

**WYROK**

**z dnia 10 listopada 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**

**Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 8 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 19 października 2023 r. przez wykonawcę G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Śląsk G. G. z siedzibą w Rudzie Śląskiej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau z siedzibą w Oświęcimiu

przy udziale wykonawcy A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zespół Rzeczoznawców i Ekspertów BUDOX A. K. z siedzibą w Bytomiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zespół Rzeczoznawców i Ekspertów BUDOX A. K. z siedzibą w Bytomiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża przystępującego i 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądza od przystępującego wykonawcy A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zespół Rzeczoznawców i Ekspertów BUDOX A. K. z siedzibą w Bytomiu na rzecz odwołującego G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Śląsk G. G. z siedzibą w Rudzie Śląskiej kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).

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) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt KIO 3102/23

**Uzasadnienie**

Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau z siedzibą w Oświęcimiu, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest Pełnienie wielobranżowego nadzoru inwestorskiego oraz nadzoru konserwatorskiego nad realizacją Zadania 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-Birkenau w Oświęcimiu na potrzeby Nowej Wystawy Głównej”, numer sprawy: 14/2023/S 097-304832/NWG.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 22 maja 2023 r. pod numerem 2023/S 097-304832.

W dniu 19 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Śląsk G. G. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zespół Rzeczoznawców i Ekspertów BUDOX A. K. z siedzibą w Bytomiu, dalej jako: „Przystępujący”.

Kwestionując ww. czynności i zaniechania Zamawiającego, Odwołujący zarzucił mu:

1. naruszenie art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy PZP w związku z 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDOX., pomimo, iż Wykonawca złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie poświadczyl nieprawdę w odniesieniu do pełnienia funkcji inspektora nadzoru na inwestycji Krzysztofory od Nowa Muzeum Kompletnie, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes innych przedsiębiorców;
2. naruszenie art. 128 ust. 4 i 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie wyjaśnienia sprzeczności w ofercie BUDOX i Zakład Budowlany A. K., gdzie dwóch wykonawców potwierdziło, iż na tej samej inwestycji pełniło funkcję inspektora nadzoru, jeden na potwierdzenie warunków udziału, drugi w zakresie kryteriów oceny ofert;
3. naruszenie art. 252 ustawy PZP poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty BUDOX, mimo, że oferta ta winna być odrzucona, a nie wybrana jako najkorzystniejsza.

*Zarzut ewentualny:*

1. z ostrożności procesowej Odwołujący stawia zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 128 ust.1 i 4 ustawy PZP poprzez zaniechania wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia doświadczenia dla Pana A. K. w przedmiocie pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru na inwestycji Krzysztofory od Nowa Muzeum Kompletnie, a także w przedmiocie informacji dotyczącej nadzoru nad dostawą i montażem na inwestycji Krzysztofory od Nowa Muzeum Kompletnie, przy czym wyjaśnienie powinno dotyczyć okoliczności, czy Konsorcjum BUDOX K. w ogóle pełniło funkcję Inspektora Nadzoru, jeśli tak to który z członków Konsorcjum wpisywał się do Dziennika Budowy jako Inspektor Nadzoru oraz czy w ogóle pełniono jakikolwiek nadzór na przedmiotowej inwestycji w zakresie nadzoru nad dostawą i montażem.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty – BUDOX;
- 2) odrzucenia oferty BUDOX;
- 3) ponowny wybór ofert bez oferty BUDOX;
- 4) wyjaśnienie sprzeczności w ofercie BUDOX i Zakład Budowlany A. K. poprzez zwrócenie się o informacje do Gminy Andrychów, w szczególności poprzez przedstawienie Dziennika Budowy, z którego będzie wynikało kto dokonywał wpisów jako Inspektor Nadzoru.(przy czym jeśli Izba uzna naruszenie z art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zarzut ten będzie zarzutem wtórnym w stosunku do zarzutu pierwotnego, zatem bez znaczenia);
- 5) Żądanie co zarzutu ewentualnego - wezwanie do wyjaśnień i uzupełnień w zakresie pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru na inwestycji Krzysztofory od Nowa Muzeum Kompletnie, w zakresie spójnym z naruszeniem, a zatem kto pełnił funkcję inspektora nadzoru z członków konsorcjum, kto się wpisywał do Dziennika Budowy, czy w ogóle był nadzór inwestorski nad dostawą i montażem.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że w pkt 3.1.2 SWZ Zamawiający wskazał, iż wymaga dysponowania osobą, która będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego. W odniesieniu do tej osoby Zamawiający postawił następujące wymagania wskazane w punkcie 3.1.2.1. od a) do e).

