**Sygn. akt: KIO 3372/23**

**WYROK**
**z dnia 24 listopada 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodnicząca:** Emilia Garbala

**Protokolantka:** Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków,**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu, ul. Więźniów Oświęcimia 20, 32-600 Oświęcim,**
przy udziale wykonawcy:
1) **Arco System sp. z o.o., ul. Unii Europejskiej 24, 32-600 Oświęcim,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
2) **QUADRUM sp. z o.o., ul. J. Conrada 63, 31-357 Kraków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. **odrzuca odwołanie** w zakresie zarzutu nr 1 i 3,
2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków, i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
3.2. zasądza od odwołującego: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków, na rzecz zamawiającego: Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu, ul. Więźniów Oświęcimia 20, 32-600 Oświęcim, kwotę 4 253 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt trzy złote zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę,
3.3. nakazuje także zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A.,ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków, kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:……

**Sygn. akt KIO 3372/23**
**UZASADNIENIE**

Zamawiający – Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu, ul. Więźniów Oświęcimia 20, 32-600 Oświęcim, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Wykonanie wystawy w blokach o numerach inwentaryzacyjnych A-8 i A-9 poprzedzone opracowaniem projektu wykonawczego i warsztatowego oraz wykonaniem robót budowlanych, prac konserwatorskich, badań archeologicznych obejmujących przebudowę w/w bloków na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenauw Oświęcimiu na potrzeby Nowej Wystawy Głównej”, numer referencyjny: 9/2023/S 086-265589/NWG. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.05.2023 r., nr 2023/S 086-265589.

W dniu 10.11.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie,w którym wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa – Kraków S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków (dalej: „Odwołujący”) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Arco System sp. z o.o., gdyż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nieprawdziwe informacje przedstawione w ramach warunku udziału w zakresie zdolności zawodowej co do dysponowania osobą skierowaną do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, z uwagi na to, iż p. A. G. nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych na inwestycji pn. „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, ulica Wrocławska 1-3”, co zostało ostatecznie potwierdzone wyrokiem KIO z 29.09.2023 r. sygn. KIO 2658/23, a także na budowie pn. „Adaptacja poddasza i piwnic budynku Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie przy ul. Gołębiej 20” oraz z uwagi na inne nieprawdziwe informacje,
2) art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arco System sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie zdolności zawodowej co do dysponowania osobą skierowaną do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych z uwagi, iż p. A. G. nie wykazała doświadczenia wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.2 SWZ,
3) art. 128 ust.1 ustawy Pzp poprzez bezprawne umożliwienie wykonawcy Arco System sp. z o.o. złożenia uzupełnienia oświadczenia o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej co do dysponowania osobą skierowaną do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych – p. A. G., podczas gdy dotychczas przedłożone informacje w zakresie pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych na inwestycji pn. „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, ulica Wrocławska 1-3”, okazały się nieprawdziwe, a tym samym, wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd celem uzyskania zamówienia i w konsekwencji doszło do niedopuszczalnego zastąpienia informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,
4) ewentualnie: art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zaliczenie przez Zamawiającego trzech inwestycji, na których p. A. G. pełniła funkcję kierownika robót sanitarnych tj. a) „Remont i przebudowa budynku Spichlerza przy Placu Sikorskiego 6 w Krakowie oddział Muzeum Narodowegow Krakowie” (poz. nr 2 w załączniku P3), b) „Rozbudowa instalacji klimatyzacji w budynku nadszybia szybu REGIS w Kopalni Soli

„Wieliczka" na potrzeby przewietrzenia wyrobisk" (poz. 5 załącznika P3), c) „Przebudowa i remont konserwatorski dawnego Arsenału Miejskiego wraz z basztami Stolarską i Ciesielską, zmiana geometrii dachu, adaptacją poddasza na cele użytkowe, przebudową zewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej" (poz. 9 załącznika nr P3) w poczet załącznika P4 i przyznanie z tego tytułu dodatkowych punktów, podczas gdy wykonawca Arco System sp. z o.o. zdecydował się ostatecznie na zaliczenie tych inwestycji w poczet załącznika P3 na okoliczność spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru oferty Arco System sp. z o.o., która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą a przez to doszło do nierównego traktowania wykonawców, oraz naruszenia przy tym obowiązku zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.„(…) Poniżej przedstawiamy katalog nieprawdziwych informacji ujawnionych na dzień złożenia Odwołania w toku prowadzonego postępowania przetargowego.

a) Inwestycja p.n. „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, ulica Wrocławska 1-3"
W sposób niebudzący najmniejszych wątpliwości, za pomocą jednoznacznych dowodów t.j.
- Informacji przekazanej przez Zamawiającego: Wojskowy Szpital Kliniczny w Krakowie,
- Informacji Inwestora Zastępczego,
- Obszernych informacji przekazanych przez Generalnego Wykonawcy,
- Dziennika Budowy

Odwołujący wykazał, iż Pani A. nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych. W tym miejscu należy podkreślić, iż z całego kontekstu wypowiedzi, fakt ten został potwierdzony przez samą zainteresowaną w trakcie rozprawy przed KIO, co zostało, na wniosek Odwołującego i przystępującego po stronie Odwołującego, odnotowane w dokumentacji z postępowania odwoławczego. Zdaniem Odwołującego okoliczność ta powinna Zamawiającego skłonić do odrzucenia oferty wykonawcy Arco na podstawie art. 226 ust 1 pkt 7 Ustawy Pzp.

b) Ponieważ inwestycja p.n. „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, ulica Wrocławska 1-3", została również wskazana w załączniku nr P4 (na okoliczność dodatkowej punktacji) na której Pani A. (…) nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych, uznać należy, iż podanie nieprawdziwej informacji miało na celu uzyskanie dodatkowych punktów.

c) Inwestycja wskazana w załączniku P4, w poz. nr 2 „Przebudowa istniejących pomieszczeń laboratoryjnych na specjalistyczne laboratorium OMICRON w budynku przy ul. Kopernika 7 w Krakowie". W odniesieniu do tej inwestycji podano datę rozpoczęcia pełnienia funkcji przez Panią A. (…) w marcu 2012 roku. Tymczasem, jak ustaliliśmy na podstawie informacji z Urzędu Zamówień Publicznych (postępowanie było prowadzone na podstawie Ustawy Pzp) zamówienie zostało udzielone w dniu 2.05.2012 roku. W związku z tym, Pani A. (…) nie mogła rozpocząć pełnienia funkcji przed zawarciem umowy Zamawiającego z Wykonawcą robót.

d) Inwestycja z załącznika P3 „Adaptacja poddasza i piwnic budynku Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie przy ul. Gołębiej 20". Jako datę rozpoczęcia pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych na przedmiotowej budowie podano 03.2010 roku. Tymczasem, Pani A. (…) została wpisana na listę PIIB we wrześniu 2010 roku. Jest oczywistym, iż niemożliwe było pełnienie obowiązków kierownika robót bez wpisu na listę członków PIIB. Nie sposób również przyjąć, iż zarówno Wykonawca Arco System jak i Pani A. (…) nie byli świadomi tych ewidentnych zależności. Odwołujący w tym miejscu podnosi, iż z otrzymanej od Zamawiającego t.j. Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie dokumentacji wynika, iż na w/w budowie pani A. (…) nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych. Funkcję tę pełniła zupełnie inna osoba, która spełniała wymagania Zamawiającego t.j. posiadała co najmniej trzyletnią praktykę zawodową i doświadczenie w kierowaniu co najmniej dwoma robotami budowlanymi w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom. I chociaż w nowym wykazie P3 inwestycja ta została usunięta, niemniej jednak w sposób jednoznaczny świadczy o wprowadzaniu Zamawiającego w błąd poprzez składanie nieprawdziwych informacji i manipulowanie referencyjnym doświadczeniem w celu uzyskania zamówienia. Powyższa informacja nie została przez Odwołującego uwzględniona w odwołaniu z dnia 11 września 2023 roku, albowiem informację w przedmiotowej sprawie Odwołujący uzyskał od Uniwersytetu Jagiellońskiego w dniu 17.10.2023 roku.

