

Sygn. akt: KIO 2658/23

WYROK
z dnia 29 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniach 26 i 28 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023r. **przez odwołującego:** 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

z udziałem przystępujących:

QUADRUM Spółka z o.o. ul. J. Conrada 63, 31-357 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

oraz

ARCO SYSTEM sp. z o. o. ul. Unii Europejskiej 24, 32-600 Oświęcim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie co do:

1.1. Kierownika robót sanitarnych z uwagi na uwzględnienie zarzutu i nie wniesienie sprzeciwu przez przystępującego po stronie zamawiającego,

1.2. Projektanta technicznego elementów wystawy z uwagi na cofnięcie zarzutu,

1.3. Projektanta oświetlenia z uwagi na cofnięcie zarzutu

2. Oddala odwołanie co do zarzutu do kierownika budowy

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 kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A. ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków, tytułem wpisu od odwołania

3.2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 5.000 zł. 00 gr. (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A. ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków tytułem zwrotu nadpłaconego wpisu od odwołania

3.3. zasądza **od odwołującego:** Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A. ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **na rzecz zamawiającego:** Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu ul. Więźniów Oświęcimia 20, 32-600 Oświęcim stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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:

uzasadnienie

Numer postępowania: 9/2023/S 086-265589/NWG

Postępowanie przetargowe ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.04.2023 r nr OJ/S: 2023/S 086-265589

odwołanie

Działając w trybie art. 513 ust. 1 i 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych, Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie (zwane dalej „Odwołującym”) składa niniejszym odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na: (i) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Arco System sp. z o.o. jako najkorzystniejszej; (ii) zaniechaniu odrzucenia oferty Arco System sp. z o.

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca 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) Pzp przez 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: (i) Kierownika Budowy z uwagi, iż osoba

wskazana na tą funkcję - p. T.F. nie posiada doświadczenia wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.1 SIWZ, (ii) Kierownika robót sanitarnych z uwagi, iż osoba wskazana na tą funkcję - p. A.G. nie posiada doświadczenia wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.2 SIWZ; (iii) Projektanta technicznego elementów wystawy p. M.Ś. z uwagi na brak wymaganego doświadczenia określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.4 SIWZ, (iv) Projektanta oświetlenia z uwagi, iż osoba wskazana na tą funkcję p. T.S. nie posiada wymaganego doświadczenia określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.6 SIWZ.

2. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 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.

Wobec wyżej opisanych zarzutów Odwołujący wnosi o:

- 1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej odrzucenie oferty Arco System sp. z o.o.;
- 2.dokonania spośród pozostałych ofert wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu tj. oferty Odwołującego
- 3.zasądzenie kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Ponadto wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1.dokumentacji z postępowania,
- 2.Informacji Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie z dnia 22 sierpnia 2023 roku,
- 3.Informacji Kopalni Soli „Wieliczka” z dnia 2 sierpnia 2023 roku,
- 4.Informacji Urzędu Miasta Poznań z dnia 10.08.2023 roku,
- 5.Informacji Muzeum Regionalnego w Jarocinie z dnia 28.07.2023 roku,
- 6.Informacji o projekcie p.n. „Muzeum Regionalne w Jarocinie”,

Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania bowiem jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak do odrzucenia oferty złożonej przez Arco System sp. z o.o., sklasyfikowanej przed ofertą Odwołującego. W rezultacie oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego i odrzucenia oferty Arco System sp. z o.o., za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Odwołującego. W skutek naruszenia wskazanych przepisów Pzp przez zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia pomimo, że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Ustawowy termin na wniesienie niniejszego odwołania został dotrzymany - Odwołujący uzyskał informację od Zamawiającego o czynnościach zaskarżonych niniejszym odwołaniem w dniu 31.08.2023 r. zaś odwołanie wniesiono w terminie 10 dni od uzyskania w/w informacji.

Opłata od odwołania, w kwocie stosownej do dyspozycji rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości oraz zasad pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, nin. odwołanie zostało przesłane zamawiającemu, na dowód czego składamy potwierdzenie.

uzasadnienie odwołania

W dniu 31.08.2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 253 ust. 1 Pzp, poinformował o wyborze Wykonawcy Arco System sp. z o.o., ul. Unii Europejskiej 24, 32 - 600 Oświęcim, który zdaniem Zamawiającego, uzyskał łącznie największą liczbę punktów w następujących kryteriach ustanowionych dla przedmiotowego postępowania:

- Kryterium I Cena: 60%
- Kryterium II Dodatkowe doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia: 40%.

(...)

W związku z powyższym, ustalony przez Zamawiającego ranking kształtuje się następująco:

- 1.Arco System sp. z o.o.: 94,18 pkt
- 2.Odwołujący: 91,68 pkt
- 3.QUADRUM Sp. z o.o.: 88,00 pkt

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę n/w materiały z postępowania przetargowego:

1. SWZ wraz z załącznikami,
- 2.Ofertę złożoną w niniejszym postępowaniu przez Wykonawcę Arco System sp. z o.o.,
- 3.korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Wykonawcą Arco System sp. z o.o.,

oferta Wykonawcy Arco System sp. z o.o. winna zostać odrzucona, albowiem Wykonawca ten nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu ustalone przez Zamawiającego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2. t.j. „zdolność zawodowa osób zdolnych do wykonania zamówienia” w zakresie:

- Kierownika budowy (3.2.1)
- Kierownika robót sanitarnych (3.2.3)
- Projektanta technicznego elementów wystawy (3.2.4)
- Projektanta oświetlenia (3.2.6)

I.Doświadczenie Kierownika budowy:

Zamawiający ustalił następujące wymagania: w odniesieniu do kierownika budowy:

3.2.1.1. co najmniej pięcioletnie doświadczenie (rozumiane jako suma przepracowanych miesięcy - 60, nabyte po uzyskaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń) w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym co najmniej 24 miesiące doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi w budynku 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;

3.2.1.2. doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy nad realizacją robót budowlanych na inwestycji o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 4 mln złotych brutto, w ramach której występowały również prace konserwatorskie w budynku 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;

3.2.1.3. przynależność do właściwej dla posiadanych uprawnień izby samorządu zawodowego.

Powyższe doświadczenie należało przedstawić na druku oznaczonym P3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia”.

Wykonawca Arco System sp. z o.o., do pełnienia funkcji Kierownika budowy wskazał pana T.F.. Z analizy załączonego do oferty druku P3 nie wynikało natomiast, iż Pan T.F. pełnił funkcję kierownika budowy przez okres 60 miesięcy od uzyskania uprawnień budowlanych „bez ograniczeń”, które to uprawnienia uzyskał w dniu 22 grudnia 2011 roku. Z przeprowadzonych obliczeń okres ten wynosił jedynie 21 miesięcy i dotyczy następujących budów wskazanych w załączniku P3:

- | | | |
|--------|-------|-------------|
| a)poz. | nr 5 | 1 miesiąc |
| b)poz. | nr 6. | 8 miesięcy |
| c)poz. | nr 7 | 12 miesięcy |

Pozostałe budowy wskazane w Załączniku P3 nie mogą zostać uwzględnione, albowiem ich realizacja przypadła na lata przed uzyskaniem uprawnień budowlanych „bez ograniczeń”.

W dniu 27.07.2023 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust 4 Ustawy Pzp skierował do Wykonawcy „Wezwanie do złożenia wyjaśnień”. Z treści „wezwania” wynika, iż w odniesieniu do osoby Kierownika budowy Zamawiający nie był w stanie ustalić daty nabycia uprawnień „bez ograniczeń” z uwagi na fakt, iż Wykonawca podał datę nabycia uprawnień w dniu 22.12.2011 roku, podczas gdy podany numer członkowski w PIIB wskazywał na 2001 rok. Wezwał również Wykonawcę do ewentualnego złożenia nowego, poprawnie uzupełnionego załącznika nr P3, usuwającego zauważone rozbieżności które mają znaczenie w kontekście oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 4.08.2023 roku Wykonawca przesłał do Zamawiającego wyjaśnienia wskazując, iż Pan T.F. posiada uprawnienia „bez ograniczeń” od dnia 22.12.2011 roku, natomiast podany w załączniku P3 numer członkowski w PIIB jest numerem posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Do wyjaśnień załączył kopię uprawnień, kopię zaświadczenia oraz nowy załącznik P3.

W świetle przedstawionych dokumentów nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż okres doświadczenia Pana T.F. w kierowaniu robotami budowlanymi na podstawie uprawnień „bez ograniczeń” rozpoczyna się z dniem 22.12.2011 roku.