Na stanowisko inspektora nadzoru inwestorskiego wykonawca BUDOX wskazał Pana A. K. Dla tej osoby wykazano między innymi na potwierdzenie spełnienia wymagań w ppkt 3.1.2.1.e. inwestycję Krzysztofory od Nowa Muzeum Kompletnie, zrealizowaną na rzecz Muzeum Historycznego Miasta Krakowa.

Zdaniem Odwołującego oświadczenie BUDOX o tym, że Pan A. K. na inwestycji Krzysztofory pełnił funkcje inspektora nadzoru, nie jest prawdą. Odwołujący powołał się przy tym na dowody w postaci protokołu odbioru końcowego, z którego miałyby wynikać, że funkcję inspektora nadzoru sprawował Z. B., który był także koordynatorem inspektorów oraz na fragment Zeszytów Naukowych Muzeum Historycznego Miasta Krakowa nr 37.

Z powyższych dowodów, zdaniem Odwołującego, wynika że BUDOX Pan A. K. oraz Zakład Budowlany A. K. zostali wybrani w postępowaniu na inwestora zastępczego. Z kolei funkcję inspektora nadzoru pełnił Z. B.

Odwołujący podkreślił także, że zamawiający – Muzeum Historyczne Miasta Krakowa przeprowadził dwa odrębne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz postawił różne warunki udziału w postępowaniu dla inwestora

zastępczego oraz inspektora nadzoru.

Wobec powyższego BUDOX nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wskazanych przez Zamawiającego w pkt 3.1.2.1.e. swz. Pan A. K. na wykazywanej inwestycji nie pełnił funkcji inspektora nadzoru.

Z tych samych powodów BUDOX nie spełnia także wymagań zamawiającego wskazanych w pkt 3.1.1.3 i 3.1.1.4.W załączniku nr P5 – wykaz wykonanych usług wykonawca BUDOX wskazał w punktach 3,4,5, iż realizował usługę inspektora nadzoru inwestorskiego podczas realizacji inwestycji Krzysztofory na rzecz Muzeum Historycznego Miasta Krakowa, a zatem tą samą inwestycję, co do której Odwołujący wskazywał powyżej, że BUDOX na tej inwestycji pełnił funkcję Inwestora Zastępczego. Usługę inspektora nadzoru inwestorskiego na przedmiotowej inwestycji pełnił bowiem wykonawca Z. B.

Wprawdzie Zamawiający wskazał, w punkcie 3.1.1.5, iż uzna warunek za spełniony, gdy wykonawca zamiast funkcji inspektora nadzoru wykaże się doświadczeniem inżyniera kontraktu lub inwestora zastępczego, o ile jednak umowa obejmuje pełnienie nadzoru inwestorskiego. Jednakże w powyżej wskazanym postępowaniu nastąpiło wyraźne rozdzielenie tych funkcji, stąd zastosowanie wyłączenia z punktu 3.1.1.5 nie jest możliwe.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający powinien zwrócić uwagę na wskazane powyżej okoliczności, gdyż z referencji z Muzeum Krakowa z dnia 27.10.2022 roku wynika, iż cyt.: „Pan A. K. reprezentujący Zespół Rzeczoznawców i Ekspertów „BUDOX” z Bytomia pełnił funkcję Inwestora Zastępczego.”. Wprawdzie w treści referencji jest mowa także i o sprawowaniu nadzoru inwestorskiego, co powinno skłonić Zamawiającego do refleksji i wyjaśnienia, czy mamy do czynienia z usługą inwestora zastępczego, czy jednak inspektora nadzoru. I to tym bardziej wobec treści własnej SWZ zamawiającego, w szczególności punktu 3.1.1.5., gdzie Zamawiający wyraźnie wskazał, że dopuszcza funkcję inżyniera kontraktu czy też inwestora zastępczego, o ile umowa na pełnienie tych funkcji obejmowała pełnienie nadzoru inwestorskiego w zakresie opisanym w przedmiotowym warunku dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący zwrócił również uwagę na prowadzoną przez Zamawiającego procedurę wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego (wezwanie z dnia 21 września 2023 r.), a dotyczącą tego czy w zakresie inwestycji referencyjnej wchodziła także dostawa i montaż wystawy. Jak wskazał Odwołujący, uwzględniając treść udzielonych wyjaśnień, Zamawiający zadowolili się co najmniej lakonicznymi wyjaśnieniami, jednakże ani z tych wyjaśnień, ani z podanej przez BUDOX strony w ogóle nie wynika, że nadzór inwestorski nad dostawą i montażem budowy pełniła firma BUDOX.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego należy wskazać, że wykonawca BUDOX kilkakrotnie poświadczyl celowo nieprawdę w zakresie swojego doświadczenia. Takie zachowanie jako naruszające zasady współzycia społecznego nie powinno korzystać z ochrony, a oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dalej Odwołujący wskazał, że w pkt 3.1.2.1 SWZ od a) do f) Zamawiający wskazał wymagania, co do osoby, która będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego. Zakład Budowlany A. K. wskazał na tą funkcję Pana A. K., na potwierdzenie jego doświadczenia wykazał między innymi co do punktu 3.1.2.1. c Budowę krytego basenu w Andrychowie. Co ciekawe, w odniesieniu do tej inwestycji i tego samego doświadczenia oświadczenie o identycznej treści złożył Pan A. K. W załączniku P1 do SWZ wykaz dodatkowego doświadczenia kluczowego personelu wskazał bowiem, iż na budowie krytego basenu w Andrychowie pełnił funkcję inspektora nadzoru, za co Zamawiający przyznał mu dodatkowe punkty.