e) Inwestycja p.n. „Remont, przebudowa i konserwacja bloku nr A-17 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu Remont bloku A-17" (inwestycja nr 12 w aktualnym wykazie P3). Z przekazanego nam przez Zamawiającego t.j. Państwowe Muzeum Auschwitz – Birkenau kompletnego Dziennika Budowy wynika, iż p. A. (…) nie znajduje się w wykazie osób powołanych do pełnienia funkcji kierownika robót, natomiast na stronie 24 znajduje się jedyny zapis p. A. (…) z datą 19.01.2021 r. „Zgłaszam zakończenie robót instalacji sanitarnych do odbioru". Wobec braku innych zapisów, jedynie powyższe stwierdzenie może świadczyć co najwyżej o „śladowym" zaangażowaniu p. (…) w proces budowlany, maksymalnie w okresie 1 miesiąca. Dodać przy tym należy, że Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego w Oświęcimiu, w odpowiedzi na nasz wniosek w dniu 18 października 2023 roku przekazał Odwołującemu następującą informację, cyt: „W odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji, czy pani A. (…), posiadająca uprawnienia budowlane o nr MAP/0136/OWOS/07, pełniła funkcję kierownika robót przy realizacji inwestycji pod nazwą „Remont, przebudowa i konserwacja bloku nr A-17 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu Remont bloku A-17" informuję, że w aktach sprawy dotyczącej zakończenia inwestycji pod nazwą jak wyżej brak jest dokumentów potwierdzających fakt pełnienia przez Panią A. (…) funkcji kierownika robót (…)"

f) Inwestycja pn. „Instalacja stałych urządzeń gaśniczych, dla wybranych pomieszczeń w budynkach o nr inw. A-19, A-24 i A25 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau w Oświęcimiu" (inwestycja nr 7 w aktualnym wykazie P3). Nasze bardzo poważne wątpliwości co do ustalenia realnego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych przez P. A. (…) na w/w inwestycji wynikają z przekazanej Odwołującemu przez Państwowe Muzeum Auschwitz – Birkena" informacji, iż na moment udzielenia informacji) Zamawiający nie może odnaleźć Dziennika Budowy na przedmiotową budowę. Jest to o tyle dziwne, iż art. 63 Ustawy „Prawo budowlane" zobowiązuje właścicieli lub zarządcę obiektu budowlanego do przechowywania przez okres istnienia obiektu dokumentów o których mowa w art. 60 oraz opracowania projektowe i dokumenty techniczne robót budowlanych wykonywanych w obiekcie w toku jego użytkowania. Szczególnego podkreślenia wymaga, iż Zamawiający, t.j. Państwowe Muzeum Auschwitz – Birkenau w warunkach zawartych dla w/w postępowania zawarł następujący wymóg (Dział IV: SIWZ z czerwca 2014 roku): „Wykonawca zobowiązuje się rozpocząć realizację przedmiotu umowy w nieprzekraczalnym terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy z zastrzeżeniem terminów określonych w pkt VI ppkt 2 SIWZ. Przed przystąpieniem do realizacji umowy dokonać należy protokolarnego przejęcia obowiązków kierownika budowy oraz kierowników robót branżowych z wpisem do dzienników budowy przez osobę wskazaną przez Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierowników robót branżowych. W związku z trwającymi w budynku A-24 pracami remontowymi plac budowy w

koniecznym zakresie należy przejąć od Wykonawcy tego remontu". Z powyższego postanowienia Zamawiającego jasno wynika, iż warunkiem uznania, iż określona osoba jest uprawniona do pełnienia określonej funkcji jest, obok przejęcia obowiązków także potwierdzenie tego faktu poprzez wpis do dziennika budowy. Nie sposób w tym kontekście uniknąć pytania o realizację w/w wymagań oraz przyczyn braku możliwości odnalezienia dziennika budowy.

g) W przekazanym na wezwanie Zamawiającego wykazie P3 znajdują się zarówno 3 inwestycje, które wykonawca pierwotnie przedstawił w załączniku P4 (dodatkowa punktacja), jak również kilka nowych budów, które najczęściej wzajemnie pokrywają się w czasie. Mając na względzie ujawnioną skalę nieprawdziwych informacji, przy stosunkowo biernej postawie Zamawiającego co do woli ustalenia faktów, Odwołujący zwrócił się do Zamawiających o udzielenie informacji publicznej w celu zweryfikowania wiarygodności danych zawartych w załączniku P3. Na dzień złożenia Odwołania, Odwołujący nie dysponuje stosownymi odpowiedziami, natomiast w przypadku ich otrzymania zostaną przedstawione Wysokiej Izbie na rozprawie. Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający zamieszczając na platformie zakupowej „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty tuż przed Świętem Wszystkich Świętych na dodatek o godzinie 18:46 w znaczący sposób utrudnił Odwołującemu weryfikację prawidłowości przeprowadzonych czynności przez Zamawiającego, jak również ustalenie wiarygodności podanych przez Arco System nowych informacji w zakresie doświadczenia p. A. (…). Utrudnienia te implikował również fakt, iż wiele pracowników w dniach 2 i 3.11.2023 roku przebywało na urlopach, także w instytucjach zewnętrznych.

Odwołujący wskazuje, że punktem wyjścia do dokonania oceny nieprawidłowości działań Zamawiającego powinna być generalna zasada, ukształtowana jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, a kontynuowana na gruncie nowych regulacji tj. niedopuszczalności zastępowania nieprawdziwych informacji składanych przez wykonawcę – składanymi później informacjami prawdziwymi.

Nie może ulegać wątpliwości, że Wykonawca Arco System sp. z o.o., wskazując iż p. A. (…) pełniła funkcję kierownika robót sanitarnych na inwestycji pn. „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, ulica Wrocławska 1-3", podał informację nieprawdziwą, wprowadzającą Zamawiającego w błąd co do faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Złożenie takiej informacji, bez odpowiedniej jej weryfikacji świadczy natomiast co najmniej o lekkomyślności tego Wykonawcy.

Bezsporne jest przy tym, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ odrębnej przesłanki wykluczenia wykonawców z tego powodu, co skutkuje fakultatywnością wykluczenia, jednakże nie może ulegać wątpliwości, że sam fakt podania informacji nieprawdziwej wywołuje ten skutek, że brak jest możliwości zamiany takiej nieprawdziwej informacji na informację prawdziwą. To zaś wywołuje konieczność odrzucenia oferty bez możliwości stosowania procedury opisanej w art. 128 ust 1 ustawy Pzp. (…)

W świetle w/w wyroków, podkreślić zatem należy, że art. 128 ust. 1 ustawy Pzp mówi o konieczności wzywania do uzupełnienia informacji niekompletnych lub zawierających błędy. Z kolei wykaz złożony przez Wykonawcę Arco System sp. z o.o. nie zawierał błędów i był kompletny. Wobec powyższego przepis art. 128 ust. 1 Pzp nie ma do niego zastosowania, a zatem wezwanie Wykonawcy do złożenia uzupełnień stanowiło czynność niezgodną z prawem. W świetle powyższego, z uwagi na fakultatywności wykluczenia Wykonawcy, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Wykonawcy albo z powodu popełnienia przez Wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji albo z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu. (…)