Porównując załącznik P3 przedstawiony wraz z ofertą z załącznikiem P3 przekazanym na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący stwierdza, iż różnią się one w następujący sposób:

1)Wykonawca usunął wszystkie te inwestycje, których realizacja przypadła na okres przed uzyskaniem uprawnień „bez ograniczeń”,

2)Wykaz został uzupełniony o 4 nowe inwestycje t.j. (wg kolejności):

- a)Inwestycja nr 1 p.n. „Prace związane z utworzeniem nowej wystawy stałej „Shoah” w bloku A27 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz - Birkenau w Oświęcimiu”,
- b)Inwestycja nr 6 p.n. „Przebudowa i remont konserwatorski dawnego Arsenалу Miejskiego wraz z Basztami Stolarską i Ciesielską, będących częścią historycznej siedziby Muzeum Książąt Czartoryskich w Krakowie zlokalizowanego przy ul. Pijarskiej 8”,
- c)Inwestycja nr 11 p.n. „Budowa budynku mieszkalnego jednorodzinnego wraz z garażem wolnostojącym, prace wielobranżowe”

d) Inwestycja nr 13 p.n. „Roboty budowlane, prace konserwatorskie oraz prace montażowe związane z przygotowaniem Wystawy Narodowej Austrii w bloku o numerze inwentaryzacyjnym A-17”, przy czym Inwestycja ta została wskazana na potwierdzenie warunku określonego w podpunkcie 3.2.1.2 SWZ t.j. o wartości min. 4 mln zł i została zastąpiona za inwestycję p.n. „Remont, adaptacja i nadbudowa oficyny budynku Urzędu Skarbowego w Krakowie przy ul. Grodzkiej 65”. Zdaniem Odwoływającego, w nowym, przedstawionym na wezwanie Zamawiającego wykazie, Wykonawca Arco System sp. z o.o., nie udowodnił, iż Kierownik budowy pan T.F. spełnia wymagania przewidziane w SIWZ, gdyż z ponownych obliczeń wynika, iż doświadczenie wskazanego kierownika budowy wynosi 50 miesięcy i dotyczy następujących okresów i inwestycji:

- 04 - 11.2012 r. (inwestycja nr 2)
- 02 - 09.2014 r. (inwestycja nr 3)
- 05 - 08.2015 r. (inwestycja nr 4)
- 10 - 12.2017 r. (inwestycja nr 5)
- 05 - 07.2023 r. (inwestycja nr 11)

Uwaga! Inwestycje nr 7, 8 i 12 pokrywają się z czasookresem realizacji robót na inwestycji nr 11, stąd nie zostały uwzględnione w obliczeniach.

Podkreślenia przy tym wymaga, iż Zamawiający w Dziale XIV SWZ sprecyzował w jaki sposób będzie przydzielał punkty za dodatkowe doświadczenie kadry dedykowanej do zrealizowania zadania wykazane w załączniku nr P4, t.j.

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 spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V pkt 3.2. SWZ, prowadzącego do zmiany osoby, której doświadczenie podlegałoby 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;

Odwoływający wskazuje, iż na gruncie postanowień ustalonych dla niniejszego postępowania oraz chronologii zdarzeń za całkowicie niedopuszczalne należy uznać włączenie do oceny doświadczenia Pana T.F. w pełnieniu funkcji kierownika budowy wskazane w wykazie oznaczonym jako P4 t.j. na okoliczność uzyskania dodatkowych punktów do doświadczenia potrzebnego w celu potwierdzenia warunków udziału w przetargu albowiem doświadczenie to nie może być dublowane. Zdaniem Odwoływającego dotyczy to inwestycji, które zostały przez Wykonawcę przedstawione w nowym (na wezwanie Zamawiającego) wykazie P3, pod numerem 1, 6 oraz 13, gdyż Inwestycje te zostały „skonsumowane” w ramach kryterium oceny ofert nr II.

Za niedopuszczalne Odwoływający uznaje również zastosowaną przez Zamawiającego całkowitą dowolność (uznaniowość) w przydziale wybranemu Wykonawcy ilości punktów z załącznika nr P4, która de facto doprowadziła do faworyzowania wybranego wykonawcy. Dodać przy tym należy, iż wbrew temu co pisze Zamawiający w „zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty” cyt: Zamawiający przyznał 8 punktów za doświadczenie wykazane dla Pana T.F. z uwagi na powtórzoną usługę w załączniku P3 „Wykaz osób”, wybrany Wykonawca do wykazu P3 przeniósł wszystkie 3 inwestycje z załącznika P4, które podlegały ocenie przez Zamawiającego w kryterium nr II. Podkreślenia przy tym wymaga, iż z treści „Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty” uderza brak konsekwencji działania, logiki oraz brak przejrzystości.

Zaprezentowane powyżej stanowisko Odwoływający opiera zarówno na rzetelnej ocenie materiałów z przedmiotowego postępowania jak również na linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, która została wyrażona m.in. w wyroku z dnia 9 czerwca 2021 sygn. akt KIO/1235/21. Należy zauważyć, iż rozpatrywane przez Izbę zagadnienie dotyczyło takich samych aspektów jak w niniejszym postępowaniu. Poniżej istotne fragmenty z zaprezentowanego stanowiska KIO:

(...) Nie budziło żadnych wątpliwości Izby, że Zamawiający jednoznacznie i wyraźnie rozdzielił doświadczenie Kierownika budowy, które należało wykazać celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu od tego wykazywanego na rzecz

pozyskania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia takie a nie inne ukształtowanie postanowień SWZ jak również załączników do SIWZ. Przede wszystkim zwrócić uwagę należy, że dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy zgodnie z dyspozycją Zamawiającego należało przedstawić w odrębnym wykazie, tj. „Wykazie-załącznik nr 4A podczas, gdy doświadczenie Kierownika budowy na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4) lit. b1) SWZ należało zawrzeć w innym wykazie, tj. „Wykazie-załącznik nr 4. (...)

(...) Przystępujący w obu wykazach, zarówno w tym na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji jak i tym na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu podał tożsame doświadczenie, którym legitymuje się Pan H. C. wyznaczony do pełnienia funkcji Kierownika budowy. Izba stwierdziła, że nieprawidłowe jest postępowanie Zamawiającego, który uznał, że doświadczenie wykazane w poz. 3 Wykazu-załącznik nr 4 zakwalifikował, jako doświadczenie służące wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika budowy. Izba wskazuje, że na drodze do uznania tego stanowiska za właściwe stoi bez wątpienia regulacja zawarta w treści SWZ w rozdziale XV w ust. 4, której treść nie zezwala na dublowanie doświadczenia Kierownika budowy. Na kanwie powyższej treści SIWZ wykonawca PUH powinien mieć świadomość, że skoro zdecydował się na posłużenie określonym doświadczeniem Kierownika budowy na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji, to następnie nie będzie mógł go wykorzystać przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie może się również ostać, jako błędna, argumentacja tego rodzaju, że maksymalną liczbę punktów można było uzyskać wykazując doświadczenie w realizacji dwóch robót o określonym charakterze, a zatem skoro Przystępujący wykazał trzy roboty w wykazie dodatkowego doświadczenia na potrzeby punktacji (Wykaz-załącznik nr 4A) to wówczas jedną z nich można było „zagospodarować” na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba uważa tego rodzaju argumentację za chybioną i niedopuszczalną z punktu widzenia postanowień SWZ. Po pierwsze należy podkreślić, że skoro Przystępujący w treści wykazu dodatkowego doświadczenia wskazał określony katalog robót celem uzyskania dodatkowej punktacji to oznacza, że jego wolą było, aby Zamawiający przyznając punkty brał po uwagę wszystkie trzy roboty wskazane w wykazie, a nie tylko dwie. Z dużą dozą prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością należy stwierdzić, że Przystępujący, jako wykonawca ubiegający się o zamówienia zapoznał się z treścią SWZ. i było jemu wiadome, iż wystarczającym jest wykazanie dwóch robót o określonym charakterze, aby uzyskać maksymalną ilość punktów. Skoro podał ich więcej to znaczy, że taki miał zamiar i nieuprawnionym jest zawężanie przedstawionego wykazu jedynie do dwóch robót z poz. 1 i 2. Izba stoi na stanowisku, że skoro wykonawca PUH na potrzeby dodatkowej punktacji w wykazie przedstawił konkretne doświadczenie Kierownika budowy to zostało ono „skonsumowane” na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji poprzez samo jego podanie w Wykazie-załącznik nr 4A. Bez znaczenia jest kwestia, czy Zamawiający doświadczenie to „wykorzystał” do przyznania dodatkowych punktów czy też nie. Z tych względów Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został wskazany w rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4) lit. b1) SWZ w zakresie legitymowania się przez Kierownika budowy odpowiednim doświadczeniem. Konsekwencją takiego stanowiska jest uznanie, że Zamawiający wadliwie uznał, że wykonawca PUH ww. warunek spełnia. Wobec tego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony (...).

Należy również zauważyć, iż wezwany Wykonawca Arco System sp. z o.o. mógł po otrzymaniu przez Zamawiającego wezwania dedykować inną osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy jednakże bez możliwości uzyskania punktów za dodatkowe doświadczenie z uwagi na brak możliwości jakiegokolwiek „wymiany” załącznika nr P4 lub zmiany jego treści.

Wobec faktu, iż została już wyczerpana możliwość powtórnego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia o nowy wykaz osób dedykowanych do realizacji zamówienia, uznać należy, iż Wykonawca Arco System sp. z o.o., nie potwierdził, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia kierownika budowy, a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, zaś zaniechanie jej odrzucenia narusza art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 Pzp

II. Doświadczenie Kierownika robót sanitarnych:

Zamawiający ustalił następujące wymagania: w odniesieniu do kierownika robót sanitarnych:

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 dla posiadanych uprawnień izby samorządu zawodowego.

3.2.4. przynajmniej jedną osobą, która będzie pełniła funkcję projektanta technicznego elementów

Powyższe doświadczenie należało przedstawić na druku oznaczonym P3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia”.

Wykonawca Arco System sp. z o.o. dedykował do pełnienia tej funkcji Panią A.G.. Na podstawie:

- zaprezentowanego w Wykazie P3 doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych,

- ustalenia daty rejestracji w MAP (od 1 września 2010 roku),

- informacji pozyskanych w drodze „informacji publicznej”

Odwołujący wskazuje, iż wbrew przedłożonym oświadczeniom, doświadczenie Pani A.G. w pełnieniu funkcji Kierownika robót sanitarnych wynosi 55 miesięcy i obejmuje następujące okresy oraz inwestycje:

09.2010- 08.2011 r (inwestycja w poz. 1) 12 miesięcy

09.2011- 04.2012 r (inwestycja w poz. 2) 8 miesięcy

10.2013- 06.2014 r (inwestycja w poz. 3) 9 miesięcy

10.2014- 06.2015 (inwestycja w poz. 4) 9 miesięcy

10.2019 - 02.2021 (inwestycja w poz. 6) 17 miesięcy

Niżej wymienione zadania nie mogą zostać wliczone do doświadczenia w/w kandydata:

- Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, ulica Wrocławska 1 -3 z uwagi na brak pełnienia funkcji jako kierownik robót sanitarnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

Dowód: Informacja Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, Ulica Wrocławska 1-3, 30-901 Kraków z dnia 22 sierpnia 2023 roku udzielona w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 26.07.2023 roku.