Zamawiający przyznał zatem 4 punkty wykonawcy BUDOX zupełnie bezrefleksyjnie, nie sprawdzając nawet, kto tak naprawdę pełnił funkcję Inspektora Nadzoru na przedmiotowej inwestycji. Jeden z wykonawców wykazał tą inwestycję na doświadczenie kluczowego personelu w ramach spełnienia warunku, drugi zaś w ramach kryterium oceny ofert.

Zamawiający powinien co najmniej wyjaśnić przedmiotową sytuację, gdyż na budowie nie może być dwóch inspektorów nadzoru. Funkcję inspektora nadzoru pełni ta osoba, która wpisuje się do Dziennika Budowy.

Zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy PZP jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Odwołujący na posiedzeniu przedłożył również dodatkowe stanowisko procesowe opatrzone datą 7 listopada 2023 r., w którym przedstawił dalszą argumentację.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 2 listopada 2023 r. Zamawiający oświadczył, że: „uwzględnia w całości odwołanie oznaczone datą 18.10.2023 r. (dostarczone Zamawiającemu 19.10.2023 r.), złożone przez Odwołującego - Inżynieria Śląsk G. G.”.

#### Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Ponadto pismem z dnia 30 października 2023 r. Przystępujący przedstawił obszerną argumentację dla obrony swojego stanowiska. Przystępujący wskazywał m. in., że potwierdza, iż Przystępujący pełnił na referencyjnej inwestycji rolę Inwestora Zastępczego, lecz przez wzgląd na wysoki stopień skomplikowania zakresu rzeczowego, w tym skalę odpowiedzialności, Inwestor zdecydował o dwuetapowym nadzorze inwestorskim. Pierwszy szczebel nadzoru nad inwestycją realizowany był przez Z. B., będącego jednocześnie koordynatorem i członkiem 3-osobowej grupy inspektorów nadzoru inwestorskiego. Drugi szczebel nadzoru będący nadzorem zupełnym i głównym, w tym w szczególności nadzorem nad szczeblem pierwszym oraz wszystkimi branżami technicznymi na tej budowie był realizowany przez Konsorcjum firm Zakład Budowlany A. K. oraz Przystępującego. A. K. piastował funkcję koordynatora zespołu Inwestora Zastępczego, a tym samym koordynatora i nadzorcy całej budowy.

Przystępujący dodał, że celem umowy na pełnienie obowiązków Inwestora Zastępczego było ustanowienie dwuetapowego nadzoru inwestorskiego. Wynika to wprost z jej treści oraz potwierdzonych czynności faktycznych w toku realizacji tego procesu budowlanego. Inspektor nadzoru inwestorskiego, jako przedstawiciel inwestora jest w każdej mierze inwestorowi podporządkowany. W niniejszym przypadku, opisany wyżej schemat miał za zadanie sprawować stałą, fachową i merytoryczną kontrolę inwestora nad jego przedstawicielem, tj. dwuetapowy nadzór inwestorski.

Dalej Przystępujący wskazał, że miał wobec generalnego wykonawcy m. in. następujące uprawnienia:

- koordynował roboty budowlane, ich postęp, zakres rzeczowy, roboty dodatkowe, zamienne;
- organizował narady techniczne oraz im przewodniczył;
- koordynował kwestie związane z robotami w toku narad;
- weryfikował i korygował lub zatwierdzał harmonogramy rzeczowe robót;
- sygnalizował ewentualne nieprawidłowości wykonawcze oraz decydował ostatecznie o sposobie ich usuwania w kontekście postępu robót

itd.