Z ostrożności natomiast, w razie ustalenia przez KIO, że oferta Wykonawcy Arco System sp. z o.o. nie podlegała odrzuceniu, Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 Pzp, przez bezpodstawne zaliczenie przez Zamawiającego trzech inwestycji na których p. A. (…) pełniła funkcję kierownika robót sanitarnych tj. a) „Remont i przebudowa budynku Spichlerza przy Placu Sikorskiego 6 w Krakowie oddział Muzeum Narodowego w Krakowie (poz. nr 2 w załączniku P3), b) Rozbudowa instalacji klimatyzacji w budynku nadszybia szybu REGIS w Kopalni Soli „Wieliczka" na potrzeby przewietrzenia wyrobisk (poz. 5 załącznika P3), c) „Przebudowa i remont konserwatorski dawnego Arsenału Miejskiego wraz z basztami Stolarską i Ciesielską, zmiana geometrii dachu, adaptacją poddasza na cele użytkowe, przebudową zewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej" poz. 9 załącznika nr P3) w poczet załącznika P4 i przyznanie z tego tytułu dodatkowych punktów, podczas gdy Wykonawca Arco System sp. z o.o. zdecydował się ostatecznie na zaliczenie tych inwestycji w poczet załącznika P3 na okoliczność spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosi przy tym, że Wykonawca Arco System sp. z o.o. powinien mieć świadomość, że skoro ostatecznie zdecydował się na posłużenie określonym doświadczeniem kierownika robót sanitarnych na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to następnie nie będzie mógł go wykorzystać na potrzeby uzyskania dodatkowych punktacji. Wykonawca, działając na wezwanie Zamawiającego sprecyzował ostatecznie katalog robót w treści wykazu załącznika P3, co oznacza, że jego wolą było, aby Zamawiający przy ustalaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu brał po uwagę wszystkie roboty wskazane w wykazie, a nie tylko część z nich. Z dużą dozą prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością należy stwierdzić, że Arco System sp. z o.o., jako wykonawca ubiegający się o zamówienia zapoznał się z treścią SWZ i było jemu wiadome, iż wystarczającym jest wykazanie części robót o określonym charakterze, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu. Skoro podał ich więcej to znaczy, że taki miał zamiar i nieuprawnionym jest zawężanie przez Zamawiającego przedstawionego wykazu jedynie do robót z poz.1, 3, 4, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13. Zdaniem Odwołującego, skoro Wykonawca na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w wykazie przedstawił konkretne doświadczenie kierownika robót sanitarnych to winno być ono zaliczone na potrzeby spełnienia warunku udziału poprzez samo jego podanie w załączniku P3. Bez znaczenia jest natomiast kwestia, czy Zamawiający doświadczenie to „wykorzystał" do ustalenia spełnienia warunków udziału czy też nie. Z tych względów należy uznać, że Wykonawcy Arco System sp. z o.o. nie można zaliczyć w poczet dodatkowego doświadczenia pozycji 1, 3, 5 zał. P4 albowiem zgodnie z ostateczną wolą Wykonawcy, inwestycje te winny zostać zaliczone na poczet spełnienia warunków udziału w zał. P3. Dodać w tym miejscu należy, że inwestycja p.n. „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie 5 Wojskowego Szpitala Klinicznego, ul. Wrocławska 1-3" została pierwotnie wykazana zarówno w załączniku nr P3 jak i zał nr P4. W związku z tym, iż jak to zostało udowodnione, Pani A. (…) na przedmiotowej inwestycji nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych, uznać należy, iż składając nieprawdziwe informacje, Spółka Arco System chciała uzyskać dodatkowe punkty.

Należy również zauważyć, iż Zamawiający dokonał niczym nie uzasadnionej, dowolnej kwalifikacji inwestycji zdublowanych przez Wykonawcę w obu załącznikach (P3 i P4), co w konsekwencji naruszyło zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. W konsekwencji, działanie Zamawiającego narusza istotę podziału na dwa odrębne kryteria oceny ofert, mające różne cele. Tolerowanie takich działań Zamawiającego prowadzi z kolei do konkluzji, że wykonawca może w 100% zdublować doświadczenie z obu załączników, a w skrajnym przypadku sporządzić jedną listę wszystkich inwestycji, pozostawiając dowolność ich

kwalifikacji Zamawiającemu. Oczywistym jest przy tym, że Wykonawca dublujący doświadczenie w obu załącznikach pozostaje w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców, co narusza zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 16 pkt 1) ustawy Pzp. Z kolei brak jakichkolwiek wyjaśnień Zamawiającego na temat dlaczego akurat te konkretne zdublowane inwestycje zaliczył do jednego a nie do drugiego załącznika i dlaczego w ogóle „wyłączył" część inwestycji z załącznika P3 i uwzględnił je w zał. P4 burzy zasadę przejrzystości postępowania wskazaną w art. 16 pkt 2 Pzp."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
2)powtórzenia czynności wyboru ofert,
3)odrzucenia oferty Arco System sp. z o.o.,
4)dokonania spośród pozostałych ofert wyboru oferty najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu tj. oferty Odwołującego,
5)ewentualnie o: powtórzenia czynności wyboru ofert i dokonania spośród pozostałych ofert wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego.

Pismami z dnia 13.11.2023 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego:

1)po stronie zamawiającego - Arco System sp. z o.o., ul. Unii Europejskiej 24, 32-600 Oświęcim (dalej: „Przystępujący Arco") - przedstawiając jednocześnie swoją argumentację w sprawie i wnosząc o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1 i 3 jako spóźnionych,
2)po stronie odwołującego - QUADRUM sp. z o.o., ul. J. Conrada 63, 31-357 Kraków (dalej: „Przystępujący Quadrum").

Izba stwierdziła, że oba przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 21.11.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie jako spóźnionego w zakresie zarzutu nr 1 oraz o oddalenie w pozostałym zakresie.

W trakcie rozprawy Strony i obaj Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie wystawy w blokach o numerach inwentaryzacyjnych A-8 i A-9 poprzedzone opracowaniem projektu wykonawczego i warsztatowego oraz wykonaniem robót budowlanych, prac konserwatorskich, badań archeologicznych obejmujących przebudowę w/w bloków na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu na potrzeby Nowej Wystawy Głównej.

W Dziale V w pkt 3.2.3. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") Zamawiający wskazał, że wykonawca musi dysponować m.in. kierownikiem robót sanitarnych, posiadającym uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, spełniającym poniższe wymagania:

3.2.3.1. co najmniej pięcioletnie doświadczenie (rozumiane jako suma przepracowanych miesięcy - 60, nabyte po uzyskaniu uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych) w pełnieniu funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;

3.2.3.2. doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych podczas realizacji robót budowlanych dotyczących obiektu wpisanego do rejestru zabytków lub rejestru o podobnym charakterze prowadzonego przez organy ustanowione w tym celu w innych państwach, lub inwentarza muzeum będącego Instytucją Kultury, obejmujących wykonanie instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej w budynku o kubaturze klimatyzowanych pomieszczeń nie mniejszej niż 2 000 m³;

3.2.3.3. przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego.

W Dziale VII w ust. 2 SWZ Zamawiający wskazał: *„W związku z bezpośrednim związkiem sposobu oceny spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania dysponowania osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia (Dział V pkt 3.2. SWZ) z oceną ofert określoną w Kryterium oceny ofert nr 2: „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia", Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą Wykazu osób (Załącznik nr P3) skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór Wykazu osób stanowi Załącznik nr P3*".

W Dziale XIV SWZ Zamawiający wskazał jako kryteria oceny ofert:

- cenę – 60%,
- dodatkowe doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – 40%.

W pkt 4.2.5. SWZ Zamawiający wskazał, że kryterium nr 2 obejmuje m.in. kierownika robót sanitarnych o podwyższonym doświadczeniu zawodowym. Przez kierownika robót sanitarnych o podwyższonym doświadczeniu zawodowym Zamawiający rozumie osobę, która przy spełnianiu minimalnych wymogów Zamawiającego w zakresie doświadczenia, wykonała większą, ponad wymagane przez Zamawiającego minimum, ilość usług, o którym mowa w Dziale V pkt. 3.2.3. W ramach tego podkryterium Zamawiający przyznapo 2 punkty za pełnienie – ponad wymagane minimum – funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie, o którym mowa w Dziale V pkt. 3.2.3 nie więcej jednak niż 6 punktów.

Ponadto Zamawiający wskazał:

*„Punkty w kryterium „dodatkowe doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" będą przyznawane za dodatkowe, tj. wykraczające ponad określone w warunkach udziału w postępowaniu (Dział V pkt 3.2. SWZ) wymogi dotyczące doświadczenia wyżej wymienionych osób. Punkty zostaną przyznane za wskazane przez Wykonawcę dodatkowe okresy doświadczenia ww. osób lub za wskazanie dodatkowo wykonanych przez te osoby robót/prac.*

*Zamawiający przyzna punkty w kryteriach, o których mowa w pkt 4.2.1-4.2.7 powyżej na podstawie informacji wykazanych w Wykazie dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr P4), który należy złożyć wraz z ofertą, w ten sam sposób i w takiej samej formie.*

*Zamawiający informuje, że Wykaz dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, sporządzony na podstawie Załącznika nr P4, zawierający oświadczenie Wykonawcy w zakresie Kryterium nr 2 nie podlega uzupełnieniu lub zmianie na etapie oceny i badania ofert. Z uwagi na powyższe:*

- *w przypadku konieczności dokonania uzupełnienia przez Wykonawcę Wykazu osób (Załącznik nr P3), złożonego w celu spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V pkt 3.2. SWZ, prowadzącego do zmiany osoby,*

