piastowskiej w Krakowie, Postępowanie nr 17/2024 („Postępowanie”). W ramach przygotowania oferty pozyskiwałam oferty od podwykonawców na zakres prac wchodzących w ramy przedmiotu zamówienia, jak i udostępnienie osób na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Prowadzono liczne rozmowy odnośnie przesłanych kompleksowych ofert. Sprawdzano szczegółowo rzetelność wykonania ofert oraz ich całkowitą zgodność ze specyfiką obiektu wskazanego w projektach udostępnionych na etapie przetargu przez Zamawiającego. Kompleksowe przedmiary uzupełnione o ceny jednostkowe zostały przekazane przez firmę Mikor Inżyniering Sp. z o.o. w dniu 20 września 2024 r. email'em. Powyżej wymieniona firma przesłała kompleksową wycenę, która obejmowała zakres mechaniki scenicznej jak i instalacji elektrotechnicznych. Oferta mogła być kompletna dzięki współpracy firmy Mikor Inżyniering Sp. z o.o. z firmą G.&Szynterman oraz Konsbud Audio. W związku z coraz dokładniejszym rozpoznaniem rynku podwykonawców specjalizujących się w scenotechnice zapytanie ofertowe zostało również wysłane bezpośrednio do przedstawiciela firmy GORYCKI & SZNYTERMAN sp. z o.o. W dniu 20 września 2024 r. podwykonawca odpowiedziała mailowo na zapytanie ofertowe potwierdzając, że zakres branż firmy G. & Szynterman Sp. z o.o. mieści się w ofercie, którą firma Mirbud S.A. otrzymała od firmy Mikor Inżyniering Sp. z o.o., przesłaną z adresu e-mail: r.. W dniu 23 września 2024 r. wykonałam bezpośrednio kilka telefonów do siedziby firmy G. & Szynterman Sp. z o.o., aby potwierdzić informacje z maila i czy firma ta mogłaby przestawić bezpośrednio ofertę dla MIRBUD S.A. W trakcie piątego telefonu recepcjonista przekazał mi numer bezpośrednio do Pana G., który stanowczo stwierdził, że będą brali udział, można powiedzieć jako konsorcjum z firmą Mikor Inżyniering Sp. z o.o. W związku z powyższym oferta jak i wykaz kadry sporządzony przez firmę Mikor Inżyniering Sp. z o.o. we współpracy z powszechnie uznaną firmą w świecie akustyki, scenotechniki i elektroakustyki nie budziła wątpliwości pod względem rzetelności sporządzenia. W dniu 24 września 2024 r. Mikor Inżyniering Sp. z o.o. przesłała MIRBUD S.A. wypełniony Załącznik A do SWZ — Wykaz osób, w treści którego opisane zostało m. in. doświadczenie Pana J.B., któremu MIRBUD S.A. zamierzał powierzyć funkcję kierownika prac akustyki. Mikor Inżyniering sp. z o.o. poleciła MIRBUD S.A. specjalistów do bezpośredniego zaangażowania do realizacji zamówienia, m.in. pana J.B. na stanowisko kierownika prac akustycznych, przesyłając przygotowane cv Pana Baran odnoszące się do określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Mikor Inżyniering sp. z o.o., zgodnie z deklaracją p. G. będącego przedstawicielem G. & Szynterman sp. z o.o., przedstawiała ofertę także tej firmy działającej jako dalszy podwykonawca Mikor Inżyniering sp. z o.o. Sprawdzono dokładnie rzetelność Mikor Inżyniering Sp. z o.o. analizując ich wieloletnie doświadczenia na rynku scenotechniki oraz zapoznając się z ich dotychczasowymi realizacjami szczególnie w Polsce jakim jest np. realizacja Teatr Lalki i Aktora „Kubus” w Kielcach z nową siedzibą, wyposażoną przez P.S. Teatr we współpracy z Mikor Inżyniering Sp. z o.o. (zakres mechaniki scenicznej) Zweryfikowano także, że spółka G. & Szynterman Sp. z o.o. była podwykonawcą prac związanych z akustyką na inwestycjach wskazanych w wykazie doświadczenia Pana J.B.. Pozyskano także oświadczenie podpisane przez pana J.B. z dnia 1 października 2024 r. w którym zobowiązał się do współpracy z MIRBUD S.A. W dniu 27.08.2024 w biurze budowy Mirbud S.A. na ul. Piastowskiej zostało zorganizowane spotkanie z Panem Radosławem Mikołajczykiem odnośnie przesłanej oferty oraz przesłanej kadry. Zorganizowano jeszcze kilka spotkań w tym zakresie. W dniu 5 listopada 2024 r. otrzymałam informację o wpłynięciu odwołania firmy Strabag Sp. z o.o. gdzie przedstawili oświadczenie firmy G. & Szynterman według którego pan J.B. rzekomo nie spełnia wymagań na stanowisku kierownik robót akustyki. Dnia 6 listopada 2024 r. wykonałam bezpośredni telefon do Pana R.M.. Podczas 14 min rozmowy zapewniał mnie, że nie wie, dlaczego firma G. & Szynterman Sp. z o.o. wystosowała wspomniane pismo, ponieważ imię i nazwisko J.B. dostał bezpośrednio od Pana Grzegorza Szyntermana. Był równie zdziwiony zastałą sytuacją jak ja.”