Jak kontynuował Przystępujący, A. K. faktycznie nadzorował i koordynował proces inwestycyjny we wszystkich branżach budowlanych i konserwatorskich na zabytkowym obiekcie muzealnym wpisanym do Rejestru Zabytków. Sam Inwestor robót referencyjnych wskazał na nadzór inwestorski A. K. oraz kompleksową koordynację całego procesu inwestycyjnego. Powyższe zostało aż trzykrotnie potwierdzone w pisemnych referencjach, odpowiednio z 15 lipca 2019 r., 9 października 2020 r. oraz 27 października 2022 r.

Przystępujący zauważył, że z punktu formalnego najwyższy nadzór nad realizowaną inwestycją zawsze sprawuje inwestor. To on jest jej gospodarzem i głównym nadzorcą, podczas gdy inspektor nadzoru inwestorskiego jest jedynie reprezentantem interesów inwestora na budowie – jego wykwalifikowanym przedstawicielem. Na gruncie obowiązujących przepisów prawa budowlanego dozwolone jest ustanowienie inspektorem nadzoru inwestorskiego samego inwestora, o ile posiada on właściwe przygotowanie zawodowe i legitymuje się odpowiednimi uprawnieniami zawodowymi. Obowiązki inwestora zastępczego są dokładnie te same, które są pierwotnie przypisane inwestorowi, lecz scedowane na zastępcę. Tym samym, wyższy poziom nadzoru nad sporną inwestycją pełnił IZ aniżeli Inspektor Nadzoru Inwestorskiego.

Przystępujący odniósł się także do zarzutu braku świadczenia nadzoru inwestorskiego nad dostawą i montażem wskazując, iż wątpliwości w tym zakresie zostały rozwiane w procedurze udzielania wyjaśnień. Oczywistym jest, iż skoro wskazano w treści referencji pełny nadzór nad wszystkimi pracami w toku całej inwestycji, był to nadzór zupełny i kompletny.

Z kolei odnosząc się do zarzutu braku dodatkowego doświadczenia kluczowego personelu ustalonego na podstawie budowy krytego basenu w Andrychowie Przystępujący wskazał, iż nie ma ani prawnych, ani faktycznych przeszkód, by na budowie było kilku inspektorów nadzoru inwestorskiego np. o różnych specjalnościach. Powołany przez Odwołującego art. 128 ust. 4-5 wyraźnie naprowadza na uprawnienie weryfikacyjne Zamawiającego, a nie obowiązek.

Tym samym skoro Zamawiający nie powziął wątpliwości, nie sposób kierować pod adresem Zamawiającego zarzutu, że nie uczynił czegoś, do czego nie był zobowiązany.

Powyższe okoliczności, zdaniem Przystępującego, powinny skutkować oddaleniem odwołania.

Przystępujący składał również dodatkowe pisma procesowe, stanowiące wnioski dowodowe, tj. pismo z dnia 7 listopada 2023 r.

**Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zespół Rzeczoznawców i Ekspertów BUDOX A. K. z siedzibą w Bytomiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wszystkie wymogi związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo, w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały przez Odwołującego, jaki i Przystępującego liczne dowody.

W przypadku Przystępującego dowody składane były wraz z:

- pismem z dnia 30 października 2023 r. (załączniki od 3 do 25). Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego dowody złożone wraz z ww. pismem. Z kolei w odniesieniu do wniosków dowodowych o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków Izba uznała, że dowody te zostały powołane na okoliczności identyczne, jak pozostała część materiału dowodowego, co więcej Przystępujący złożył oświadczenie jednej z osób, która miała występować w roli świadka. Z tego względu, zdaniem Izby, przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków prowadziłoby jedynie do zwłoki, a tym samym zasadnym było pominięcie ww. wniosków dowodowych w oparciu o art. 541 ustawy PZP.

- pismem z dnia 7 listopada 2023 r., w którym Przystępujący wniósł o zwrócenie się do Muzeum Historycznego Miasta Krakowa o udzielenie informacji celem wyjaśnienia stwierdzonej sprzeczności (rozbieżności) mającej istotne znaczenie prawne, szczegółowo opisanej w piśmie, tj. na czym konkretnie polegał oraz jaki był zakres nadzoru inwestorskiego pełnionego przez A. K. w toku zamówienia „Krzysztofory od nowa – Muzeum Kompletne; Modernizacja i remont konserwatorski Pałacu Krzysztofory wraz z przystosowaniem jego funkcji do realizacji zadań nowoczesnego, wielofunkcyjnego obiektu muzealnego” oraz czy roboty wykończeniowo – adaptacyjne były wykonywane równolegle z dostawą i montażem w ramach pełnienia obowiązków inwestora Zastępczego, a w związku z tym czy roboty związane z dostawą i montażem były przez Inwestora Zastępczego nadzorowane. Zdaniem Izby przychylenie się do tego wniosku byłoby wyłączeniem Przystępującego w inicjatywie dowodowej. Postępowanie przed Izbą ma charakter kontradictoryjny (art. 534 ust. 1 ustawy PZP), a Przystępujący mógł samodzielnie zwrócić się do ww. podmiotu o udzielenie stosownej informacji, np. w trybie dostępu do informacji publicznej – jak np. zrobił to Odwołujący – uzyskując stosowną odpowiedź. Wobec powyższego zasadnym było pominięcie tego wniosku dowodowego w oparciu o art. 541 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP.