*której doświadczenie podlegać miałoby punktacji w ramach Kryterium nr 2, Zamawiający nie przyzna punktów w ramach Kryterium nr 2 dla innej osoby niż pierwotnie wskazanej w Wykazie osób (Załącznik nr P3) oraz Wykazie dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr P4);*

- *w przypadku braku złożenia lub w przypadku braku wypełnienia przez Wykonawcę Wykazu dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, składanego wraz z ofertą na potrzeby oceny oferty w ramach Kryterium nr 2 (Załącznik nr P4) - Zamawiający przyjmie, że osoby skierowane do realizacji zamówienia wskazane w Wykazie osób (Załącznik nr P3) nie posiadają premiowanego, dodatkowego doświadczenia i przyzna 0,00 pkt dla każdej z osób w ramach oceny oferty w Kryterium nr 2;*
- *Osoby wskazane z imienia i nazwiska w Wykazie dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr P4), których doświadczenie zawodowe będzie punktowane w ramach Kryterium nr 2, będą osobami realizującymi przedmiot zamówienia. W przypadku braku możliwości skierowania do realizacji zamówienia osoby wskazanej w Wykazie dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, Wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia innej osoby o doświadczeniu zawodowym co najmniej takim jak osoba zastępowana lub o doświadczeniu zawodowym pozwalającym na uzyskanie przez tę osobę takiej samej liczby punków w ramach Kryterium nr 2, co zastępowana osoba, pierwotnie wskazana w treści Wykazu dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia*."

Przystępujący Arco złożył wraz z ofertą:

1)Załącznik P3, tj. wykaz osób na potrzeby spełnienia warunku dysponowania m.in. kierownikiem robót sanitarnych, w którym wskazał jako kierownika tych robót p. A. G., a jako jej doświadczenie w zakresie warunku z pkt 3.2.3.1. SWZ:
   - Adaptację poddasza i piwnic budynku Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie przy ul. Gołębiej 20,
   - Roboty remontowo-budowlane w ramach zadania przebudowa i remont Pałacu Książąt Czartoryskich, stanowiącego budynek Muzeum Książąt Czartoryskich w Krakowie,
   - Wykonanie wielobranżowej adaptacji poddasza budynku przy ul. św. Tomasza 20 w Krakowie (…),
   - Instalację stałych urządzeń gaśniczych, dla wybranych pomieszczeń w budynkach o nr inw. A-19, A-24 i A25 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau w Oświęcimiu,
   - Przebudowę i rozbudowę budynków nr 1 i nr 12 na terenie 5 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie,
   - Remont, przebudowę i konserwację bloku nr A-17 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu,

2)Załącznik P4, tj. wykaz dodatkowego doświadczenia na potrzeby kryterium oceny ofert nr 2, w którym wskazał następujące dodatkowe doświadczenie kierownika robót sanitarnych, tj. p. A. G.:
   - Remont i przebudowa budynku Spichlerza przy Placu Sikorskiego 6 w Krakowie oddział Muzeum Narodowego w Krakowie,
   - Przebudowę istniejących pomieszczeń laboratoryjnych na specjalistyczne laboratorium OMICRON w budynku przy ul. Kopernika 7c w Krakowie,
   - Rozbudowę instalacji klimatyzacji w budynku nadszybia szybu REGIS w Kopalni Soli „Wieliczka" na potrzeby przewietrzania wyrobisk podziemnych,
   - Przebudowę i rozbudowę budynków nr 1 i nr 12 na terenie 5 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie,
   - Przebudowę i remont konserwatorski dawnego Arsenału Miejskiego wraz z basztami Stolarską i Ciesielską.

Pismem z dnia 31.08.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego Arco.

W dniu 11.09.2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zakwestionował wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego Arco z powodu m.in. niewykazania spełnienia przez niego warunku dysponowania kierownikiem robót sanitarnych, gdyż p. A. G. wg Odwołującego nie pełniła tej funkcji m.in. w ramach inwestycji: „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie". Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego Arco na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. Zamawiający uwzględnił ww. odwołanie w zakresie dotyczącym doświadczenia p. A. G. wskazując jednocześnie, że wobec wyczerpania procedury związanej z uzupełnieniem podmiotowych środków dowodowych oferta Przystępującego Arco powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp. Następnie Zamawiający skorygował swoje stanowisko i poinformował, że procedura uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie została wyczerpana w zakresie dotyczącym doświadczenia p. A. G., co oznacza, że Zamawiający uwzględnia odwołanie, ale po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wezwie Przystępującego Arco na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia wykazu osób w zakresie kierownika robót sanitarnych. Przystępujący Arco nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w tym zakresie. W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia p. A. G. (wyrok z dnia 29.09.2023 r. sygn. akt KIO 2658/23).

Pismami z dnia 13.10.2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 31.08.2023 r., a także wezwał Przystępującego Arco, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu osób, tj. załącznika nr P3 z powodu niewykazania 60-miesięcznego doświadczenia kierownika robót sanitarnych, gdyż:

- P. A. G. nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych w trakcie realizacji zadania „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie 5 Woskowego Szpitala Klinicznego z Poliklinika w Krakowie, ul. Wrocławska 1-3" i Zamawiający nie może uznać 22 miesięcy doświadczenia na tym zadaniu,
- realizacja zadania „Adaptacja poddasza i piwnic budynku Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie przy ul. Gołębiej 20" odbywała się w okresie poza datą wpisu ww. osoby do Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Krakowie, co powoduje, że doświadczenie do daty wpisu do ww. Izby nie może być zaliczone do okresu wymaganego warunkiem, zatem Zamawiający nie może uznać 6 miesięcy doświadczenia na tym zadaniu.

W odpowiedzi Przystępujący Arco złożył nowy wykaz osób P3, w którym jako doświadczenie p. A. G. w zakresie pkt 3.2.3.1. SWZ wskazał:

- Modernizację Oddziału Chirurgicznego W Uniwersyteckim Szpitalu Dziecięcym w Krakowie przy ul. Wielickiej 265,
- Remont i przebudowę budynku Spichlerza przy Placu Sikorskiego 6 w Krakowie oddział Muzeum Narodowego w Krakowie,
- Roboty remontowo-budowlane w ramach zadania przebudowa i remont Pałacu Książąt Czartoryskich, stanowiącego budynek Muzeum Książąt Czartoryskich w Krakowie – instalacja wodno-kanalizacyjna,

- Budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego z garażem podziemnym, wewnętrznymi instalacjami, wjazdem, przebudową sieci w Krakowie przy ul. Przewóz,
- Rozbudowę instalacji klimatyzacji w budynku nadszybia szybu REGIS w Kopalni Soli „Wieliczka" na potrzeby przewietrzania wyrobisk podziemnych,
- Wykonanie wielobranżowej adaptacji poddasza budynku przy ul. św. Tomasza 20 w Krakowie (…),
- Instalację stałych urządzeń gaśniczych, dla wybranych pomieszczeń w budynkach o nr inw. A-19, A-24 i A25 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau w Oświęcimiu,
- Aranżację powierzchni biurowej od kondygnacji 1 do 4, w budynku E zespołu biurowego Enterprise Park w Krakowie przy ul. Powstańców Wielkopolskich 13F. (Instalacja wod-kan, ciepła i chłodu),
- Przebudowę i remont konserwatorski dawnego Arsenału Miejskiego wraz z basztami Stolarską i Ciesielską, zmianą geometrii dachu, adaptacją poddasza na cele użytkowe, przebudową zewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej,
- Przebudowę i nadbudowa siedziby Okręgowej Izby Lekarskiej w Krakowie na cele administracyjno-biurowo-gastronomiczno-hotelowe (…),
- Budynek żłobka z parkingiem podziemnym, z salą gimnastyczno-rehabilitacyjną, z wewnętrznymi instalacjami (…),
- Remont, przebudowa i konserwacja bloku nr A-17 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu Remont bloku A-17,
- Przebudowę, rozbudowę, zmianę sposobu użytkowania istniejących budynków użytkowych na hotel 5 gwiazdek z usługami na parterze wraz z infrastrukturą techniczną (…) w Krakowie (Instalacja wod-kan, c.o. i chłodu).