2. poglądowy zrzut ekranu telefonu Pani E.K. z widocznym numerem telefonu i połączeń do pana Ł.G.ego,

3. bilingi ukazujące połączenia do firmy MIKOR oraz G.,

4. pierwsza strona umowy pomiędzy Europejskim Centrum Muzyki K.P. a SKANSKA S.A. oraz wniosek o zatwierdzenie podwykonawcy firmy G.&Szyntermann,

5. pierwsza strony umowy pomiędzy Przedsiębiorstwem ŁĘGPSZEM a G.&Szyntermann na okoliczność, że G.&Szyntermann był podwykonawcą w zakresie adaptacji akustycznej.

Dowody Zamawiający:

- oświadczenia spółki MIKOR z 20 stycznia 2025 r.: „Dot. pisma z dnia 07.01.2025 r. Szanowni Państwo, działając w imieniu spółki pod firmą Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach, (...) (dalej: „Spółka”) niniejszym w odpowiedzi na pismo z dnia 7 stycznia 2025 roku informuję, co następuje:

ad. pkt 1) — 3)

*Pan J.B. nie był i nie jest pracownikiem lub współpracownikiem Spółki.*

ad. pkt 4) a) — b)

*Spółka realizowała prace obejmujące dostawę i montaż mechaniki sceny w charakterze podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy/usługodawcy/dostawcy, itd. na inwestycjach pn.:*

- „Remont konserwatorski i modernizacja zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S.” [dot.: Filharmonia im. K.S. w Krakowie];

- „Modernizacji sali widowiskowej NCK w celu dostosowania istniejącej infrastruktury do nowego programu” [dot.: Nowohuckie Centrum Kultury w Krakowie].

ad. pkt 4) e) — f)

*Spółka nie udostępniała firmie Mirbud S.A. zasobów niezbędnych do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki” w zakresie potencjału osobowego w zakresie kierownika prac akustyki, a dane kontaktowe Pana J.B. zostały przekazane firmie Mirbud S.A. grzecznościowo przy okazji składania oferty współpracy. Mirbud S.A. składał ofertę w w/w postępowaniu bez udziału Spółki i rolę Spółki nie było weryfikowanie doświadczenia w/w specjalisty, a ewentualne wątpliwości odnośnie posiadanego przez w/w specjalistę doświadczenia powinny być kierowane do firmy G. Sznyterman, od której Spółka grzecznościowo pozyskała kontakt do w/w specjalisty i która wedle przekazanych Spółce informacji miała być byłym pracodawcą Pana J.B..”*