Dodatkowo Przystępujący przedłożył dowody w trakcie posiedzenia i rozprawy – szczegółowo wskazane w protokole z posiedzenia i rozprawy. Izba postanowiła pominąć dowody w postaci:

1. Świadczenia ukończenia studiów podyplomowych;
2. Wzorów stempli, którymi Przystępujący się posługuje, świadczące o jego uprawnieniach zawodowych.

Wskazać należy, że Odwołujący nie kwestionował uprawnień czy wykształcenia Przystępującego, a zdobyte przez niego doświadczenie na jednej z realizowanych inwestycji. Dowody te nie mają więc żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Pozostałe dowody przedłożone przez Przystępującego wraz z pismami procesowymi oraz te wymienione w protokole posiedzenia i rozprawy zostały włączone w poczet materiału dowodowego, chyba że co innego wynika wprost z treści uzasadnienia niniejszego wyroku.

Odwołujący składał dowody wraz z:

- odwołaniem (protokół odbioru końcowego z dnia 31.05.2021 r. oraz „Krzysztofory Zeszyty Naukowe Muzeum Historycznego Miasta Krakowa”);

- wiadomością e-mail z dnia 6 i 8 listopada 2023 r.

Izba postanowiła włączyć ww. dowody w poczet materiału dowodowego wraz z dowodami wymienionymi w protokole posiedzenia i rozprawy.

Izba nie wzięła pod uwagę dodatkowych dowodów, złożonych przez Odwołującego jako „załącznik do protokołu” w dniu 10 listopada 2023 r., tj. po zamknięciu rozprawy.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Pełnienie wielobranżowego nadzoru inwestorskiego oraz nadzoru konserwatorskiego nad realizacją Zadania 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-Birkenau w Oświęcimiu na potrzeby Nowej Wystawy Głównej”, numer sprawy: 14/2023/S 097-304832/NWG.

Zamawiający w Dziale V SWZ określił warunki udziału w postępowaniu.

W punkcie 3.1.2. Zamawiający wymagał by wykonawcy dysponowali co najmniej osobami (kluczowy personel):

3.1.2.1 Jedną (1) osobą, która będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, w charakterze koordynatora, spełniająca łącznie następujące minimalne wymagania: a)-f).

„e. posiada co najmniej dwu (2) letnie doświadczenie (liczone jako suma przepracowanych miesięcy wskazanych w wykazie osób – załącznik nr P6 do SWZ) w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru nad robotami budowlanymi prowadzonymi na terenie lub przy obiekcie wpisanym do rejestru zabytków lub rejestru o podobnym charakterze prowadzonego przez organy ustanowione w tym celu w innych państwach, lub inwentarza muzeum będącego Instytucją Kultury”.

Przystępujący wraz z ofertą przedłożył wykaz osób kluczowego personelu (załącznik P6 do SWZ), w którym na funkcję Inspektora Nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wskazał A. K., a na potwierdzenie wymagań z punktu 3.1.2.1 e. powołał się na inwestycję „Krzysztofory od Nowa - Muzeum Kompletnie; Modernizacja i remont konserwatorski Pałacu Krzysztofory wraz z przystosowaniem jego funkcji do realizacji zadań nowoczesnego, wielofunkcyjnego obiektu muzealnego” realizowaną na rzecz Muzeum Historycznego Miasta Krakowa od 11.05.2018 r. do 30.10.2020 r.

Na tożsamą inwestycję Przystępujący powołał się celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Dziale V punkt 3.1.1.2., 3.1.1.3. oraz 3.1.1.4. SWZ (w załączniku nr P5 do SWZ – wykaz usług).

W dniu 21.09.2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wykazu wykonanych usług, a mianowicie w zakresie realizacji Krzysztofory od Nowa – Muzeum Kompletnie. Według Zamawiającego nazwa realizacji nie wskazywała dostawy i montażu (warunek z Działu V pkt 3.1.1.4 SWZ). Przystępujący w dniu 25 września 2023 r. przedłożył stosowne wyjaśnienia.