Pismem z dnia 31.10.2023 r. Zamawiający ponownie poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego Arco.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu jako spóźnione w zakresie zarzutów nr 1 i 3, tj. zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Arco jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji (art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) oraz niezasadnego wezwania Przystępującego Arco do uzupełnienia wykazu osób P3 w sytuacji złożenia przez niego nieprawdziwych informacji (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp).

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w dniu 31.08.2023 r. Zamawiający po raz pierwszy poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego Arco. Na ten wybór w dniu 11.09.2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie (rozpoznane w wyroku KIO 2658/23 z dnia 29.09.2023 r.), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Arco System sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie dysponowania m.in. kierownikiem robót sanitarnych, ponieważ wskazana na tę funkcję p. A. G. nie posiada wymaganego doświadczenia,
2) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Arco System sp. z o.o., która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Jednocześnie należy zauważyć, że wraz z ofertą Przystępujący Arco złożył pierwszy wykaz P3 i wykaz P4, w których wskazał wszystkie inwestycje kwestionowane przez Odwołującego w obecnym odwołaniu z dnia 10.11.2023 r., tj.:

1) Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie 5 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Poliklinika w Krakowie – wskazana w pierwszym wykazie P3 i wykazie P4,
2) Przebudowa istniejących pomieszczeń laboratoryjnych na specjalistyczne laboratorium OMICRON w budynku przy ul. Kopernika 7c w Krakowie – wskazana w wykazie P4,
3) Adaptacja poddasza i piwnic budynku Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie przyul. Gołębiej 20 – wskazana w pierwszym wykazie P3,
4) Remont, przebudowa i konserwacja bloku nr A-17 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu – wskazana w pierwszym P3,
5) Instalacja stałych urządzeń gaśniczych, dla wybranych pomieszczeń w budynkach o nr inw. A-19, A-24 i A25 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau w Oświęcimiu – wskazana w pierwszym P3.

Oznacza to, że od dnia otwarcia ofert Odwołujący mógł zapoznać się z treścią ww. wykazów P3 i P4 (art. 74 ust. 2 ustawy Pzp) i jeżeli uznał, że wskazane w nich doświadczenie nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu w zakresie kierownika robót sanitarnych, to już w terminie biegnącym od pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. od dnia 31.08.2023 r. powinien był wnieść odwołanie. I Odwołujący rzeczywiście wniósł odwołanie w ww. terminie, tj. w dniu 11.09.2023 r., jednakże nie podniósł w nim zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ze względu na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z powodu podania przez Przystępującego Arco nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia p. A. G.

Przy czym raz jeszcze należy podkreślić, że Odwołujący już w tamtym czasie dysponował wiedzą o wskazaniu przez Przystępującego Arco ww. inwestycji jako doświadczenia p. A. G., zatem mógł podnieść ww. zarzut już w odwołaniu wniesionym w dniu 11.09.2023 r., czyli po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty. Gdyby Odwołujący podniósł ww. zarzut w odwołaniu z dnia 11.09.2023 r. Izba musiałaby je rozpoznać, chyba że Zamawiający uwzględniłby odwołanie w tym zakresie (i Przystępujący Arco nie wniósłby sprzeciwu) – wtedy Zamawiający musiałby zgodnie z żądaniem zawartym w takim odwołaniu odrzucić ofertę Przystępującego Arco na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (art. 522 ust. 4 ustawy Pzp). W konsekwencji, skoro Odwołujący w odwołaniu wniesionym w dniu 11.09.2023 r. nie podniósł zarzutu braku odrzucenia oferty Przystępującego Arco z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z powodu podania nieprawdziwych informacji, to nie może dopiero w obecnym odwołaniu z dnia 10.11.2023 r. zarzucać Zamawiającemu, że ten niezasadnie wezwał Przystępującego Arco, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu P3 zawierającego nieprawdziwe informacje. Raz jeszcze bowiem należy przypomnieć, że Odwołujący w ogóle dotychczas nie podnosił kwestii podania przez Przystępującego Arco nieprawdziwych informacji. Tym samym spóźnione postawienie zarzutu dotyczącego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (w odwołaniu z dnia 10.11.2023 r. zamiast już w odwołaniu z dnia 11.09.2023 r.) skutkuje również spóźnionym podniesieniem zarzutu dotyczącego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji,

gdy jako okoliczność uzasadniającą ten zarzut Odwołujący znowu wskazuje podanie przez Przystępującego Arco nieprawdziwych informacji.

Tym samym niezasadne są argumenty Przystępującego Quadrum dotyczące instytucji res iudicata, gdyż powstały w tej sprawie problem nie wynika z powagi rzeczy osądzonej, tylko z tego, że Odwołujący nie podniósł w odpowiednim czasie zarzutu, który mógł podnieść w dniu 11.09.2023 r., bo już przy pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty znał treść pierwszego wykazu P3 i wykazu P4 i wymienione w nich inwestycje. Niezasadny jest też argument Odwołującego, zgodnie z którym nie mógł on w dniu 11.09.2023 r. podnieść zarzutu dotyczącego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, bo wówczas jeszcze Zamawiający nie dokonał czynności wezwania do uzupełnienia pierwszego wykazu P3. Rzeczywiście wezwanie to zostało skierowane do Przystępującego Arco po wniesieniu odwołania z dnia 11.09.2023 r., więc Odwołujący nie mógł podnieść zarzutu z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w kontekście nieprawdziwych informacji w tamtym odwołaniu. Istota rzeczy tkwi jednak w czym innym: spóźnione jest podnoszenie zarzutu bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia wykazu P3 z powodu podania w nim nieprawdziwych informacji, w sytuacji gdy we właściwym terminie, czyli w dniu 11.09.2023 r., Odwołujący w ogóle nie podniósł zarzutu podania nieprawdziwych informacji. W konsekwencji postawienie dopiero w odwołaniu z dnia 10.11.2023 r., zarzutów z art. 226 ust.1 pkt 7 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp opierających się na złożeniu przez Przystępującego Arco nieprawdziwych informacji w zakresie inwestycji znanych Odwołującemu w dniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, jest już działaniem spóźnionym.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W związku zatem z wniesieniem zarzutów nr 1 i 3, tj. zarzutów dotyczących art. 226 ust. 1 pkt 7 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dopiero w dniu 10.11.2023 r., czyli z uchybieniem terminu przewidzianego ustawą, odwołanie w zakresie tychże zarzutów podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy rozpoznaniu merytorycznemu podlegają tylko zarzuty nr 2 i 4, tj. zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp (przy czym na tym etapie postępowania ocenie podlega tylko drugi wykaz P3) oraz zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na punktację przyznaną ofercie Przystępującego Arco w kryterium nr 2. Przed omówieniem ww. zarzutów, zwłaszcza zaś zarzutu nr 2, konieczne jest jednak poczynienie najpierw pewnych uwag natury ogólnej dotyczących określonych przepisów ustawy Pzp mających zastosowanie w tej sprawie.

Przede wszystkim należy podkreślić, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym w pierwszej kolejności wyjaśnienia wymaga, czym jest zarzut w postępowaniu odwoławczym prowadzonym przed Izbą.

Art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, zakres podniesionego zarzutu wyznaczają konkretne okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu, np. konkretne niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, konkretne fakty świadczące o rażąco niskiej cenie, konkretne postanowienia projektu umowy kwestionowane w konkretnym zakresie, czy konkretne inwestycje kwestionowane z konkretnych powodów jako doświadczenie wykonawcy lub jego personelu. Tylko w zakresie tak podanych okoliczności faktycznych Izba może rozpoznać odwołanie, co w konsekwencji oznacza, że nowe okoliczności faktyczne, które nie były zawarte w odwołaniu i podnoszone są dopiero w toku postępowania odwoławczego, np. dopiero na rozprawie, stanowią nowe zarzuty. W związku z tym nie mogą być one brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu zarzutów na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotykałoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu.

W efekcie (pomijając już nawet fakt odrzucenia odwołania w zakresie zarzutów nr 1 i 3) nie może być uznane za skuteczne zastrzeżenie, jakie Odwołujący poczynił na str. 7 w pkt g) odwołania, gdzie zastrzegł, że na rozprawie przedstawi dowody w zakresie innych, niewymienionych w odwołaniu, inwestycji. Same dowody rzeczywiście można składać do zamknięcia rozprawy (art. 535 ustawy Pzp), ale inwestycje, których te dowody dotyczą, jak też konkretne zarzuty dotyczące realizacji tych inwestycji, powinny być wskazane już w odwołaniu, aby w świetle art. 555 ustawy Pzp, Izba mogła je rozpoznać. Na powyższe nie wpływa fakt zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty tuż przed dniami świątecznymi. Przykładem zarzutu w ogóle niezawartego w odwołaniu jest podniesiony przez Odwołującego dopiero na rozprawie zarzut dotyczący inwestycji w Uniwersyteckim Szpitalu Dziecięcym w Krakowie, który z ww. powodów nie został przez Izbę rozpoznany.