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy pzp, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, czy też z uwagi na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podnosił, że przedstawione przez niego w postępowaniu odwoławczym dowody dotyczące doświadczenia Pana J.B. z pkt 2 i 3 wykazu osób Przystępującego przesądzają o wypełnieniu się przesłanek skutkujących wykluczeniem Wykonawcy i odrzuceniem jego oferty, a umożliwienie Przystępującemu uzupełnienia wykazu osób było nieuprawnione. Analiza dokumentacji postępowania oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp wskazania wymaga, że zgodnie z dyspozycją powołanych przepisów z postępowania wyklucza się 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; (...) 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp dotyczy sankcji wykluczenia wykonawcy, który w sposób nieumyślny przedstawił w postępowaniu o udzielenie zamówienia informacje wprowadzające w błąd, które mogły wywrzeć istotny wpływ na wszelkie decyzje podejmowane przez zamawiającego. Mowa tu o winie nieumyślnej, czyli niedbalstwie lub lekkomyślności. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Dla wyczerpania dyspozycji powyższego przepisu nie jest konieczne skuteczne wprowadzenie w błąd, wystarczająca jest sama hipotetyczna możliwość, że przedstawione informacje mogły wprowadzić zamawiającego w błąd i poprzez wywołanie mylnego wyobrażenia o rzeczywistości doprowadzić do podjęcia na ich podstawie istotnych decyzji w postępowaniu. Dla wypełnienia dyspozycji powyższego przepisu konieczne jest wypełnienie wszystkich trzech przesłanek: wykonawca musi przedstawić zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, przedstawienie tych informacji powinno być wynikiem

lekkomyślności lub niedbalstwa, a informacje przedstawione przez wykonawcę powinny cechować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zważyć należy, że przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w odróżnieniu od dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp określa kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd. Wykonawca musi przede wszystkim działać w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przepis odsyła więc w pierwszej kolejności do zachowania zamierzonego, celowego, a więc świadomego i nastawionego na wywołanie określonych skutków. W odniesieniu natomiast do pojęcia rażącego niedbalstwa to w doktrynie podkreśla się, że jest to szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie nawet minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej. (tak też: M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* Warszawa 2022). Do podjęcia czynności wykluczenia niezbędne jest więc ustalenie, że wykonawca działał umyślnie - z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd - lub też wprowadził nieumyślnie, jednak z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2022, sygn. akt: KIO 901/22). Nie ulega wątpliwości, iż ma za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy podkreślenia na wstępie wymaga, że do wypełnienia przesłanek wykluczenia z ww. podstaw konieczne jest ustalenie w sposób niebudzący wątpliwości, że przedstawione w postępowaniu informacje nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy. Zdaniem Izby, w świetle okoliczności wynikających ze złożonych w postępowaniu odwoławczym dowodów, Odwołujący nie wykazał, że przedstawione w wykazie osób doświadczenie Pana J.B. w poz. 2 i 3 wykazu nie polega na prawdzie, a więc, że osoba ta na podanych inwestycjach nie kierowała pracami w zakresie akustyki wnętrz.