Ponadto Izba ustaliła, że zostały przeprowadzone następujące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) Postępowanie na pełnienie funkcji inspektorów nadzoru inwestorskiego w związku z realizacją inwestycji pn. „Krzysztofory od nowa – Muzeum Kompletnie: modernizacja i remont konserwatorski Pałacu Krzysztofory wraz z przystosowaniem jego funkcji do realizacji zadań nowoczesnego, wielofunkcyjnego obiektu muzealnego” w ramach działania 8.1 oś priorytetowa VIII Ochrona dziedzictwa kulturowego i rozwój zasobów kultury Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, numer postępowania: ZP-271-1/18.

W wyniku przeprowadzenia ww. postępowania została zawarta umowa z dnia 28 marca 2018 r. pomiędzy Muzeum Historycznym Miasta Krakowa, a Z.em B. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą „Z. B. Biuro Inwestora-Budowy”.

- 2) Postępowanie na pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego w związku z realizacją inwestycji pn. „Krzysztofory od nowa – Muzeum Kompletnie: modernizacja i remont konserwatorski Pałacu Krzysztofory wraz z przystosowaniem jego funkcji do realizacji zadań nowoczesnego, wielofunkcyjnego obiektu muzealnego” w ramach działania 8.1 oś priorytetowa VIII Ochrona dziedzictwa kulturowego i rozwój zasobów kultury Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, numer postępowania: ZP-271-2/18.

W wyniku przeprowadzenia ww. postępowania została zawarta umowa z dnia 11 maja 2018 r. pomiędzy Muzeum Historycznym Miasta Krakowa, a Konsorcjum w składzie: Zakład Budowlany A. K. (Lider) i Zespół Rzeczoznawców i Ekspertów BUDOX A. K. (Partner).

W dniu 9 października 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego, uzyskując 96,44 pkt. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego z punktacją na poziomie 86 pkt. Dwie pozostałe oferty zostały odrzucone.

#### **Uzasadnienie prawne:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 – dalej: „ustawa uznk”). Wskazana ustawa w art. 3 ust. 1 definiuje czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji zostały wskazane w art. 3 ust. 2 ww. ustawy, a także opisane w przepisach od art. 5 do art. 17g. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 października 2002 r. III CKN 271/01 uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym, przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego, ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim nie ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy.

W niniejszej sprawie Odwołujący zachowanie Przystępującego kwalifikował jako naruszenie generalnej klauzuli wyrażonej w art. 3 ust. 1 ustawy uznk. Izba zgodziła się z tak postawioną tezą.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż w pełni podziela pogląd zaprezentowany w wyroku KIO z dnia 21 stycznia 2022 r., KIO 5/22, w którym wskazano, że brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu. Szczególne znaczenie w tym kontekście należy przypisać oświadczeniom, na podstawie których oceniana jest podmiotowa sytuacja wykonawcy oraz przedmiotowa zgodność jego oferty z określonymi przez zamawiającego wymaganiami, cechami lub kryteriami. Od tych oświadczeń bowiem w głównej mierze zależy wynik postępowania.

Sam brak ustanowienia w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd nie uniemożliwia odrzucenia oferty w sytuacji, gdy zachowanie danego wykonawcy spełnia przesłanki do uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia.

Izba zgadza się z Odwołującym, że oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który celowo oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Co więcej – narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes Zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy uznk.

Dalej Izba pragnie wskazać, że materiał dowodowy zebrany w sprawie wskazuje wprost, że zarówno pod względem formalnym, jak i faktycznym, A. K. nie pełnił na inwestycji pn. „Krzysztofory od Nowa – Muzeum Kompletnie: Modernizacja i remont konserwatorski Pałacu Krzysztofory wraz z przystosowaniem jego funkcji do realizacji zadań nowoczesnego, wielofunkcyjnego obiektu muzealnego” zrealizowanej na rzecz Muzeum Historycznego Miasta Krakowa, funkcji Inspektora Nadzoru, a tym samym przedstawił Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania i świadczy o popełnieniu przez ww. wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji.

Świadczą o tym następujące argumenty:

Zamawiający – Muzeum Historyczne Miasta Krakowa, realizując ww. inwestycję, przeprowadził odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi inwestora zastępczego (umowa z dnia 11 maja 2018 r., znak postępowania: ZP-271-2/18 – dalej „umowa IZ”) i odrębne postępowanie na pełnienie obowiązków inspektorów nadzoru inwestorskiego (umowa z dnia 28 marca 2018 r., znak postępowania: ZP-271-1/18 – dalej: „umowa IN”). Stroną umowy na pełnienie obowiązków inwestora zastępczego był A. K., jako członek konsorcjum. Z kolei stroną umowy dotyczącej pełnienia nadzoru inwestorskiego był Z. B.. A. K. nie został wskazany jako członek zespołu skierowanego do realizacji

zamówienia w umowie na IN (§ 5 umowy IN). Przystępujący nie wykazał przy tym by miały miejsce w tym zakresie jakiegokolwiek zmiany osobowe, na dokonanie których wymagana była pisemna zgoda zamawiającego (§ 5 ust. 4 umowy IN).