- Przebudowa budynków Nadszybia REGIS z przeznaczeniem dla obsługi turystów wraz z małą architekturą i infrastrukturą techniczną w Kopalni Soli w Wieliczce z uwagi, iż przedmiotowa inwestycja była związana z potrzebą rozbudowy istniejącej instalacji klimatyzacji w celu zwiększenia wydajności dostarczanego do szybu wdechowego powietrza. a nie wykonanie instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej w budynku o kubaturze klimatyzowanych pomieszczeń nie mniejszej niż 2000m³

Dowód: Informacja kopalni Soli „Wieliczka” z dnia 2 sierpnia 2023 roku udzielona w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 26.07.2023 roku.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje na brak możliwości łączenia doświadczenia kierownika robót sanitarnych w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu z dodatkowym doświadczeniem w punktowym kryterium oceny ofert z tych samych przyczyn, które zostały wskazane w odniesieniu do kierownika budowy. W przypadku Pani A.G. ma miejsce analogiczna sytuacja, albowiem inwestycje p.n. „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie szpitala Klinicznego z Polikliniką w Krakowie, ulica Wrocławska 1-3” architekturą i infrastrukturą techniczną w Kopalni Soli w Wieliczce” zostały podane w obu zestawieniach.

Wobec faktu, iż została już wyczerpana możliwość wezwania Wykonawcy do uzupełnienia o nowy wykaz osób dedykowanych do realizacji zamówienia, uznać należy, iż Wykonawca Arco System sp. z o.o. nie potwierdził, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia kierownika robót sanitarnych, a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, zaś zaniechanie jej odrzucenia narusza art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 Pzp.

III. Doświadczenie Projektanta technicznego elementów wystawy:

Zamawiający ustalił następujące wymagania: w odniesieniu do projektanta elementów wystawy:

3.2.4. przynajmniej jedną osobą, która będzie pełniła funkcję projektanta technicznego elementów wystawy. Osoba ta powinna posiadać tytuł zawodu architekta lub architekta wnętrz i posiadać doświadczenie w opracowaniu co najmniej dwóch projektów wykonawczych wystaw stałych. Osoba ta powinna posiadać doświadczenie w opracowaniu projektu technicznego - wykonawczego elementów wystawy w co najmniej dwóch zamówieniach.

Powyższe doświadczenie należało przedstawić na druku oznaczonym P3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia”.

Wykonawca Arco System sp. z o.o., dedykował do pełnienia tej funkcji Panią.M. wskazując na dwa projekty w których opracowaniu miała uczestniczyć Pani M.Ś. t.j.:

1) Projekt techniczno - wykonawczy elementów wystawy pn „Centrum Szyfrów Enigma w Poznaniu” (pozycja nr 1 „Wykazu”),

2)Projekt techniczno - wykonawczy aranżacji wystawy stałej Miejsc Żywej Pamięci oraz przestrzeni poza wystawienniczej Pałacu Krzysztofory w związku z realizacją INWESTYCJI P.N. „Krzysztofory od nowa - Muzeum Kompletna modernizacja i remont konserwatorski Pałacu Krzysztofory wraz z przystosowaniem jego funkcji do realizacji zadań nowoczesnego, wielofunkcyjnego obiektu muzealnego”.

Zdaniem Odwołującego, do doświadczenia wymaganego zapisami SWZ nie może zostać uwzględnione zadanie wyszczególnione w poz. 1 Załącznika P3, gdyż Pani M.Ś. w ramach przedmiotowego projektu wykonała projekt wykonawczy ekspozycji i aranżacji Centrum Szyfrów Enigma w Poznaniu nie zaś projekty techniczno - wykonawcze elementów wystawy.

Dowód: Informacja Urzędu Miasta Poznań z dnia 10.08.2023 r przesłana w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 26.07.2023 roku.

Wobec faktu, iż została już wyczerpana możliwość wezwania Wykonawcy do uzupełnienia o nowy wykaz osób dedykowanych do realizacji zamówienia, uznać należy, iż Wykonawca Arco System sp. z o.o. nie potwierdził, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia projektanta technicznego elementów wystawy , a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, zaś zaniechanie jej odrzucenia narusza art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 Pzp.

IV.Doświadczenie Projektanta oświetlenia

Zamawiający ustalili następujące wymagania: w odniesieniu do projektanta oświetlenia:

3.2.6. przynajmniej jedną osobą, która będzie pełniła funkcję projektanta oświetlenia. Osoba ta powinna posiadać doświadczenie w zaprojektowaniu oświetlenia w gablotach ekspozycyjnych/wystawienniczych. Poprzez doświadczenie należy rozumieć realizację co najmniej dwóch zamówień (w ramach odrębnych umów) podczas których zaprojektowała oświetlenie dla co najmniej 4 gablot (w obrębie jednego zamówienia, czyli przy realizacji dwóch co najmniej 8 gablot); Powyższe doświadczenie należało przedstawić na druku oznaczonym P3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia”.

Wykonawca Arco System sp. z o.o., dedykował do pełnienia tej funkcji Pana T.S. wskazując na trzy projekty w których opracowaniu miał uczestniczyć Pan T.S. t.j.

- 1) Zaprojektowanie i wykonanie wystawy stałej im. Centrum Szyfrów Enigma w Poznaniu - Pan T.S. zaprojektował oświetlenie dla 4 gablot,
- 2) Wykonanie ekspozycji stałej Muzeum Regionalnego w Jarocinie w Pałacu Radolińskich. Pan T.S. zaprojektował w/w projekcie oświetlenie dla 10 gablot,
- 3) Modernizacja ekspozycji Muzeum Browaru w Żywcu. Pan T.S. zaprojektował oświetlenie dla 12 gablot.

Zdaniem Odwołującego, do doświadczenia wymaganego postanowieniami SWZ nie można uwzględnić następujących projektów:

•projektu z poz. nr 1, gdyż projekt oświetlenia nie został opracowany przez Pana T.S..

Dowód: Informacja Urzędu Miasta Poznań z dnia 10.08.2023 r przesłana w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 26.07.2023 roku.

•Projekt z poz. nr 2, gdyż w ramach przedmiotowego projektu nie wykonywano projektu oświetlenia, albowiem Muzeum taki projekt już posiadało, a autorem tegoż projektu był Pan T.L..

Dowody: Informacja Muzeum Regionalnego w Jarocinie z dnia 28.07.2023 roku w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 26.07.2023 roku,

Informacja o projekcie zawarta na stronie internetowej Muzeum Regionalnego w Jarocinie.

Wobec faktu, iż została już wyczerpana możliwość wezwania Wykonawcy do uzupełnienia o nowy wykaz osób dedykowanych do realizacji zamówienia, uznać należy, iż Wykonawca Arco System sp. z o.o. nie potwierdził, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia projektanta technicznego elementów wystawy , a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, zaś zaniechanie jej odrzucenia narusza art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 Pzp.

Z tych wszystkich względów, o których mowa powyżej, żądania Odwołującego są w pełni uzasadnione.

Odpowiedź na odwołanie - pismo z dnia 25 września 2023r.

W imieniu Zamawiającego - Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu, ul. Więźniów Oświęcimia 20, 32-600 Oświęcim, na podstawie art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 poz. 1605.) wnoszę odpowiedź na odwołanie z dnia 11.09.2023r., złożone przez Odwołującego Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A. ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem 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 dniu 11 września 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając 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)Pzp przez 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:

(i)Kierownika Budowy z uwagi na to, iż osoba wskazana na tą funkcję - p. T.F. nie posiada doświadczenia wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.1 SIWZ,

(ii)Kierownika robót sanitarnych z uwagi na to, iż osoba wskazana na tą funkcję - p. A.G. nie posiada doświadczenia wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.2 SIWZ;

(iii)Projektanta technicznego elementów wystawy p. M.Ś. z uwagi na brak wymaganego doświadczenia określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.4 SIWZ,

(iv)Projektanta oświetlenia z uwagi na to, iż osoba wskazana na tą funkcję p. T.S. nie posiada wymaganego doświadczenia określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.6 SIWZ.

2.art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 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.

W związku z ww. zarzutami, Odwołujący zażądał:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzucenie oferty Arco System Sp. z o.o.;

2.dokonania spośród pozostałych ofert wyboru oferty najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu tj. oferty Odwołującego,

3.zasądzenie kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania oraz podniesionymi przez Odwołującego zarzutami, Zamawiający:

1)częściowo uwzględnił zarzut naruszenia art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 Pzp, - wyłącznie w zakresie kierownika robót sanitarnych, tj. p. A.G.

2)w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadne.

I. Uzasadnienie uwzględnienia zarzutów:

dotyczy kierownika robót sanitarnych tj. P. A.G.

Po przeanalizowaniu zarzutów zawartych w odwołaniu Zamawiający dokonał ponownej weryfikacji załącznika nr P3 do SWZ (wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia) złożonego przez Wykonawcę Arco System Sp. z o.o..Ww. weryfikacja, potwierdziła, że Wykonawca Arco System Sp. z o.o. nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem robót sanitarnych, który posiada 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.