W pierwszej kolejności Izba dochodząc do takiej konstatacji podzieliła stanowisko Przystępującego, że koniecznym dla oceny składanych w postępowaniu oświadczeń w zakresie doświadczenia osób, ale również złożonych w postępowaniu odwoławczym dowodów i ich wiarygodności jest analiza warunku udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający ustanowił warunek z pkt 2.4.1.10 SWZ w sposób szeroki. Zamawiający wymagał, aby wskazana w wykazie osoba brała udział w realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze Kierownika prac akustyki, niemniej jednak wykazywane doświadczenie miało dotyczyć kierowania pracami związanymi z akustyką wnętrz czy też dotyczącymi akustyki wnętrz. Zamawiający nie powiązał więc doświadczenia z pełnieniem na wcześniejszych realizacjach określonej funkcji. Izba zauważa, mając na względzie wypowiedź Odwołującego prezentowaną na rozprawie, że ostatecznie Strony i Przystępujący były zgodne co do tego, że warunek nie wymagał wykazania się doświadczeniem w pełnieniu określonej funkcji (Kierownika ds. akustyki) oraz aby miały być to funkcja wynikająca z przepisów Prawa budowlanego. Warunek został powiązany z wykonywaniem określonych czynności jednak w sposób niesformalizowany, co oczywiście przekłada się na możliwość weryfikacji takiego doświadczenia w oparciu o obiektywne dowody, jak protokoły z realizacji inwestycji, wpisy w Dziennikach budowy, czy też uzyskanie informacji bezpośrednio od Inwestora, który co do zasady posiada wiedzę w zakresie obecności na budowie osób pełniących określone funkcje. Odwołujący przyznał zresztą na rozprawie, że nie jest w tym przypadku możliwe sprawdzenie doświadczenia osoby Pana J.B. przez analizę dokumentacji z realizacji inwestycji i takich też dowodów Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie złożył. Pan J.B. mógł więc wykonywać określone warunki czynności: kierować pracami dotyczącymi akustyki wnętrz, przy czym nie potwierdzać ich wykonania w oficjalnych dokumentach. W konsekwencji, doświadczenie Pana Barana mógł w zasadzie potwierdzić wyłącznie jeden podmiot – firma G. & Sznyterman sp. z o. o. będąca pracodawcą Pana Barana w okresie realizacji kwestionowanych inwestycji, co wynika z oświadczenia G. & Sznyterman sp. z o. o. i było okolicznością bezsporną w sprawie. Wyłącznie ten podmiot posiadał wiedzę, jakie prace i czy w ogóle zostały powierzone do wykonania Panu Baranowi, gdyż (co również było bezsporne) firma G. & Sznyterman sp. z o. o. była podwykonawcą robót dotyczących akustyki wnętrz na wskazanych w wykazie osób dla Pana Barana inwestycjach. W tym kontekście, zarzuty odwołania opierają się więc przede wszystkim na dwóch dowodach pochodzących od tego samego podmiotu – oświadczeniach firmy G. & Sznyterman sp. z o. o. uzyskanych przez Odwołującego po terminie składania ofert. Odwołujący bazując na złożonych oświadczeniach wywodził, że osoba Pana J.B. nie wykonywała czynności polegających na kierowaniu pracami związanymi z akustyką wnętrz, a więc podane w wykazie osób przez Przystępującego doświadczenie Pana Barana nie odpowiada rzeczywistemu stanowi rzeczy. Zdaniem Izby, w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i okoliczności z niego wynikających, powołane przez Odwołującego oświadczenia tracą na wiarygodności