O tym, że Przystępujący nie pełnił na wskazanej inwestycji funkcji IN, świadczą również zapisy poszczególnych umów, które wyraźnie rozdzielają obie funkcje i regulują wzajemne relacje pomiędzy IN, a IZ. W postanowieniach umowy IN zobowiązano inspektorów nadzoru do współpracy z wykonawcą pełniącym funkcję IZ (załącznik nr 1 do ww. umowy pkt IV ZAKRES OBOWIĄZKÓW INSPEKTORÓW NADZORU lit. d). Z kolei w umowie IZ wyraźnie wskazano zamawiający powoła inspektorów nadzoru, a IZ jest związany poleceniami/wytocznymi/zaleceniami/opiniami nadzoru inwestorskiego (załącznik nr 1 do umowy, punkt V.3 Uwagi). Wyraźnie widać więc rozdział obu sprawowanych funkcji. Wykonawca realizujący obowiązki IZ nie pełnił jednocześnie funkcji IN i był związany poleceniami inspektorów nadzoru. Gdyby intencją zamawiającego – Muzeum Historycznego Miasta Krakowa było jednoczesne pełnienie przez IZ funkcji IN, zamawiający nie przeprowadziłby dwóch odrębnych postępowań na ww. funkcje, a w zakresie kompetencji IZ włączyłby również pełnienie nadzoru inwestorskiego – co jednak nie miało miejsca i zostało wyraźnie wyodrębnione.

W tym miejscu zasadnym jest zwrócenie uwagi, że Zamawiający świadomy był tego, że w zakresie kompetencji IZ może jednocześnie wchodzić nadzór inwestorski nad robotami i w niektórych przypadkach dopuszczał możliwość wykazania się doświadczeniem z pełnienia funkcji IZ, o ile umowa taka obejmowała pełnienie nadzoru inwestorskiego w zakresie wskazanym w danym warunku. Zamawiający wskazał na taką możliwość w odniesieniu do warunków z Działu V punkt od 3.1.1.2. do 3.1.1.4. (postanowienie z Działu V punkt 3.1.1.5 SWZ). Zamawiający nie dopuścił jednak takiej możliwości opisując wymagane doświadczenie personelu kluczowego.

Izba nie podzieliła także poglądu Przystępującego, że na referencyjnej inwestycji pełniony był nadzór inwestorski dwuetapowy- nic takiego nie wynika z dokumentacji dotyczącej tejże inwestycji. Obie funkcje, tj. funkcja Inwestora Zastępczego oraz funkcja Inspektora Nadzoru zostały wyraźnie rozdzielone i sprawowane były przez różne podmioty.

Dalej wskazać należy, że również pozostały materiał dowodowy przesądza o tym, że A. K. nie pełnił na referencyjnej inwestycji funkcji inspektora nadzoru. Z dołączonego do odwołania protokołu odbioru końcowego z dnia 31.05.2021 r. wynika wprost, które podmioty świadczyły jakie funkcje na referencyjnej inwestycji i kto w ich imieniu się podpisywał.

Także dokumentacja techniczna powoływana przez Przystępującego potwierdza, że funkcji IN na inwestycji referencyjnej nie pełnił A. K. Tytułem przykładu wskazać można na:

- Listę obecności z posiedzenia komisji konserwatorskiej z dnia 26.03.2019 r. – jako IZ podpis złożył A. K., a jako IN Z. B.;
- arkusze zmiany harmonogramu nr 1, 2 – ze strony IZ widnieje podpis A. K.;
- notatka służbowa z dnia 06.06.2018 – jako IN podpisał się Z. B.;
- protokoły z porad technicznych – wyraźnie wskazane poszczególne funkcje oraz kto je pełni. Jako nadzór inwestorski wskazany Z. B., jako inwestor zastępczy Konsorcjum A. K. i BUDOX A. K.

Odnosząc się do oświadczeń złożonych przez Przystępującego jako dowody Izba pragnie wskazać, że oświadczenie p. A. K. w zasadzie potwierdza fakt, że pełnił on wraz z A. K. na referencyjnej inwestycji funkcję Inwestora Zastępczego. Izba nie dała jednak wiary twierdzeniom o dwuetapowym nadzorze oraz, że w razie rozbieżności między pierwszym etapem nadzoru (pełnionym przez Z. B.), a „nadzorem zupełnym” realizowanym przez Inwestora Zastępczego, ostateczną decyzję podejmował IZ. Co innego wynika z umowy na pełnienie funkcji IZ (załącznik nr 1 pkt V.3). Dodać należy, że oświadczenie złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych „CECHINI” zostało opatrzone jedynie pieczęcią przedsiębiorstwa bez jakiegokolwiek podpisu, a więc Izba uznała przedmiotowe oświadczenie za niewiarygodne.