W treści wykazu osób (załącznik nr P3 do SWZ) wskazano, że Pani A.G. posiada uprawnienia wydane dnia 18.06.2007 r., oraz posiada następujący nr członkowski w Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa: MAP/IS/0535/10, przy czym zgodnie z art. 12 ust 7 ustawy z dnia z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 682 z póź. zm.): „Podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę z określonym w nim terminem ważności."

Zamawiający na stronie: Polskiej Izbie Inżynierów Budownictwa <https://www.piib.org.pl/dla-czlonkow/lista-czlonkow> zweryfikował, że Pani A.G. uzyskała wpis na listę członków w dniu 1 września 2010 r., a tym samym Zamawiający nie może na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunku udziału zaliczyć realizacji wykonanych w terminie marzec 2010 r. - sierpień 2010 r. , które zostały wskazane w wykazie osób przez Wykonawcę Arco System Sp. z o.o., co obrazuje poniższe zestawienie tabelaryczne:

obliczenia po informacjach przekazanych w odwołaniach do KIO

A.G. - Kierownik robót sanitarnych(...)

Uwaga: W powyższej tabeli nie wliczono doświadczenia dot. I Wojskowego szpitala Klinicznego w Krakowie, ponieważ Zamawiający tego zadania potwierdził, że Pani Agnieszka nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych na tej inwestycji.

Dowód nr 1: PrtScr strony internetowej Małopolskiej Izby Inżynierów Budownictwa dokumentujący weryfikację od

miesiąca marca do września 2010 roku w sprawie wpisu do Izby P-i. Glijer.

Ponadto Zamawiający zweryfikował kwestionowaną przez Odwołującego realizację pn. „Przebudowa i rozbudowa budynków nr 1 i nr 12 na terenie 5 Woskowego Szpitala Klinicznego z Poliklinika w Krakowie, ul. Wrocławska 1-3. Wobec przedstawionej jako dowód - wiadomości poczty elektronicznej z dnia 22 sierpnia 2023, będącej odpowiedzią na wniosek Odwołującego o dostęp do informacji publicznej, w którym zawarto potwierdzenie, iż P. A.G. nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych w trakcie realizacji w/w zadania, Zamawiający nie może na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunku udziału zaliczyć przedmiotowej realizacji, co obrazuje także zestawienie tabelaryczne przedstawione powyżej.

W zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego doświadczenia Pani A.G. wynikającego z realizacji pn. „Przebudowa budynków Nadszybia REGIS z przeznaczeniem dla obsługi turystów wraz z małą architekturą i infrastruktura techniczną w Kopalni Soli w Wieliczce obejmująca wykonanie instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej w budynku o kubaturze klimatyzowanych pomieszczeń większej niż 2000 m³”, Zamawiający dokonał ponownej weryfikacji pod kątem dwóch zakresów:

- a) braku w realizacji robót zakresu wentylacji mechanicznej, wymaganej przez Zamawiającego w warunkach udziału;
- b) zbyt małej kubatury budynku, w którym wykonano instalacje klimatyzacji i wentylacji mechanicznej, a dokładniej kubatury klimatyzowanych pomieszczeń mniejszej niż wymagane w warunku 2000 m³.

Zamawiający zwrócił się do uprzedniego Zamawiającego tj. Kopalni Soli w Wieliczce, by ten udzielił mu informacji odnośnie zakresu w/w realizacji. W dniu 22.09.2023 r. Zamawiający uzyskał stanowisko drogą mailową, potwierdzające, że:

- a) zakres robót obejmował wykonanie zarówno instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej.
- b) zakres robót obejmował wykonanie instalacji klimatyzacyjnych i wentylacyjnych oraz instalacji chłodniczej w celu dostarczenia odpowiedniej ilości powietrza świeżego - do kopalni,
- oraz zapewnienia odpowiednich warunków klimatycznych w zespole trzech budynków.
- c) łączna kubatura zespołu trzech przebudowanych budynków nadszybia szybu REGIS wynosi 11650m³.

Dowód nr 2: Korespondencja mailowa z kopalnią Soli w Wieliczce, prowadzona w dniach 13 września do 22 września br. Powyższe stanowisko wskazuje, że zarzut Odwołującego jest niezasadny w zakresie warunku udziału b), niemniej jednak, Zamawiający nie może zaliczyć ww. realizacji na potwierdzenie spełnienia warunku udziału a), ze względu na pokrywające się okresy doświadczenia, co zostało zobrazowane w poniższym zestawieniu tabelarycznym.

obliczenia po złożeniu odwołania do KIO przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków SA

Agnieszka GAjar - Kierownik robót sanitarnych

(...)

Uwaga: W powyższej tabeli w Aczono dla symulacji doświadczenia dot. Kopalni Sok w Wieliczce, które w pełni pokrywa się z wcześniejszymi realizacjami - co świadczy o braku możliwości sumowania pojedyncze miesiące pokrywające się z wcześniejszymi realizacjami

Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę treść wykazu osób, należy przyjąć, że osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiada wyłącznie 55 miesięcy doświadczenia zawodowego wymaganego warunkiem udziału. Powyższe oznacza, że Wykonawca Arco System Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu szczegółowo opisanego w pkt 3.2.3 Działu V SWZ, co biorąc pod uwagę fakt, że została już wyczerpana procedura związana z uzupełnieniem podmiotowych środków dowodowych (wykaz osób został już raz uzupełniony przez Wykonawcę Arco System Sp. z o.o.) oznacza, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) Pzp.

Z uwagi na powyższe Zamawiający unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokona ponownej oceny i badania ofert, a w konsekwencji odrzuci ofertę Wykonawcy Arco System Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) Pzp.

II. Uzasadnienie braku uwzględnienia zarzutów

Tytułem wstępu należy wskazać, że twierdzenie Odwołującego jakoby w przedmiotowym postępowaniu zaistniał tożsamy stan faktyczny jak w cytowanym w treści odwołania Wyroku KIO, wydanym w sprawie o sygnaturze akt KIO/1235/21, jest niezgodne z prawdą. Wyrok przytoczony w treści odwołania, na którym oparto jego argumentację dotyczył postępowania, w którym ówczesny Zamawiający w treści SWZ (w rozdziale XV w ust. 4) „w sposób wyraźny i klarowny ustalił zakaz wykorzystywania przez wykonawców doświadczenia wskazanego w ramach kryterium dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy na potrzeby wykazywania doświadczenia Kierownika budowy, stanowiącego potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (...)”. Jest to tym bardziej istotne i uzasadnione, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ również moment składania oświadczeń na potwierdzenie spełnienia warunku udziału oraz oświadczenia w zakresie kryterium był inny (wykaz na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji powinien być złożony przez wykonawcę już wraz z ofertą, natomiast wykaz doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunku

udziału w postępowaniu powinien być złożony później i jedynie przez wykonawcę wezwanego przez Zamawiającego).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie tylko nie ustanowił żadnego zakazu dotyczącego wykorzystywania przez wykonawców doświadczenia wskazanego w ramach kryterium oraz na potrzeby wykazywania warunku udziału, ale również postanowieniami SWZ zażądał aby oba oświadczenia były złożone wraz z ofertą. Głównym celem Zamawiającego był bowiem wybór Wykonawcy, który dysponuje doświadczonym personelem dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz premiowanie tych Wykonawców, których personel ma doświadczenie wyższe od wymaganego (dodatkowe doświadczenie). Oceniając zdolności techniczne i zawodowe Wykonawcy, w zakresie dysponowania osobami, Zamawiający bazował zatem na załączniku P3, który mógł przecież podlegać zmianie według wyboru Wykonawcy (załącznik nr P3 do SWZ- wzór wykazu osób, podmiotowy środek dowodowy, który zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, podlega poprawieniu lub uzupełnieniu), natomiast przyznając dodatkowe punkty w ramach kryterium pozacenowego, Zamawiający bazował na oświadczeniu Wykonawcy sporządzonym na druku P4, które Wykonawca złożył wraz z ofertą.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający w treści SWZ konsekwentnie posługiwał się pojęciami „podwyższone doświadczenie zawodowe” oraz „dodatkowe doświadczenie” - w rozumieniu wskazanym w opisie kryterium tj. „ponad wymagane minimum” (pkt. 4.2.1. i następne Działu XIV SWZ: „Poprzez projektanta technicznego gablot o podwyższonym doświadczeniu zawodowym Zamawiający rozumie osobę, która przy spełnianiu minimalnych wymogów Zamawiającego w zakresie doświadczenia, wykonała większą, ponad wymagane przez Zamawiającego minimum, o którym mowa w Dziale V pkt. 3.2.5. liczbę projektów gablot, rozumianych jako projekty techniczno/warsztatowe gablot w innych zamówieniach publicznych; Punkty przyznawane będą w następujący sposób: w ramach tego podkryterium Zamawiający przyzna po 2 punkty za każdy wykonany - ponad wymagane minimum - projekt, o których mowa w Dziale Vpkt. 3.2.5, nie więcej niż 6 punktów.)

Ponadto w Ustawie nr 7, znajdującej się w Dziale XIV SWZ, również wskazano:

„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”

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN: „dodatkowy” oznacza taki, który został dodany do czegoś. Przenosząc powyższą definicję na realia przedmiotowego postępowania należy przyjąć, że premiowane dodatkowe doświadczenie, to nic innego jak doświadczenie wykraczające (dodane) do doświadczenia niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału - ponad wymagane warunkiem udziału minimum. Aby zatem przyznać dodatkowe punkty w ramach kryterium pozacenowego, należało w pierwszej kolejności zweryfikować spełnienie warunku udziału, co też Zamawiający uczynił, a następnie w zakresie doświadczenia wykraczającego poza minimum określone warunkiem udziału, Zamawiający przyznał punkty. W praktyce mechanizm był następujący: Zamawiający na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału, wziął pod uwagę uzupełniony załącznik nr P3, w którym Wykonawca dodał również informacje wskazane w złożonym wraz z ofertą załączniku nr P4 (wykaz dodatkowego doświadczenia, na potrzeby kryterium nr 2 pn.: „Dodatkowe doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”). Zamawiający nie przyznał punktów za realizację zaliczone na poczet spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sposób liczenia wymaganego warunkiem okresu doświadczenia jak i doświadczenia premiowanego w ramach kryterium nr 2 nie był sprzeczny z zasadami opisanymi w SWZ.