Nie może być też uznane za skuteczne sformułowanie w odwołaniu ogólnego zarzutu dotyczącego np. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp i przedstawianie dopiero na rozprawie, pod pozorem „uszczegółowienia zarzutu zawartego w odwołaniu", konkretnych okoliczności faktycznych świadczących o zaistnieniu podstaw do odrzucenia oferty. Takie działanie nie stanowi bowiem uszczegółowienia zarzutu, ale próbę wypełnienia ogólnej treści konkretnymi zarzutami, które nie były zawarte w odwołaniu i które w związku z tym nie podlegają rozpoznaniu. Powyższe potwierdza także wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 110/09, w którym stwierdzono: „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej".

Dlatego też Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, rozpoznając odwołanie pominęła podniesione przez Odwołującego na rozprawie nowe zarzuty dotyczące okoliczności faktycznych niezawartych w odwołaniu.

Przechodząc zatem do zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Arco w sytuacji, gdy nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem robót sanitarnych, gdyż wskazana na tę funkcję p. A. G. nie posiada wymaganego doświadczenia, w pierwszej kolejności należy odnieść się do argumentacji podniesionej na rozprawie.

W trakcie rozprawy bowiem Odwołujący i Przystępujący Quadrum uzasadniali zarzut nr 2 złożeniem przez Przystępującego Arco nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia p. A. G., mimo że posiadali wiedzę o tym, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz zarzutu nr 3 dotyczącego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała za podlegające odrzuceniu i że z kolei zarzut nr 2 dotyczy innego przepisu, tj. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący i Przystępujący Quadrum podnosili w zakresie zarzutu nr 2 taką argumentację, jaka powinna dotyczyć odrzuconych zarzutów nr 1 i 3. Dlatego też Izba zamierza w tym miejscu zwrócić uwagę na różnice między odrzuceniem oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a odrzuceniem jej w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

W przypadku pierwszego przepisu, oferta podlega odrzuceniu z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co w niniejszej sprawie miałoby polegać wg Odwołującego na przedstawieniu nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia p. A. G. Należy przy tym zauważyć, że dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie ma znaczenia, czy kwestionowane działanie wykonawcy (w tym wypadku – podanie nieprawdziwych informacji) dotyczy warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, sposobu wyliczenia ceny, czy jeszcze innych elementów wymaganych w postępowaniu, jak też nie ma znaczenia, czy dotyczy ich kilku czy jednego, a ponadto nie zachodzi w tym wypadku podstawa do wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast drugi z przywołanych przepisów, czyli art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, dotyczy wyłącznie warunków udziału w postępowaniu, a ponadto podstawa odrzucenia oferty zachodzi dopiero po wyczerpaniu procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (z zastrzeżeniem wyjątków w nim wskazanych) i dopiero wtedy gdy złożone, uzupełnione lub poprawione dokumenty zawierają informacje nieadekwatne do opisanego warunku w takim stopniu, że nie można uznać, że wykonawca spełnia ten warunek. W niniejszej sprawie oznacza to, że w hipotetycznym przypadku zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nawet pojedyncza nieprawdziwa informacja zawarta czy to w wykazie P3 czy w P4 mogłaby skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego Arco, bez możliwości zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast w przypadku art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp badaniu podlegają wyłącznie informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu, czyli tylko informacje wskazane w drugim wykazie P3 (bo po przeprowadzeniu procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, która ma w tym wypadku zastosowanie, pierwszy wykaz P3 nie podlega już ocenie) i nawet jeśli część tych informacji (część inwestycji) nie będzie odpowiadać opisowi warunku, ale pozostałe informacje (inwestycje) będą wystarczające do spełnienia tego warunku, oferta nie będzie podlegać odrzuceniu.

Przy czym powyższe uwagi mają na celu jedynie teoretyczne wyjaśnienie różnicy w zastosowaniu art. 226 ust. 1 pkt 7 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, gdyż ponownie należy podkreślić i przypomnieć, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (i zarzutu nr 3) zostało odrzucone. Tym samym rozpoznaniu merytorycznemu w niniejszej sprawie (poza zarzutem nr 4) podlega zarzut nr 2 dotyczący art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, do którego odnoszą się wyżej wskazane zasady, które Izba musi wziąć pod uwagę orzekając w tej sprawie. Uwzględniając zatem ww. zasady dotyczące stosowania art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, a także zasady dotyczące formułowania zarzutów w świetle art. 555 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut nr 2 podlega oddaleniu z kilku przyczyn.

Po pierwsze, jak już wyżej wskazano, zakres zarzutu wyznacza zakres okoliczności faktycznych powołanych dla uzasadnienia tego zarzutu, tymczasem Odwołujący ograniczył się w przypadku zarzutu nr 2 do informacji, że p. A. G. nie posiada wymaganego doświadczenia, więc Przystępujący Arco nie spełnił warunku dysponowania kierownikiem robót sanitarnych. Odwołujący nie podał szczegółowych okoliczności faktycznych uzasadniających tak postawiony zarzut. Nie można przy tym zgodzić się z Odwołującym, że zarzut ten odnosi się do wszystkich inwestycji wymienionych w punktach a) – f) na str. 4 – 6 odwołania, ponieważ przeczy temu treść odwołania znajdująca się nad tymi punktami, gdzie wskazano: „*Zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy Arco System sp. z o.o. winna zostać odrzucona, albowiem Wykonawca ten złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z podaniem nieprawdziwych informacji co do doświadczenia kierownika robót sanitarnych Pani A. G.. Poniżej przedstawiamy katalog nieprawdziwych informacji ujawnionych na dzień złożenia Odwołania w toku prowadzonego postępowania przetargowego*”. Z ww. zdań wynika, że Odwołujący wskazał przedstawione poniżej tych zdań w punktach a) – f) inwestycje w ramach zarzutu nr 1 dotyczącego podania przez Przystępującego Arco nieprawdziwych informacji i złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp), w zakresie którego odwołanie zostało odrzucone. Potwierdzają to także informacje zawarte przy opisie niektórych z tych inwestycji:

- pkt a) - „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, ulica Wrocławska 1-3” – Odwołujący wskazał, że: „*Zdaniem. Odwołującego okoliczność ta powinna Zamawiającego skłonić do odrzucenia oferty wykonawcy Arco na podstawie art. 226 ust 1 pkt 7 Ustawy Pzp*”;
- pkt b) - „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, ulica Wrocławska 1-3” – Odwołujący wskazał, że: „*uznać należy, iż podanie nieprawdziwej informacji miało na celu uzyskanie dodatkowych punktów*”;
- pkt d) – „Adaptacja poddasza i piwnic budynku Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie przy ul. Gołębiej 20” - Odwołujący wskazał, że: „*w nowym wykazie P3 inwestycja ta została usunięta, nie mniej jednak w sposób jednoznaczny świadczy o wprowadzaniu Zamawiającego w błąd poprzez składanie nieprawdziwych informacji*”.

Zatem w świetle ww. fragmentów odwołania należy uznać, że inwestycje wymienione w nim w punktach a) – f) zostały wskazane jako okoliczności faktyczne dla uzasadnienia zarzutu nr 1, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na podanie przez Przystępującego Arco nieprawdziwych informacji i złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, nie zaś dla uzasadnienia zarzutu nr 2, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie przez Przystępującego Arco warunku udziału w postępowaniu. To zaś oznacza, że zarzut nr 2 został sformułowany w istocie w sposób blankietowy, bez przytoczenia na jego uzasadnienie żadnych okoliczności faktycznych, co samo w sobie powoduje, że podlega on oddaleniu. Przy czym, jak wskazano już wyżej, nie można dopiero w toku postępowania odwoławczego rozszerzać zarzutów o nowe okoliczności faktyczne, nie wskazane w odwołaniu, gdyż prowadzi to do podniesienia nowych zarzutów, które zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, nie mogą być przez Izbę rozpoznane.