Jeśli chodzi o referencje z dnia 27.10.2022 r., wystawione przez Muzeum Historyczne Miasta Krakowa dla Przystępującego – pozostały materiał dowodowy zebrany w sprawie stoi niejako w kontrze do ich treści. Wskazać należy, że przedmiotowe referencje mówią zarówno o pełnieniu przez Przystępującego funkcji Inwestora Zastępczego, a tym samym o sprawowaniu przez niego nadzoru inwestorskiego na inwestycji referencyjnej. Wskazać jednak należy, że z odpowiedzi zamawiającego na wniosek o udzielenie informacji publicznej (wiadomość e-mail z dnia 03.11.2023 r.), wynika wprost, że obie ww. funkcje pełnione były przez różne podmioty (punkt 1 i 2 wiadomości e-mail). Również pozostały omówiony wcześniej materiał dowodowy potwierdza, że treść referencji nie odzwierciedla faktycznego zakresu obowiązków Przystępującego na inwestycji referencyjnej. Zakres ten da się jednak określić na podstawie pozostałych dokumentów zebranych w sprawie.

Podsumowując należy wskazać, że z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że A. K. nie pełnił na

inwestycji referencyjnej funkcji inspektora nadzoru. Umowa, na mocy której wchodził on w skład konsorcjum realizującego funkcję Inwestora Zastępczego, nie przewidywała jednoczesnego pełnienia funkcji inspektora nadzoru, którą to funkcję sprawował odrębny podmiot wyłoniony w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym oświadczenie Przystępującego złożone w wykazie osób kluczowego personelu (załącznik nr P6 do SWZ) na potrzeby potwierdzenia spełniania wymagań z ppkt. 3.1.2.1.e Działu V SWZ, jest nieprawdziwe.

Zdaniem Izby złożenie przez Przystępującego nieprawdziwego oświadczenia celem potwierdzenia spełniania wymagań przetargu, daje się zakwalifikować co najmniej jako sprzeczne z dobrymi obyczajami. Informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności. Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do skrupulatności i rzetelności przy wypełnianiu przez wykonawców oświadczeń na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza w zakresie weryfikacji faktycznego zakresu inwestycji referencyjnych powoływanych na potwierdzanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niedochowanie ww. wymogom i złożenie oświadczenia nieprawdziwego świadczy o naruszeniu przez wykonawcę co najmniej dobrych obyczajów.

Niewątpliwie poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia naruszony został także interes pozostałych oferentów, którzy utracili szansę na uzyskanie zamówienia wobec nieuczciwego podejścia Przystępującego. Z tego względu, zdaniem Izby, spełnione zostały przesłanki niezbędne do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy uznk.

Z tych samych względów za nieprawdziwe należy uznać oświadczenie Przystępującego z punktu 3, 4 i 5 wykazu wykonanych usług, stanowiącego załącznik nr P5 do SWZ. Jak wskazano wyżej, umowa na pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego, którą wykonywał Przystępujący, nie obejmowała jednoczesnego pełnienia nadzoru inwestorskiego, który wykonywany był przez inny podmiot, a IZ związany był zaleceniami inspektora nadzoru. Z tego względu wykluczonym było traktowanie referencyjnej inwestycji jako również dopuszczalnej przez Zamawiającego (punkt 3.1.1.5 Działu V SWZ).

Co więcej, jeśli chodzi o oświadczenie z punktu 5 załącznika nr P5, dodatkowo w grę wchodzi fakt, że prace związane z dostawą i montażem wystawy były prowadzone samodzielnie przez Muzeum Krakowa, bez nadzoru inwestorskiego, co potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji publicznej (wiadomość e-mail z dnia 3 listopada 2023 r.). Nie dość więc, że nieprawdziwie oświadczył Przystępujący, że pełnił na inwestycji referencyjnej funkcje IN, to nieprawdziwie oświadczył także, że w ramach nadzoru wchodziła także dostawa i montaż wystawy.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 4, 5 ustawy PZP (zwrócenie się o informacje o Gminy Andrychów), w przypadku potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Odwołujący uznawał za wtórny wobec zarzutu pierwotnego, a zatem bez znaczenia. Izba nie rozpatrywała zatem przedmiotowego zarzutu, skoro sam Odwołujący uznawał go za bezprzedmiotowy w sytuacji potwierdzenia się zarzutów dalej idących.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 2 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).

**Przewodniczący:** .....