W załączniku nr P4, Wykonawcy Arco System Sp. z o.o. wskazano 3 pozycje (tytuły dokumentacji):

- 1)Prace związane z utworzeniem nowej stałej wystawy „Shoah” w Bloku A-27 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz -Birkenau w Oświęcimiu;
- 2)Przebudowa i remont konserwatorski dawnego Arsenалу Miejskiego wraz z Basztami Stolarską i Ciesielską, będącymi częścią historycznej siedziby Muzeum Książąt Czartoryskich w Krakowie, zlokalizowanego przy ul. Pijarskiej 8;
- 3)Roboty budowlane, prace konserwatorskie oraz prace montażowe związane z przygotowaniem Wystawy Narodowej Austrii w bloku o numerze inwentaryzacyjnym A-17.

W uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego, załączniku nr P3 Wykonawca Arco System Sp. z o.o.

- 1)celem wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 3.2.1.1 SWZ oraz w lit. a) wzoru wykazu osób tj. co najmniej pięcioletniego doświadczenia (rozumianego jako suma przepracowanych miesięcy - 60, nabytego po uzyskaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń) w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym co najmniej 24 miesiące doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi w budynku 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 poza innymi realizacjami wskazał również 3 ww. pozycje wskazane pierwotnie w załączniku nr P4 do SWZ. 1) (odpowiednio w wierszu nr 1, 6 i 10 właściwych dla lit. a) wzoru wykazu)

2) celem wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 3.2.1.2 SWZ oraz w lit. b) wzoru wykazu osób tj. doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy nad realizacją robót budowlanych na inwestycji o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 4 mln złotych brutto, w ramach której występowały również prace konserwatorskie w budynku 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

wskazał: (tytuł dokumentacji) Roboty budowlane, prace konserwatorskie oraz prace montażowe związane z przygotowaniem Wystawy Narodowej Austrii w bloku o numerze inwentaryzacyjnym A-17.

Ponieważ postanowienia SWZ oraz format załącznika nr P3 nie narzucały kolejności w jakiej Zamawiający winien dokonać oceny spełniania warunków udziału, Zamawiający w pierwszej kolejności dążył do zidentyfikowania prac spełniających minimum wynikające z warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, na poczet spełnienia warunku z pkt b) zaliczył „Roboty budowlane, prace konserwatorskie oraz prace montażowe związane z przygotowaniem Wystawy Narodowej Austrii w bloku o numerze inwentaryzacyjnym A-17”; Następnie dokonano sumowania prac/zadań z wykazu w pkt a) z uwzględnieniem czasu trwania tej usługi (09.2019 - 09.2021) w oparciu o ustalony w SWZ warunek w treści: „Jeżeli równolegle przez daną osobę w tym samym okresie wykonywanych jest kilka czynności spełniających postawione powyżej wymagania, okres doświadczenia NIE sumuje się”.

W wyniku tego sumowania uzyskano wymagane warunkiem udziału minimum 60 miesięcy. Tym samym dwie pozostałe usługi/prace tj. Prace związane z utworzeniem nowej stałej wystawy „Shoah” w Bloku A-27 na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz -Birkenau w Oświęcimiu oraz Przebudowa i remont konserwatorski dawnego Arsenału Miejskiego wraz z Basztami Stolarską i Ciesielską, będącymi częścią historycznej siedziby Muzeum Książy Czartoryskich w Krakowie zlokalizowanego przy ul. Pijarskiej 8 zostały w wykazie dodatkowego doświadczenia Załącznika nr P4, za które wykonawca otrzymał 8,00 punktów, zgodnie z pkt 4.2.4 Rozdziału XIV SWZ, zgodnie z którym: „(...)W ramach tego podkryterium Zamawiający przyzna po 4 punkty za każdą wyżej opisaną usługę, nie więcej jednak niż 12 punktów”.

Sposób przyznawania punktacji zastosowany przez Zamawiającego nie wymagał żadnych dodatkowych czy wielokrotnych działań albo symulacji.

W tym miejscu warto podkreślić, że podobny mechanizm Zamawiający stosował również względem obliczania doświadczenia u innych kierowników wskazanych w wykazach u pozostałych Wykonawcach, w tym również w ofercie Odwołującego (np. w przypadku Pana Rafała Kowalczyka warunek a) tj. 60 miesięcy doświadczenia został uznany za spełniony poprzez doliczenie także zadania wykazanego na spełnienie warunku b). Dopiero ta suma pozwoliła na osiągnięcie wymaganego warunkiem udziału minimum wynoszącego 60 m-cy).

Takie działanie było w pełni zgodne z celem, który przyświeca postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj. m.in.: wyłonieniu Wykonawcy dysponującym profesjonalnym kierownikiem budowy, którego suma doświadczeń zawiera zarówno wymagania ujęte w warunkach udziału w postępowaniu jak i w kryterium oceny ofert. Konstatacja Zamawiającego prowadzi do uznania, że w sytuacji braku zakazu w dokumentach zamówienia wskazywania tych samych zadań/doświadczenia, w ramach kryterium dodatkowego doświadczenia (zał. nr P4) i na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zał. nr P3), nie sposób jednoznacznie odczytać wolę Wykonawcy wskazującego w załączniku nr P3 te same usługi, co w załączniku nr P4. W ocenie Zamawiającego, o „skonsumowaniu” można mówić wyłącznie wówczas, gdy jakaś usługa zostanie zaliczona na poczet warunku, nie zaś tylko poprzez wskazanie jej w jednym czy drugim załączniku. Słownikowa definicja sformułowania „skonsumować” oznacza m.in. „zrobić z czegoś użytek”. Dlatego o skonsumowaniu zadania/doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału możemy mówić dopiero wówczas, gdy Zamawiający zaliczy to zadanie/doświadczenie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału.

Z uwagi na powyższe, działania Zamawiającego były zgodne z postanowieniami SWZ. Dodatkowe punkty (8 punktów za dwa zadania/doświadczenia) zostały przyznane za zadania wykraczające ponad, określone w warunkach udziału w postępowaniu, czyli zadania wskazane w załączniku nr P4, jednocześnie nieskonsumowane na potwierdzenie warunków udziału.

Przechodząc do argumentacji Odwołującego w zakresie pozostałych osób, należy wskazać co następuje: dotyczy Kierownika Budowy tj. P. T.F.:

Odwołujący powołując się na opisany powyżej wyrok KIO, wydany w sprawie o sygnaturze akt KIO/1235/21, wskazał, iż biorąc pod uwagę wykaz osób złożony wraz z ofertą Pan T.F. posiada 21 miesięcy doświadczenia zawodowego (Odwołujący zaliczył wyłącznie pozycję nr 5,6 i 7), natomiast biorąc pod uwagę wykaz osób złożony na wezwanie Zamawiającego: 50 miesięcy doświadczenia zawodowego (Odwołujący nie dopuszcza wzięcia pod uwagę realizacji wskazanych również w załączniku nr P4 do SWZ).

Wymaga podkreślenia, że oceniając doświadczenie zawodowe Pana T.F., Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wziął pod uwagę realizacji, których data wykonania przypadła na lata przed uzyskaniem uprawnień budowlanych „bez ograniczeń”, ani też pokrywających się okresów doświadczenia. Do weryfikacji warunków udziału posłużył wykaz uzupełniony przez Wykonawcę na podstawie art. 128 Pzp, zgodnie z którym Pan T.F. legitymuje się

doświadczeniem wynoszącym 69 miesięcy.

dotyczy Projektanta technicznego elementów wystawy tj. P. M.Ś.:

Zdaniem Odwołującego do doświadczenia wymaganego zapisami SWZ, względem Pani M.Ś., nie może zostać uwzględnione zadanie wyszczególnione w poz. 1 Załącznika P3, gdyż Pani M.Ś. w ramach przedmiotowego projektu wykonała projekt wykonawczy ekspozycji i aranżacji Centrum Szyfrów Enigma w Poznaniu, nie zaś projekty techniczno - wykonawcze elementów wystaw.

W treści załącznika nr P3 (wykazu osób) wykonawca wskazał Projekt techniczno-wykonawczy elementów wystawy stałej pn. Centrum Szyfrów Enigma w Poznaniu oraz Projekt techniczno- wykonawczy elementów wystawy stałej Miejsca Żywej Pamięci oraz przestrzeni poza wystawienniczej Pałacu Krzysztofora w związku z realizacją inwestycji pn. Krzysztofora od nowa - Muzeum Kompletne: modernizacja i remont konserwatorski Pałacu Krzysztofora wraz z przystosowaniem jego funkcji do realizacji zadań nowoczesnego, wielofunkcyjnego obiektu muzealnego.

Zgodnie z pkt 3.2.4. Działu V SWZ Wykonawca winien dysponować przynajmniej jedną osobą, która będzie pełniła funkcję projektanta technicznego elementów wystawy. Osoba ta powinna posiadać tytuł zawodu architekta lub architekta wnętrz i posiadać doświadczenie w opracowaniu co najmniej dwóch projektów wykonawczych wystaw stałych. Osoba ta powinna posiadać doświadczenie w opracowaniu projektu techniczno -wykonawczego elementów wystawy w co najmniej dwóch zamówieniach.