i nie mogą stanowić dowodu przesądzającego, że informacje podane w wykazie przez Przystępującego są nieprawdziwe. Izba zauważa, że w oświadczeniu z dnia 31 października 2024 r. od podwykonawcy G. & Sznyterman sp. z o. o. Pan T.T. potwierdza, że firma była pracodawcą Pana Barana i stwierdza, że dla realizacji: „1. Budowa Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach, 2. Remont konserwatorski i modernizacja zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S.” Pan Baran nie pełnił funkcji polegającej na kierowaniu pracami dotyczącymi akustyki wnętrz. Jednocześnie w oświadczeniu z dnia 18 grudnia 2024 r. od podwykonawcy G. & Sznyterman sp. z o. o. z wskazano, że dla realizacji: "Budowa Europejskiego Centrum Muzyki K.P. w Lusławicach" kierownikami robót Podwykonawcy byli Pan P.W. i Pan K.B.. Natomiast dla realizacji: "Remont konserwatorski i modernizacja zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S." Pan P.W. był przedstawicielem spółki w ramach realizacji Umowy, a Pan T.T. był osobą „kierującą pracami przy powyższym zadaniu, podpisującą protokoły przerobu oraz inne, wymagane na budowie dokumenty.” Dalej w oświadczeniu stwierdzono, że: „4. W odniesieniu do Pana pytania, dotyczącego funkcji sprawowanych przez Pana J.B. podczas ww. realizacji oraz w odniesieniu do punktu 1 i 2 powyżej, gdzie wskazano osoby kierujące pracami akustyki mogą potwierdzić, iż Pan J.B. dla ww. realizacji nie kierował pracami związanymi z akustyką wnętrz.” Zdaniem Izby oba złożone oświadczenia koncentrują się wokół sprawowania określonej funkcji, zatwierdzania prac, podpisywania protokołów i nie wynika z nich jednoznacznie, że Pan J.B. nie wykonywał czynności, które mogłyby zostać uznane za niesformalizowane kierowanie pracami związanymi z akustyką wnętrz w rozumieniu warunku udziału w postępowaniu. Oświadczenie zaś Pana R.D. z dnia 17 grudnia 2024 r. – kierownika budowy z ramienia Generalnego Wykonawcy na inwestycji pn. Remont konserwatorski i modernizacja zabytkowego obiektu stanowiącego siedzibę krakowskiej Filharmonii im. K.S. odwołuje się wprost do pełnienia funkcji kierowniczych: „Kierownikiem w zakresie akustyki wnętrz na ww. inwestycjach był Pan T.T., co potwierdzają posiadane przeze mnie dokumenty archiwalne z realizacji.” Mając na względzie treść warunku udziału w postępowaniu oświadczenie to nie stanowi dowodu, że Pan J.B. nie wykonywał czynności polegających na kierowaniu pracami dotyczącymi akustyki wnętrz. Co jednak kluczowe, oświadczenia firmy G. & Sznyterman sp. z o. o. złożone przez Odwołującego stoją w sprzeczności z informacjami przekazywanymi Przystępującemu na etapie przygotowywania oferty, co wynika ze złożonych w postępowaniu odwoławczym dowodów, w tym składanych Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami. Jakkolwiek słusznie Odwołujący zauważył, że nie stanowią one oświadczeń w takiej formie jak przedstawił Odwołujący w odwołaniu, jednak niewątpliwie z dowodów tych wynika, że informacje dotyczące doświadczenia Pana J.B. Przystępujący pozyskał od firmy G. & Sznyterman sp. z o. o. Treść wiadomości e-mail wskazuje, że Przystępujący zaprosił do złożenia oferty zarówno firmę MIKOR jak i firmę G. & Sznyterman sp. z o. o. W odpowiedzi firma G. & Sznyterman sp. z o. o. poleciła kierować wszystkie ustalenia do firmy MIKOR: *zakres naszych branż mieści się w ofercie, którą otrzymali Państwo od firmy Mikor Inżyniering Sp. z o. o., przesłaną z adresu email: r.. W przypadku pytań lub wątpliwości, proszę o kontakt.* Przystępujący słusznie więc mógł zakładać, że firmy te pozostają ze sobą w ścisłym kontakcie przygotowując wspólną ofertę. Nie było zresztą kwestionowane w postępowaniu odwoławczym stanowisko Przystępującego, że firmy MIKOR i G. & Sznyterman sp. z o. o. wspólnie realizują szereg inwestycji w zakresie instalacji scenotechnicznej i potwierdzają to pośrednio również złożone dowody (oświadczenia MIKOR z dnia 20 i 23 stycznia 2025 r.). Oczywiście firma G. & Sznyterman sp. z o. o. wskazuje w wiadomości z dnia 20 września 2024 r. na oferowany zakres branż, a nie personel, niemniej jednak wiadomość MIKOR z dnia 24 września 2024 r. wraz z oświadczeniami MIKOR złożonymi na rozprawie, również przez Odwołującego, nie pozostawiają wątpliwości skąd Przystępujący otrzymał informacje odnośnie do doświadczenia Pana J.B.. Co znamienne, nie jest tak, że firma MIKOR przekazała od firmy G. & Sznyterman sp. z o. o. wyłącznie kontakt do Pana Barana. Z wiadomości e-mail z dnia 24 września 2024 r. wynika, że przekazany został szczegółowo wypełniony dla osoby Pana J.B. wykaz doświadczenia wraz ze wskazaniem dla każdej realizacji: „kierowanie pracami w zakresie akustyki wnętrz.” Wobec powyższego nie sposób uznać, że informacje te zostały przekazane firmie MIKOR przez firmę G. & Sznyterman sp. z o. o. bezrefleksyjnie. Firma G. & Sznyterman sp. z o. o. miała świadomość, jakie są warunki udziału w postępowaniu, ponieważ w dniu 2 września 2024 r. Przystępujący przekazał temu podmiotowi link do całej dokumentacji postępowania. Co więcej, o czym była już mowa, firma G. & Sznyterman sp. z o. o. była pracodawcą Pana Barana w trakcie wykonywania kwestionowanych realizacji, a więc jako jedyna posiada wiedzę jakie czynności ww. osoba podejmowała. Według tej wiedzy wpisano więc „kierowanie pracami w zakresie akustyki wnętrz.” i informacja ta bezsprzecznie pochodziła z tego samego źródła, z którego powołane w odwołaniu oświadczenia, czyli od firmy G. & Sznyterman sp. z o. o. Dowody: oświadczenie Pani E.K. oraz wykaz połączeń telefonicznych, zrzut ekranu telefonu Pani Emilii wyłącznie dodatkowo potwierdzają, że firma G. & Sznyterman sp. z o. o. była w kontakcie z Przystępującym w okresie przygotowywania oferty na potrzeby przedmiotowego postępowania. Dodatkowo, sam Pan Baran potwierdził wskazane w wykazie doświadczenie w złożonym Przystępującemu zobowiązaniu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Pan Baran nie tylko zobowiązał się do pełnienia funkcji Kierownika prac akustyki, ale oświadczył, że oddaje do dyspozycji Przystępującego niezbędne zasoby: osobę zdolną do wykonania zamówienia, a taką osobą jest wyłącznie taka, która spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Nie sposób więc zakładać, że Pan Baran nie miał wiedzy o jego doświadczeniu wskazanym w wykazie osób złożonym w postępowaniu przez Przystępującego. Jak podnosił Przystępujący, informacje przekazane Zamawiającemu w wykazie osób dla doświadczenia Pana Barana nie zostały wypełnione samodzielnie przez Przystępującego i co wynika ze złożonych dowodów, pochodzący od firmy G. & Sznyterman sp. z o. o.