Po drugie, Odwołujący przywołał w trakcie rozprawy fragment na str. 9 odwołania: „*W świetle powyższego, z uwagi na fakultatywności wykluczenia Wykonawcy, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Wykonawcy albo z powodu popełnienia przez Wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji albo z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp*". W ocenie Odwołującego fragment ten dowodzi, że inwestycje wymienione w punktach a) – f) na str. 4 – 6 odwołania zostały w nim wskazane również jako okoliczności faktyczne dla uzasadnienia zarzutu nr 2. W świetle fragmentów przytoczonych w poprzednim akapicie, zwłaszcza zaś zdania: „*Poniżej przedstawiamy katalog nieprawdziwych informacji ujawnionych na dzień złożenia Odwołania w toku prowadzonego postępowania przetargowego*", po którym to zdaniu wymienione zostały ww. inwestycje, jak też w świetle całej systematyki odwołania, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego i stwierdza, że stanowi ono w istocie próbę obejścia zakazu rozszerzania zarzutów w toku postępowania odwoławczego.

Niemniej jednak, nawet gdyby hipotetycznie stanowisko Odwołującego uznać za właściwe, w ocenie Izby, inwestycje wymienione w puntach a) – f) odwołania i tak nie potwierdzałyby zasadności zarzutu nr 2, czyli zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp dotyczącego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że:

1)pkt a) i b) odwołania - „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, ulica Wrocławska 1-3":
   - inwestycja ta została wymieniona przez Przystępującego Arco w pierwszym wykazie osób P3, który nie podlega ocenie na obecnym etapie postępowania, ponieważ został zastąpiony w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nowym wykazem P3,
   - inwestycja ta została wymieniona także w wykazie P4, który był składany na potrzeby kryterium oceny ofert, nie zaś na potrzeby oceny warunków udziału w postępowaniu,

   co oznacza, że inwestycja ta na obecnym etapie nie ma znaczenia dla oceny spełniania przez Przystępującego Arco warunku udziału w postępowaniu i nie podlega ocenie w świetle art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp;
2)pkt c) odwołania - „Przebudowa istniejących pomieszczeń laboratoryjnych na specjalistyczne laboratorium OMICRON w budynku przy ul. Kopernika 7 w Krakowie": inwestycja ta została wymieniona tylko w wykazie P4, który był składany na potrzeby kryterium oceny ofert, nie zaś na potrzeby oceny warunków udziału w postępowaniu, zatem nie ma ona znaczenia dla oceny spełniania przez Przystępującego Arco warunku udziału w postępowaniu i nie podlega ocenie w świetle art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp;
3)pkt d) odwołania – „Adaptacja poddasza i piwnic budynku Uniwersytetu Jagiellońskiegow Krakowie przy ul. Gołębiej 20": inwestycja ta została wymieniona przez Przystępującego Arco w pierwszym wykazie osób P3, który nie podlega ocenie na obecnym etapie postępowania, ponieważ został zastąpiony w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nowym wykazem P3, zatem inwestycja ta nie ma obecnie znaczenia dla oceny spełniania przez Przystępującego Arco warunku udziału w postępowaniu i nie podlega ocenie w świetle art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp;
4)pkt e) odwołania - „Remont, przebudowa i konserwacja bloku nr A-17 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu Remont bloku A-17". Dowody złożone przez Odwołującego nie potwierdzają, że p. A. G. nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych w ramach ww. inwestycji. Po pierwsze, wpis w dzienniku budowy pod koniec trwania ww. inwestycji w charakterze kierownika robót instalacyjnych świadczy o tym, że pełniła tę funkcję, a jedynie treść dziennika nie wskazuje okresu jej pełnienia, po drugie, w protokole przekazania bloku nr A-17 z dnia 11.09.2019 r. została wymieniona jako kierownik robót sanitarnych, a brak jej podpisu na tym protokole nie przeczy pełnieniu tej funkcji, bo przecież w zakresie generalnego wykonawcy przewidziano tam miejsca na podpis tylko kierownika budowy i kierownika projektu z pominięciem kierowników robót, po trzecie, podpis na liście obecności na spotkaniu w dniu 11.09.2019 r. nie dowodzi, że powinna była się podpisać na ww. protokole, gdyż ponownie należy wskazać, że przewidziano w nim miejsca na podpis tylko kierownika budowy i kierownika projektu, po czwarte, informacja z PINB o braku dokumentacji potwierdzającej pełnienie ww. funkcji przez p. A. G. świadczy jedynie właśnie o braku dokumentacji, nie zaś o braku pełnienia funkcji. Złożone przez Odwołującego dowody nie potwierdzają zatem niespełnienia przez Przystępującego Arco warunku dotyczącego dysponowania kierownikiem robót sanitarnych, także w świetle złożonego przez Przystępującego Arco dowodu w postaci oświadczenia kierownika budowy – p. T. F. o pełnieniu ww. funkcji przez p. A. G.
5)pkt f) odwołania - „Instalacja stałych urządzeń gaśniczych, dla wybranych pomieszczeń w budynkach o nr inw. A-19, A-24 i A25 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau w Oświęcimiu". Odwołujący powołał się jedynie na swoje „bardzo poważne wątpliwości" co do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych przez p. A. G., które uzasadnił zaginięciem w przypadku tej inwestycji dziennika budowy. Sam ten fakt nie może jednak potwierdzać niespełnienia przez Przystępującego Arco warunku dotyczącego dysponowania kierownikiem robót sanitarnych, także w świetle złożonego przez Przystępującego Arco dowodu w postaci oświadczenia p. A. G. z dnia 23.09.2014 r. o przyjęciu obowiązków kierownika robót w specjalności instalacyjnej na tej budowie.

Dodatkowo w zakresie inwestycji z pkt e) i f) odwołania (czyli pkt 5 i 6 powyżej), które jako jedyne zostały wymienione w nowym wykazie osób P3 i podlegają ocenie na obecnym etapie postępowania, należy także zauważyć, że okres pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych w przypadku pierwszej z nich wynosi 17 miesięcy, w przypadku drugiej zaś – 9 miesięcy, co łącznie daje 26 miesięcy. Zamawiający ocenił, że Przystępujący Arco wykazał dla p. A. G. 102 miesiące pełnienia ww. funkcji. Oznacza to, że nawet ewentualne uznanie, że w ramach ww. inwestycji z pkt e) i f) p. A. G. nie pełniła ww. funkcji (choć w ocenie Izby w świetle złożonych dowodów nie można tego stwierdzić) skutkowałoby co najwyżej zmniejszeniem liczby wykazanych miesięcy ze 102 do 76 miesięcy (102-26 = 76). Tym samym nawet w takiej hipotetycznej sytuacji warunek dysponowania kierownikiem robót sanitarnych posiadającym co najmniej pięcioletnie doświadczenie (60 miesięcy) zostałby spełniony, zatem nie zachodziłaby przesłanka odrzucenia oferty Przystępującego Arco na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Przy czym Izba raz jeszcze podkreśla, że jest to argument jedynie dodatkowy, gdyż złożone dowody nie pozwalają na ustalenie, że p. A. G. nie pełniła ww. funkcji na inwestycjach z pkt e) i f) odwołania, a ponadto zdaniem Izby, wszystkie inwestycje z pkt a) – f) odwołania w ogóle nie zostały wskazane w tym odwołaniu na potwierdzenie zarzutu nr 2 dotyczącego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, co jak już wyżej wskazano – powoduje, że zarzut ten w istocie został postawiony blankietowo, bez wskazania uzasadniających go okoliczności faktycznych i już tylko z tego powodu też podlega oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyznanie Przystępującemu Arco punktów w kryterium oceny ofert nr 2 za trzy inwestycje