Ponadto zgodnie z pkt 1.15 Działu III SWZ przez „Elementy wystawy” - należy rozumieć gabloty wraz z wewnętrznymi instalacjami i wyposażeniem, obudowę gablot, postumenty, tablice, plansze, portale, grafiki, panele szklane, multimedia, oświetlenie wystawy itd.; przy czym ww. definicja stanowi katalog otwarty.

Zamawiający dokonał weryfikacji realizacji wskazanej dla Pani M.Ś., która potwierdziła, że:

- „(...)Pani M.Ś. opracowała projekt wykonawczy elementów wystawy. Pani M.Ś. była projektantem koncepcji oraz projektu wykonawczego ekspozycji i aranżacji Centrum Szyfrów Enigma w Poznaniu, w tym w szczególności projektów wnętrz, stanowisk ekspozycyjnych oraz mebli.”

Dowód nr 3: pismo Urzędu Miasta Poznania Biura Koordynacji projektów i rewitalizacji miasta, plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań, z dnia 20.09.2023 r. (znak: KPRM-IX.1431.40.2023)

dotyczy Projektanta oświetlenia tj. P. T.S.:

Zgodnie z pkt 3.2.6. Działu V SWZ Wykonawca winien dysponować przynajmniej jedną osobą, która będzie pełniła funkcję projektanta oświetlenia. Osoba ta powinna posiadać doświadczenie w zaprojektowaniu oświetlenia w gablotach ekspozycyjnych/wystawienniczych. Poprzez doświadczenie należy rozumieć realizację co najmniej dwóch zamówień (w ramach odrębnych umów), podczas których zaprojektowała oświetlenie dla co najmniej 4 gablot (w obrębie jednego zamówienia, czyli przy realizacji dwóch co najmniej 8 gablot);

Zdaniem Odwołującego, do doświadczenia P. T.S. wymaganego postanowieniami SWZ, nie można uwzględnić następujących projektów:

- projektu z poz. nr 1, gdyż projekt oświetlenia nie został opracowany przez Pana T.S..
- projektu z poz. nr 2, gdyż w ramach przedmiotowego projektu nie wykonywano projektu oświetlenia, albowiem Muzeum Regionalne w Jarocinie taki projekt już posiadało, a autorem tegoż projektu był Pan T.L..

Zamawiający dokonał weryfikacji kwestionowanej realizacji dot. Ekspozycji stałej Muzeum Regionalnego w Jarocinie, wskazanej dla Pana T.S., na podstawie zał. nr 10 do odwołania Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A. -

fragment rzutu dokumentacji wykonawczej, tytuł rysunku Rozmieszczenie opraw oświetleniowych.

Zamawiający stwierdził, że przedstawiony fragment dokumentacji opracowany przez Pana T.L. zawiera projekt oświetlenia opraw sufitowych. Wskazuje na to legenda, w której projektant opisał oprawy w przestrzeni sufitu. Ww. oprawy nie dotyczą oświetlenia wewnętrznego gablot. Rysunek nie przedstawia opraw w gablotach.

Informacja uzyskana z Biura Koordynacji Projektów i Rewitalizacji Miasta Urzędu Miasta Poznań dotycząca drugiej kwestionowanej realizacji, tj. Centrum Szyfrów Enigma w Poznaniu potwierdza, że P. Salwierz pełniący funkcję Głównego projektanta wystawy opracował projekt wykonawczy ekspozycji i aranżacji zawierający 4 gabloty wystawiennicze z oświetleniem.

Wymaga podkreślenia, że zgodnie z postanowieniami SWZ Zamawiający wymagał projektanta oświetlenia w gablotach, a nie projektanta oświetlenia wystawy. Informacje zawarte w Odwołaniu o wykonaniu przez innego projektanta oświetlenia pomieszczeń pozostają bez związku.

Z uwagi na powyższe, ww. zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego wskazane w odwołaniu należy uznać za bezzasadne.

Pismo zamawiającego z dnia 25.09.2023r.

DOTYCZY SKORYGOWANIA STANOWISKA ZAMAWIAJĄCEGO

ZAWARTEGO W ODPOWIEDZI NA ODWOŁANIE Z DNIA 22.09.2023 R.

W imieniu Zamawiającego - Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu, ul. Więźniów Oświęcimia 20, 32-600 Oświęcim, koryguję stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22.09.2023 r. (w zakresie uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 Pzp, - w zakresie kierownika robót sanitarnych, tj. p. A.G.)

W treści odpowiedzi na odwołanie, jako konkluzję uwzględniania zarzutu w zakresie zarzutu naruszenia art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp

w związku z art. 239 ust. 1 Pzp, - w zakresie kierownika robót sanitarnych, tj. p. A.G., Zamawiający wskazał co następuje:

„Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę treść wykazu osób, należy przyjąć, że osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiada wyłącznie 55 miesięcy doświadczenia zawodowego wymaganego warunkiem udziału. Powyższe oznacza, że Wykonawca Arco System Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu szczegółowo opisanego w pkt

3.2.3Działu V SWZ, co biorąc pod uwagę fakt, że została już wyczerpana procedura związana z uzupełnieniem podmiotowych środków dowodowych (wykaz osób został już raz uzupełniony przez Wykonawcę Arco System Sp. z o.o. oznacza, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) Pzp.

Z uwagi na powyższe Zamawiający unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokona ponownej oceny i badania ofert, a w konsekwencji odrzuci ofertę Wykonawcy Arco System Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) Pzp.”

przy czym wezwanie wskutek którego Wykonawca Arco System Sp. z o.o., uzupełnił wykaz osób (wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust 4 Pzp) nie obejmowało swoim zakresem osoby Pani A.G., co oznacza, że w tym zakresie nie została wyczerpana procedura związana z uzupełnieniem podmiotowych środków dowodowych (art. 128 ust. 1 Pzp).

Tak więc, Zamawiający koryguje odpowiedź na odwołanie z dnia 22.09.2023 r., w ten sposób, że cytowany powyżej fragment tekstu ze str. 5 oraz 6 odpowiedzi na odwołanie, przyjmuje następujące brzmienie:

„Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę treść wykazu osób, należy przyjąć, że osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiada wyłącznie 55 miesięcy doświadczenia zawodowego wymaganego warunkiem udziału. Powyższe oznacza, że Wykonawca Arco System Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu szczegółowo opisanego w pkt 3.2.3 Działu V SWZ.

Z uwagi na powyższe Zamawiający unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokona ponownej oceny i badania ofert oraz wezwie Wykonawcę Arco System Sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust 1 Pzp do uzupełnienia nowego wykazu osób, w zakresie kierownika robót sanitarnych.”

W pozostałym zakresie, Zamawiający podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko, zawarte w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Postępowaniu nadano numer: 9/2023/S 086-265589/NWG.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03-05-2023 poz. 2023/S 086-265589.

Przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego 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.”

Odwołujący złożył odwołanie na czynność zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty oraz na zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego zwanego dalej Arco System sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dalej „Pzp”:

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) Pzp przez 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: (i) Kierownika Budowy z uwagi, że osoba

wskazana na tą funkcję –T.F. nie posiada doświadczenia wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.1 SWZ, (ii) Kierownika robót sanitarnych z uwagi, że osoba wskazana na tę funkcję – A.G. nie posiada doświadczenia wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.2 SWZ; (iii) Projektanta technicznego elementów wystawy M.Ś. z uwagi na brak wymaganego doświadczenia określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.4 SIWZ, (iv) Projektanta oświetlenia z uwagi, że osoba wskazana na tą funkcję T.S. nie posiada wymaganego doświadczenia określonego w Dziale V punkt 3 ppkt 3.2.6 SWZ.

2. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 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.

Z powyżej sformułowanych zarzutów wynika, że odwołujący domaga się odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z postawionymi tym osobom wymaganiami co do doświadczenia zawodowego. Takie postępowanie w ocenie odwołującego narusza zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Wobec powyżej opisanych zarzutów odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Arco System sp. z o.o.;
2. dokonanie wyboru oferty odwołującego;
3. zasądzenie kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Na wstępie Izba stwierdza, że na drugim posiedzeniu, które odbyło się w dniu 28 września 2023r. odwołujący cofnął zarzuty braku posiadania doświadczenia zawodowego co do projektanta technicznego elementów wystawy oraz projektanta oświetlenia (vide protokół posiedzenia – akta sprawy). Wobec powyższego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do wyżej wymienionych osób w zarzucie nr 1 odwołania, posługując się dyspozycją art.568 pkt 2 Pzp, orzekając o powyższym w pkt 1.1.2. i 1.1.3. Wyroku.

W tym stanie rzeczy pozostały do rozstrzygnięcia zarzuty dotyczące braku wymaganego doświadczenia zawodowego kierownika budowy i kierownika robót sanitarnych.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie odwołującego QUADRUM Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz ARCO SYSTEM Sp. z o. o. z siedzibą w Oświęcimiu po stronie zamawiającego. Do przystąpienia strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności zgłoszeń w myśl art.525 ust.1 i 2 Pzp oraz nie zgłosiły opozycji przewidzianej art.526 ust.1 Pzp.

Izba, w powyższym stanie rzeczy oraz na podstawie dokumentacji postępowania, przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego zgłaszających przystąpienie po stronie odwołującego oraz po stronie zamawiającego (vide protokół posiedzenia z dnia 26 września 2023r.- akta sprawy).

Zmawiający i przystępujący po jego stronie, nie zgłosili wniosku o odrzucenie odwołania (vide protokół posiedzenia z dnia 26 września 2023r. - akta sprawy).