W świetle powyższych okoliczności Izba za Przystępującym podnosi, że przekazywane przez firmę G. & Sznyterman sp. z o. o. informacje pozostają ze sobą w sprzeczności i jak słusznie wskazał Zamawiający, nie jest wiadome, które z nich polegają na prawdzie. Podkreślenia wymaga, że mając na względzie dotkliwe konsekwencje prawne dla wykonawcy, aby dokonać czynności wykluczenia wykonawcy za wprowadzenie w błąd niezbędne jest ustalenie okoliczności niewątpliwych i jednoznacznych, że przekazywane informacje nie odpowiadały rzeczywistości i dlatego mogły wprowadzić zamawiającego w błąd. Ocena tych okoliczności powinna zostać przeprowadzona z dużą dozą ostrożności, w szczególności w sytuacji, gdy źródłem podawanych informacji jest jeden podmiot, a ich treść różni się w zależności od momentu, w którym są podawane. W niniejszej sprawie informacje pochodzące od firmy G. & Sznyterman sp. z o. o. były odmienne na etapie przygotowywania przez Przystępującego oferty i po terminie składania ofert, kiedy jest już znany ranking wykonawców. W takich okolicznościach nie można uznać za wiarygodne i przesądzające informacje wynikające z załączonych do odwołania oświadczeń firmy G. & Sznyterman sp. z o. o., które negują wskazane w wykazie osób doświadczenie Pana J.B.. Stan faktyczny jest więc taki, jak prawidłowo ustalił Zamawiający oceniając dowody załączone do wcześniejszego odwołania STRABAG oraz wyjaśnienia i dowody załączone do wyjaśnień Przystępującego, że nie można obiektywnie stwierdzić, czy Pan J.B. wykonywał czy też nie, czynności polegające na kierowaniu pracami związanymi z akustyką wewnątrz w trakcie realizacji inwestycji podanych w poz. 2 i 3 wykazu osób. Odpada więc pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp – podania informacji nieprawdziwych, a co kluczowe wszystkie przesłanki powinny wystąpić łącznie. Już więc z tych powodów zarzuty odwołania w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie.