wskazane w ramach doświadczenia p. A. G., które w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Przystępującego Arco przeniesione z wykazu P4 (kryteria) do nowego wykazu P3 (warunki), w pierwszej kolejności należy dostrzec, że analogiczna sytuacja była już przedmiotem oceny Izby w wyroku KIO 2658/23 zapadłego w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tamtej sprawie Izba rozpoznała bowiem zarzut dotyczący doświadczenia kierownika budowy p. T. F., w przypadku którego Przystępujący Arco na skutek wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp również przeniósł inwestycje wskazane jako doświadczenie ww. osoby z wykazu P4 do nowego wykazu P3. Izba powołała się w wyroku w sprawie KIO 2658/23 na postanowienie SWZ, zgodnie z którym: *„w przypadku konieczności dokonania uzupełnienia przez Wykonawcę Wykazu osób (Załącznik nr P3), złożonego w celu spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V pkt 3.2. SWZ, prowadzącego do zmiany osoby, której doświadczenie podlegać miałoby punktacji w ramach Kryterium nr 2, Zamawiający nie przyzna punktów w ramach Kryterium nr 2 dla innej osoby niż pierwotnie wskazanej w Wykazie osób (Załącznik nr P3) oraz Wykazie dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr P4)”.* W świetle tego postanowienia SWZ Izba stwierdziła, że zakaz przenoszenia inwestycji stanowiących doświadczenie danej osoby z wykazu P4 do wykazu P3 i punktowania doświadczenia w kryterium nr 2 dotyczy tylko sytuacji, w której wykonawca zmieniłby tę osobę. W konsekwencji Izba w wyroku KIO 2658/23 wskazała: „*Jak już powyżej Izba stwierdziła, podziela argumentację i stanowisko zamawiającego, co do posiadania wymaganego doświadczenia kierownika budowy T. F(…), przez uzupełnienie wykazu na wezwanie zamawiającego. Izba stwierdza uprawnienie Arco System Sp. z o.o. (przystępujący po stronie zamawiającego) do użycia w uzupełnionym wykazie doświadczenia, pierwotnie wskazanego do dodatkowego doświadczenia (kryterium oceny ofert), ponieważ nie zaliczono przesuniętych doświadczeń z wykazu P4 do wykazu P3, przy naliczeniu punktów za dodatkowe doświadczenie. Izba również stwierdza, że z postanowień SWZ wynika, że punkty za dodatkowe doświadczenie nie mogłyby być naliczone, gdy wskutek zmian wykazu, osoba posiadająca wymagane doświadczenie byłaby inna, niż osoba posiadająca dodatkowe doświadczenie (…)*”.

Skoro zatem dopuszczalne było przeniesienie inwestycji stanowiących doświadczenie pana T. F. z wykazu P4 do wykazu P3, to nie można obecnie uznać, że nie byłoby to dopuszczalne w przypadku doświadczenia p. A. G. Należy przy tym podkreślić, że po pierwsze, ww. stwierdzenie Izby zapadło w wyroku dotyczącym tego samego postępowania o udzielenie zamówienia przy tych samych postanowieniach SWZ i w analogicznym stanie faktycznym. Po drugie zaś, jedyną drogą weryfikacji prawidłowości orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej jest wniesienie skargi na to orzeczenie do Sądu Okręgowego w Warszawie. Tymczasem wyrok w sprawie KIO 2658/23 nie został zaskarżony do Sądu, co prowadzi do wniosku, że Strony i Uczestnicy, w tym Odwołujący i Przystępujący Quadrum, zgodzili sięz jego treścią. Powyższe oznacza, że ww. stwierdzenie Izby co do dopuszczalności przenoszenia doświadczenia z wykazu P4 do wykazu P3 ma w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia charakter przesądzający.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę na kolejne postanowienia SWZ dotyczące kryteriów oceny ofert:

- *„Przez kierownika robót sanitarnych o podwyższonym doświadczeniu zawodowym Zamawiający rozumie osobę, która przy spełnianiu minimalnych wymogów Zamawiającego w zakresie doświadczenia, wykonała większą, ponad wymagane przez Zamawiającego minimum, ilość usług, o którym mowa w Dziale V pkt. 3.2.3. W ramach tego podkryterium Zamawiający przyzna po 2 punkty za pełnienie - ponad wymagane minimum - funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie, o którym mowa w Dziale V pkt. 3.2.3 nie więcej jednak niż 6 punktów”.*
- *„Punkty w kryterium „dodatkowe doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” będą przyznawane za dodatkowe, tj. wykraczające ponad określone w warunkach udziału w postępowaniu (Dział V pkt 3.2. SWZ) wymogi dotyczące doświadczenia wyżej wymienionych osób. Punkty zostaną przyznane za wskazane przez Wykonawcę dodatkowe okresy doświadczenia ww. osób lub za wskazanie dodatkowo wykonanych przez te osoby robót/prac. Zamawiający przyzna punkty w kryteriach, o których mowa w pkt 4.2.1-4.2.7 powyżej na podstawie informacji wykazanych w Wykazie dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr P4), który należy złożyć wraz z ofertą, w ten sam sposób i w takiej samej formie. Zamawiający przyzna punkty w kryteriach, o których mowa w pkt 4.2.1-4.2.7 powyżej na podstawie informacji wykazanych w Wykazie dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr P4), który należy złożyć wraz z ofertą, w ten sam sposób i w takiej samej formie”.*

Z ww. postanowień SWZ wynika, żepunkty w kryterium nr 2 miały być przyznawane na podstawie wykazu P4 za „dodatkowe, tj. wykraczające ponad określone w warunkach wymogi”, za pełnienie funkcji „ponad wymagane minimum”. Oznacza to, że aby za daną inwestycję wykonawca otrzymał punkty w kryterium nr 2 musiały być spełnione dwa warunki: inwestycja musiała być wpisana do wykazu P4 i jednocześnie w świetle inwestycji wpisanych do wykazu P3 musiała stanowić nadmiarowe doświadczenie danej osoby, wykraczające poza to, co było wykonawcy potrzebne do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Kwestionowane przez Odwołującego inwestycje:

a) „Remont i przebudowa budynku Spichlerza przy Placu Sikorskiego 6 w Krakowie oddział Muzeum Narodowego w Krakowie”,
b) „Rozbudowa instalacji klimatyzacji w budynku nadszybia szybu REGIS w Kopalni Soli „Wieliczka” na potrzeby przewietrzenia wyrobisk”,
c) „Przebudowa i remont konserwatorski dawnego Arsenału Miejskiego wraz z basztami Stolarską i Ciesielską, zmiana geometrii dachu, adaptacją poddasza na cele użytkowe, przebudową zewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej”,

były od początku wpisane do wykazu P4 i jednocześnie po wezwaniu Przystępującego Arco w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, znalazły się w nowym wykazie P3 (poz. 2, 5 i 9). Samo przeniesie ich z wykazu P4 do wykazu P3, jak już wyżej wskazano, było dopuszczalne w świetle ostatecznego w tej sprawie wyroku KIO 2658/23. Ponadto ww. inwestycje stanowiły w nowym wykazie P3 nadmiarowe doświadczenie, wykraczające poza to, co było niezbędne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia kierownika robót sanitarnych. Świadczy o tym choćby treść informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 31.10.2023 r., w której Zamawiający przedstawił sposób wyliczenia czasookresów doświadczenia p. A. G. na potrzeby spełnienia warunku w zakresie kierownika robót sanitarnych, w tym w tabeli nr 2 wyraźnie zaznaczył, że ww. inwestycje (poz. 2, 5 i 9 nowego wykazu P3) nie zostały wliczone do tego doświadczenia. Zgodnie bowiem z ww. postanowieniami SWZ, jako nadmiarowe,a jednocześnie wpisane do wykazu P4, nie zostały uwzględnione do warunku udziału w postępowaniu, za to zostały uwzględnione do kryterium oceny ofert nr 2 i dlatego przyznano za nie punkty.

Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że „nie wiadomo jakimi kryteriami kierował się Zamawiający wybierając inwestycje do oceny warunku i do przyznania punktów w kryterium nr 2”. W świetle bowiem treści ww.

postanowień SWZ i informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 31.10.2023 r. wiadomo, że Zamawiający zastosował procedurę opisaną powyżej i zdaniem Izby zastosował ją prawidłowo.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty zasądzone na rzecz Zamawiającego składały się: wynagrodzenie pełnomocnika (3.600,00 zł), dojazd pełnomocników: 303,60 zł (faktura), 338,00 zł (bilet PKP), 11,40 zł (bilet PKP).

Niezależnie od powyższego Izba nakazała zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 5.000,00 zł. Odwołujący bowiem uiścił wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł, mimo że zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia na dostawy (tak zostało zakwalifikowane przedmiotowe zamówienie przez Zamawiającego) wpis wynosi 15.000,00 zł.

Przewodnicząca: ...……..