Izba ustaliła po stronie odwołującego dotrzymanie ustawowego terminu na wniesienie odwołania, wobec informacji zamawiającego o czynnościach z dnia 31.08.2023 r., zaskarżonych niniejszym odwołaniem i przysługującym 10 dniowym terminem na wniesienie odwołania (odwołanie wniesiono 11.09.2023r.).

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania określonych art.528 Pzp.

W związku z powyższym Izba przekazała sprawę do merytorycznego rozpoznania na rozprawie w myśl art.530 Pzp.

Izba stwierdza interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, w związku ze złożoną ofertą oraz możliwość poniesienie szkody w związku z nie uzyskaniem zamówienia, w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp, przywołanych w odwołaniu i mających istotny wpływ na wynik postępowania.

Izba, dokonując badania i oceny zarzutów odwołującego, co do doświadczenia zawodowego kierownika budowy T.F., ustaliła i zważyła jak poniżej.

Spór dotyczy prawa, w kontekście postanowień SWZ w niniejszym postępowaniu, użycia doświadczenia zawodowego kierownika budowy pierwotnie (etap składania ofert) ujętego w wykazie służącym przyznawaniu dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert, do wymaganego doświadczenia zawodowego (warunki udziału w postępowaniu), wskutek wezwania w trybie art.128 Pzp. Przy czym wyjaśnienia wymaga okoliczność, że wskutek przesunięcia doświadczenia z wykazu kryterium oceny ofert (dodatkowo punktowane doświadczenie zawodowe – druk P4) do wykazu wymaganego doświadczenia zawodowego (druk P3) nie nastąpiło przyznanie punktów, za przesunięte doświadczenie zawodowe, w ramach kryterium oceny ofert (nie przyznano punktów za dodatkowe doświadczenie zawodowe).

Izba poniżej prezentuje istotne elementy stanowiska odwołującego (odwołanie) i zamawiającego (odpowiedź na odwołanie), co do doświadczenia zawodowego kierownika budowy T.F., których pełna treść znajduje się we wstępnej części uzasadnienia wyroku.

I tak **odwołujący** w szczególności argumentował stanowisko w sprawie:

Cytat „I. Doświadczenie Kierownika budowy:

Powyższe doświadczenie należało przedstawić na druku oznaczonym P3 „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia”.

Wykonawca Arco System sp. z o.o., do pełnienia funkcji Kierownika budowy wskazał pana T.F.. Z analizy załączonego do oferty druku P3 nie wynikało natomiast, iż Pan T.F. pełnił funkcję kierownika budowy przez okres 60 miesięcy od uzyskania uprawnień budowlanych „bez ograniczeń”(…), W dniu 27.07.2023 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust 4 Ustawy Pzp skierował do Wykonawcy „Wezwanie do złożenia wyjaśnień”. Z treści „wezwania” wynika, iż w odniesieniu do osoby Kierownika budowy Zamawiający nie był w stanie ustalić daty nabycia uprawnień „bez ograniczeń”(…) Wezwał również Wykonawcę do ewentualnego złożenia nowego, poprawnie uzupełnionego załącznika nr P3, usuwającego zauważone rozbieżności które mają znaczenie w kontekście oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W dniu 4.08.2023 roku Wykonawca przesłał do Zamawiającego wyjaśnienia wskazując, iż Pan T.F. posiada uprawnienia „bez ograniczeń” od dnia 22.12.2011 roku, natomiast podany w załączniku P3 numer członkowski w PIIB jest numerem posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Do wyjaśnień załączył kopię uprawnień, kopię zaświadczenia oraz nowy załącznik P3.(…)Podkreślenia przy tym wymaga, iż Zamawiający w Dziale XIV SWZ sprecyzował w jaki sposób będzie przydzielał punkty za dodatkowe doświadczenie kadry dedykowanej do zrealizowania zadania wykazane w załączniku nr P4, t.j. 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 spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V pkt 3.2. SWZ, prowadzącego do zmiany osoby, której doświadczenie podlegać miałyby 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);(…)Odwołujący wskazuje, iż na gruncie postanowień ustalonych dla niniejszego postępowania oraz chronologii zdarzeń za całkowicie niedopuszczalne należy uznać włączenie do oceny doświadczenia Pana T.F. w pełnieniu funkcji kierownika budowy wskazane w wykazie oznaczonym jako P4 t.j. na okoliczność uzyskania dodatkowych punktów do doświadczenia potrzebnego w celu potwierdzenia warunków udziału w przetargu albowiem doświadczenie to nie może być dublowane. Zdaniem Odwołującego dotyczy to inwestycji, które zostały przez Wykonawcę przedstawione w nowym (na wezwanie Zamawiającego) wykazie P3 , pod numerem 1, 6 oraz 13, gdyż Inwestycje te zostały „skonsumowane” w ramach kryterium oceny ofert nr II. Za niedopuszczalne Odwołujący uznaje również zastosowaną przez Zamawiającego całkowitą dowolność (uznaniowość) w przydziale wybranemu Wykonawcy ilości punktów z załącznika nr P4, która de facto doprowadziła do faworyzowania wybranego wykonawcy. Dodać przy tym należy, iż wbrew temu co pisze Zamawiający w „zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty” cyt: Zamawiający przyznał 8 punktów za doświadczenie wykazane dla Pana T.F. z uwagi na powtórzoną usługę w załączniku P3 „Wykaz osób ”, wybrany Wykonawca do wykazu P3 przeniósł wszystkie 3 inwestycje z załącznika P4, które podlegały ocenie przez Zamawiającego w kryterium nr II. Podkreślenia przy tym wymaga, iż z treści „Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty” uderza brak konsekwencji działania, logiki oraz brak przejrzystości.

Zaprezentowane powyżej stanowisko Odwołujący opiera zarówno na rzetelnej ocenie materiałów z przedmiotowego postępowania jak również na linii orzecniczej Krajowej Izby Odwoławczej, która została wyrażona m.in. w wyroku z dnia 9 czerwca 2021 sygn. **akt KIO/1235/21**. Należy zauważyć, iż rozpatrywane przez Izbę zagadnienie dotyczyło takich samych aspektów jak w niniejszym postępowaniu. **Poniżej istotne fragmenty z zaprezentowanego stanowiska KIO** (…)
Nie budziło żadnych wątpliwości Izby, że Zamawiający jednoznacznie i wyraźnie rozdzielił doświadczenie Kierownika budowy, które należało wykazać celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu od tego wykazywanego na rzecz pozyskania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia takie a nie inne ukształtowanie postanowień SWZ jak również załączników do SIWZ. Przede wszystkim zwrócić uwagę należy, że dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy zgodnie z dyspozycją Zamawiającego należało przedstawić w odrębnym wykazie, tj. „Wykazie-załącznik nr 4A podczas, gdy doświadczenie Kierownika budowy na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4) lit. b1) SWZ należało zawrzeć w innym wykazie, tj. „Wykazie-załącznik nr 4. (...)

(…) Przystępujący w obu wykazach, zarówno w tym na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji jak i tym na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu podał tożsame doświadczenie, którym legitymuje się Pan H. C. wyznaczony do pełnienia funkcji Kierownika budowy. Izba stwierdziła, że nieprawidłowe jest postępowanie

Zamawiającego, który uznał, że doświadczenie wykazane w poz. 3 Wykazu-załącznik nr 4 zakwalifikował, jako doświadczenie służące wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika budowy. Izba wskazuje, że na drodze do uznania tego stanowiska za właściwe stoi bez wątplenia regulacja zawarta w treści SWZ w rozdziale XV w ust. 4, której treść nie zezwala na dublowanie doświadczenia Kierownika budowy. Na kanwie powyższej treści SIWZ wykonawca PUH powinien mieć świadomość, że skoro zdecydował się na posłużenie określonym doświadczeniem Kierownika budowy na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji, to następnie nie będzie mógł go wykorzystać przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie może się również ostać, jako błędna, argumentacja tego rodzaju, że maksymalną liczbę punktów można było uzyskać wykazując doświadczenie w realizacji dwóch robót o określonym charakterze, a zatem skoro Przystępujący wykazał trzy roboty w wykazie dodatkowego doświadczenia na potrzeby punktacji (Wykaz-załącznik nr 4A) to wówczas jedną z nich można było „zagospodarować” na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba uważa tego rodzaju argumentację za chybioną i niedopuszczalną z punktu widzenia postanowień SWZ. Po pierwsze należy podkreślić, że skoro Przystępujący w treści wykazu dodatkowego doświadczenia wskazał określony katalog robót celem uzyskania dodatkowej punktacji to oznacza, że jego wolą było, aby Zamawiający przyznając punkty brał po uwagę wszystkie trzy roboty wskazane w wykazie, a nie tylko dwie. Z dużą dozą prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością należy stwierdzić, że Przystępujący, jako wykonawca ubiegający się o zamówienia zapoznał się z treścią SWZ. i było jemu wiadome, iż wystarczającym jest wykazanie dwóch robót o określonym charakterze, aby uzyskać maksymalną ilość punktów. Skoro podał ich więcej to znaczy, że taki miał zamiar i nieuprawnionym jest zawężanie przedstawionego wykazu jedynie do dwóch robót z poz. 1 i 2. Izba stoi na stanowisku, że skoro wykonawca PUH na potrzeby dodatkowej punktacji w wykazie przedstawił konkretne doświadczenie Kierownika budowy to zostało ono „skonsumowane” na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji poprzez samo jego podanie w Wykazie-załącznik nr 4A. Bez znaczenia jest kwestia, czy Zamawiający doświadczenie to „wykorzystał” do przyznania dodatkowych punktów czy też nie. Z tych względów Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został wskazany w rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4) lit. b1) SWZ w zakresie legitymowania się przez Kierownika budowy odpowiednim doświadczeniem. Konsekwencją takiego stanowiska jest uznanie, że Zamawiający wadliwie uznał, że wykonawca PUH ww. warunek spełnia. Wobec tego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony (...).”**(koniec cytatu wyroku)**

(...)Należy również zauważyć, iż wezwany Wykonawca Arco System sp. z o.o. mógł po otrzymaniu przez Zamawiającego wezwania dedykować inną osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy jednakże bez możliwości uzyskania punktów za dodatkowe doświadczenie z uwagi na brak możliwości jakiegokolwiek „wymiany” załącznika nr P4 lub zmiany jego treści.