Dalej podkreślić należy, że w okolicznościach tej sprawy nie sposób przypisać wykonawcy winy, nawet winy nieumyślnej, czy też zarzucić nie zachowanie należytej staranności wymaganej od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podziela przy tym stanowisko Odwołującego, że wykonawca przekazując w postępowaniu określone informacje, w tym dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nawet pochodzące od podmiotów trzecich, powinien upewnić się co do ich prawdziwości. Zaznaczenia jednak wymaga, że orzeczenia zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów okręgowych w tym zakresie dotyczą sytuacji, gdy informacja możliwa jest do zweryfikowania, w szczególności na podstawie obiektywnych dowodów, jak dokumentacja z realizacji inwestycji czy oświadczenia Inwestora. W przedmiotowej sprawie, źródłem informacji jest ten sam podmiot, który jako jedyny może stwierdzić, czy osoba Pana J.B. posiada doświadczenie podane w wykazie osób. Co więcej, Przystępujący przygotowując ofertę właśnie z tego źródła otrzymał przekazane informacje. Całkowicie chybione i nielogiczne są więc twierdzenia Odwołującego o zaniechaniu dodatkowej weryfikacji prawdziwości tych informacji, w tym skierowanie prośby o przekazanie wykazu czynności, które Pan Baran wykonywał. W przekazanym wykazie osób zostało to wprost wskazane: „kierowanie pracami w zakresie akustyki wewnątrz.” Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego firma G. & Sznyterman sp. z o. o. odesłała Przystępującego do kierowania zapytań w zakresie uzyskania oferty na instalację scenotechniczną do firmy MIKOR. Firma MIKOR przekazała od firmy G. & Sznyterman sp. z o. o. wypełniony wykaz osób. Wszystkie trzy firmy pozostawały ze sobą w kontakcie w okresie przygotowywania przez Przystępującego oferty, również na dzień przed przekazaniem przez MIKOR wykazu osób Przystępującemu (spotkania – co wynika z treści wiadomości e-mail, połączenie przychodzące do Pani E.K. od Pana G. 23 września 2024 r. oraz w tym samym dniu połączenia Pani Emilii do siedziby firmy G. & Sznyterman sp. z o. o.). Złożone dowody: pierwsza strona umowy pomiędzy Europejskim Centrum Muzyki K.P. a SKANSKA S.A. oraz wniosek o zatwierdzenie podwykonawcy firmy G.&Sznytermann, pierwsza strony umowy pomiędzy Przedsiębiorstwem ŁĘGPSZEM a G.&Sznytermann na okoliczność, że G.&Sznytermann był podwykonawcą w zakresie adaptacji akustycznej wskazują, że Przystępujący dokonywał ustaleń w zakresie podawanych w wykazie realizacji. Ze strony internetowej podanej w odwołaniu wynika, że Pan J.B. jest inżynierem dźwięku, a studio nagrań prezentujące osobę Pana J.B. należy do firmy G. & Sznyterman sp. z o. o., a więc taka ogólnodostępna informacja również pokazuje, że osoba ta mogła wykonywać czynności objęte warunkiem. W tym zakresie zresztą Przystępujący uzyskał zobowiązanie Pana Barana. Okolicznością bezsporną było, że MIKOR oraz G. & Sznyterman sp. z o. o. wspólnie realizują prace dotyczące instalacji scenotechnicznej na wielu inwestycjach. Co więcej, jak słusznie wskazał Przystępujący, w oświadczeniu MIKOR przyznaje, że brał udział w spornych realizacjach w zakresie mechaniki scenicznej i MIKOR nigdy nie zaprzeczył, że Pan Baran posiada podane w wykazie doświadczenie. Zdaniem Izby wszystkie te okoliczności pokazują, że Przystępujący nie mógł przewidywać, że po terminie składania ofert firma G. & Sznyterman sp. z o. o. będzie przekazywała deklaracje odmienne od podanych wcześniej w wykazie osób Przystępującemu i zaneguje posiadanie przez Pana J.B. odpowiedniego doświadczenia. Nie

sposób więc uznać, że Wykonawca działał niedbale, czy też lekkomyślnie. Tym bardziej w okolicznościach niniejszej sprawy nie zachodzą podstawy do uznania działania Przystępującego za rażąco niedbale, czy więcej – zamierzone i celowe.

Wobec powyższego, zdaniem Izby nie wypełniły się przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy pzp.

Nie ulega wątpliwości, że ustalone okoliczności faktyczne nie stanowią również czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 UZNK w zw. z art. 14 UZNK.

Zaznaczyć należy, że art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ustawa pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestygizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami, ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, przywołując art. 14 UZNK, który stanowi w ust. 1, że 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. Izba zwraca uwagę, że dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie przekazania nieprawdziwych czy też wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, a nadto, że rozpowszechnianie tych informacji ma za swój cel – przysporzenie korzyści lub wyrządzenie szkody, a więc kumulatywne wystąpienie przesłanek objętych dyspozycją powyższego przepisu. Zauważenia również wymaga, że art. 14 ust. 1 pkt 1 UZNK determinuje, aby rozpowszechnianie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd było działaniem świadomym, celowym i nakierowanym na przysporzenie korzyści lub wyrządzenie szkody.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, w świetle stanowisk Stron, Przystępującego i złożonych dowodów należało uznać, że zarzut naruszenia dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp nie potwierdził się. Jak już zostało wskazane, Odwołujący nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że przekazane przez Przystępującego informacje dotyczące doświadczenia Pana J.B. nie polegają na prawdzie. Izba podtrzymuje w tym zakresie wcześniej podniesioną argumentację. Tym bardziej nie można w okolicznościach niniejszej sprawy stwierdzić, że przekazanie ww. informacji miałyby cechy działania celowego, umyślnego i świadomie nakierowanego na przysporzenie korzyści lub spowodowanie straty po stronie innych wykonawców.

Przechodząc do zarzutów dotyczących niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób oraz zarzutu nieuprawnionego wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób, w tym umożliwienie zastąpienia osoby Pana J.B. inną osobą Izba nie stwierdziła w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy pzp. Izba w całości podziela stanowisko Odwołującego, że w sytuacji przekazania przez wykonawcę w postępowaniu nieprawdziwych informacji nieuprawnionym staje się umożliwienie temu wykonawcy zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą. Wydaje się, że w tym zakresie Strony i Przystępujący reprezentowali zbieżne stanowisko. Niemniej jednak, okoliczności niniejszej sprawy pozostają odmienne od powyższego, gdyż z uwagi na sprzeczność deklaracji firmy G. & Szynterman sp. z o. o. Izba podobnie jak Zamawiający nie przesądza, czy podane w wykazie przez Przystępującego informacje odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy. Niewątpliwie, celem postawienia w postępowaniu warunków udziału jest wyłonienie wykonawcy dysponującego personelem o odpowiednim doświadczeniu. W sytuacji, gdy to doświadczenie jest wątpliwe (choć nie wykazano, że na pewno jest nieprawdziwe) to właściwym działaniem jest umożliwienie wykonawcy zastąpienia tego personelu innym, spełniającym warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający podobnie jak Izba, nie stwierdził ziszczenia się przesłanek wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp, czy też odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, a wyłącznie takie okoliczności wyłączałyby

obowiązek wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Wyjaśnienia Przystępującego świadczą o transparentności działania Wykonawcy, który przyznaje, że właściwie nie wie, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Skierowanie zatem wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp nie było więc nieuprawnione, jak podnosił Odwołujący, a konieczne dla dokonania wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Dlatego też Izba uznała, że również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego, koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz koszty dojazdu Zamawiającego na posiedzenie i rozprawę oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokości 169,00 zł na podstawie faktury Vat oraz biletu złożonych przez Zamawiającego na rozprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....