Wobec faktu, iż została już wyczerpana możliwość powtórnego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia o nowy wykaz osób dedykowanych do realizacji zamówienia, uznać należy, iż Wykonawca Arco System sp. z o.o., nie potwierdził, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia kierownika budowy, a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, zaś zaniechanie jej odrzucenia narusza art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 Pzp.”**(koniec cytatu stanowiska odwołującego co do kierownika budowy).**

Taką jak powyżej (cytaty) w szczególności zasadniczą argumentację przedstawił odwołujący.

Izba nie podziela powyższej argumentacji odwołującego co do kierownika budowy, w zakresie twierdzenia o nie spełnieniu warunku udziału, przez przedstawienie wykazu doświadczenia zawodowego na wezwanie zamawiającego. Izba nie odnosi się co do argumentacji odwołującego w sprawie kryterium oceny ofert w zakresie dodatkowego doświadczenia zawodowego, ponieważ nie było ono objęte zarzutem odwołania, chociaż zamawiający odniósł się również w tym zakresie.

Izba oddalając odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących kierownika budowy podziela argumentację zamawiającego, którą w zasadniczym i istotnym dla rozstrzygnięcia sporu zakresie prezentuje jak poniżej, a w całości przedstawia we wstępnej części uzasadnienia wyroku (odpowiedź na odwołanie).

Cytat „II. Uzasadnienie braku uwzględnienia zarzutów

Tytułem wstępu należy wskazać, że twierdzenie Odwołującego jakoby w przedmiotowym postępowaniu zaistniał tożsamy stan faktyczny jak w cytowanym w treści odwołania Wyroku KIO, wydanym w sprawie o sygnaturze akt KIO/1235/21, jest niezgodne z prawdą. Wyrok przytoczony w treści odwołania, na którym oparto jego argumentację dotyczył postępowania, w którym ówczesny Zamawiający w treści SWZ (w rozdziale XV w ust. 4) „w sposób wyraźny i klarowny ustalił zakaz wykorzystywania przez wykonawców doświadczenia wskazanego w ramach kryterium dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy na potrzeby wykazywania doświadczenia Kierownika budowy, stanowiącego potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (...)”. Jest to tym bardziej istotne i uzasadnione, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ również moment składania oświadczeń na potwierdzenie spełnienia warunku udziału oraz oświadczenia w zakresie kryterium był inny (wykaz na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji powinien być

złożony przez wykonawcę już wraz z ofertą, natomiast wykaz doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinien być złożony później i jedynie przez wykonawcę wezwanego przez Zamawiającego).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie tylko nie ustanowił żadnego zakazu dotyczącego wykorzystywania przez wykonawców doświadczenia wskazanego w ramach kryterium oraz na potrzeby wykazywania warunku udziału, ale również postanowieniami SWZ zażądał aby oba oświadczenia były złożone wraz z ofertą. Głównym celem Zamawiającego był bowiem wybór Wykonawcy, który dysponuje doświadczonym personelem dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz premiowanie tych Wykonawców, których personel ma doświadczenie wyższe od wymaganego (dodatkowe doświadczenie). Oceniając zdolności techniczne i zawodowe Wykonawcy, w zakresie dysponowania osobami, Zamawiający bazował zatem na załączniku P3, który mógł przecież podlegać zmianie według wyboru Wykonawcy (załącznik nr P3 do SWZ- wzór wykazu osób, podmiotowy środek dowodowy, który zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, podlega poprawieniu lub uzupełnieniu), natomiast przyznając dodatkowe punkty w ramach kryterium pozacenowego, Zamawiający bazował na oświadczeniu Wykonawcy sporządzonym na druku P4, które Wykonawca złożył wraz z ofertą.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający w treści SWZ konsekwentnie posługiwał się pojęciami „podwyższone doświadczenie zawodowe” oraz „dodatkowe doświadczenie” - w rozumieniu wskazanym w opisie kryterium tj. „ponad wymagane minimum” (...). Ponadto w Uwadze nr 7, znajdującej się w Dziale XIV SWZ, również wskazano: „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”. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN: „dodatkowy” oznacza taki, który został dodany do czegoś. Przenosząc powyższą definicję na realia przedmiotowego postępowania należy przyjąć, że premiowane dodatkowe doświadczenie, to nic innego jak doświadczenie wykraczające (dodane) do doświadczenia niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału - ponad wymagane warunkiem udziału minimum. Aby zatem przyznać dodatkowe punkty w ramach kryterium pozacenowego, należało w pierwszej kolejności zweryfikować spełnienie warunku udziału, co też Zamawiający uczynił, a następnie w zakresie doświadczenia wykraczającego poza minimum określone warunkiem udziału, Zamawiający przyznał punkty. W praktyce mechanizm był następujący: Zamawiający na potrzeby oceny spełniania warunku udziału, wziął pod uwagę uzupełniony załącznik nr P3, w którym Wykonawca dodał również informacje wskazane w złożonym wraz z ofertą załączniku nr P4 (wykaz dodatkowego doświadczenia, na potrzeby kryterium nr 2 pn.: „Dodatkowe doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”). Zamawiający nie przyznał punktów za realizacje zaliczone na poczet spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sposób liczenia wymaganego warunkiem okresu doświadczenia jak i doświadczenia premiowanego w ramach kryterium nr 2 nie był sprzeczny z zasadami opisanymi w SWZ.(...)Taki działaniem było w pełni zgodne z celem, który przyświeca postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj. m.in.: wyłonieniu Wykonawcy dysponującym profesjonalnym kierownikiem budowy, którego suma doświadczeń zawiera zarówno wymagania ujęte w warunkach udziału w postępowaniu jak i w kryterium oceny ofert. Konstatacja Zamawiającego prowadzi do uznania, że w sytuacji braku zakazu w dokumentach zamówienia wskazywania tych samych zadań/doświadczenia, w ramach kryterium dodatkowego doświadczenia (zał. nr P4) i na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zał. nr P3), nie sposób jednoznacznie odczytać wolę Wykonawcy wskazującego w załączniku nr P3 te same usługi, co w załączniku nr P4. W ocenie Zamawiającego, o „skonsumowaniu” można mówić wyłącznie wówczas, gdy jakaś usługa zostanie zaliczona na poczet warunku, nie zaś tylko poprzez wskazanie jej w jednym czy drugim załączniku. Słownikowa definicja sformułowania „skonsumować” oznacza m.in. „zrobić z czegoś użytek”. Dlatego o skonsumowaniu zadania/doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunku udziału możemy mówić dopiero wówczas, gdy Zamawiający zaliczy to zadanie/doświadczenie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału.

Z uwagi na powyższe, działania Zamawiającego były zgodne z postanowieniami SWZ. Dodatkowe punkty (8 punktów za dwa zadania/doświadczenia) zostały przyznane za zadania wykraczające ponad, określone w warunkach udziału w postępowaniu, czyli zadania wskazane w załączniku nr P4, jednocześnie nieskonsumowane na potwierdzenie warunków udziału.”(koniec cytatu).

Zamawiający reasumując stanowisko co do Kierownika Budowy T.F. stwierdził”Odwołujący powołując się na opisany powyżej wyrok KIO, wydany w sprawie o sygnaturze akt KIO/1235/21, wskazał, iż biorąc pod uwagę wykaz osób złożony wraz z ofertą Pan T.F. posiada 21 miesięcy doświadczenia zawodowego (Odwołujący zaliczył wyłącznie pozycję nr 5,6 i 7), natomiast biorąc pod uwagę wykaz osób złożony na wezwanie Zamawiającego: 50 miesięcy doświadczenia zawodowego (Odwołujący nie dopuszcza wzięcia pod uwagę realizacji wskazanych również w załączniku nr P4 do SWZ).

Wymaga podkreślenia, że oceniając doświadczenie zawodowe Pana T.F., Zamawiający wbrew twierdzeniom

Odwołującego, nie wziął pod uwagę realizacji, których data wykonania przypadła na lata przed uzyskaniem uprawnień budowlanych „bez ograniczeń”, ani też pokrywających się okresów doświadczenia. Do weryfikacji warunków udziału posłużył wykaz uzupełniony przez Wykonawcę na podstawie art. 128 Pzp, zgodnie z którym Pan T.F. legitymuje się doświadczeniem wynoszącym 69 miesięcy.”(koniec cytatu)

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 („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 spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Dziale V pkt 3.2. SWZ, prowadzącego do zmiany osoby, której doświadczenie podlegałoby 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)” -swz-akta sprawy).

Izba ustaliła, że w przypadku kierownika budowy zmiana osoby nie nastąpiła ani w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego, ani w zakresie dodatkowego doświadczenia zawodowego.

W związku z powyższym w ocenie Izby argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, w związku z cytowanym wyrokiem KIO 1235/21, jak i postanowieniami SWZ w niniejszej sprawie.

Na kanwie przywoływanego wyroku KIO 1235/21, Izba podziela stanowisko zamawiającego, że tzw. skonsumowanie oferty w zakresie kryterium oceny ofert (punkty za dodatkowe doświadczenie) następuje nie przez samo jej złożenie. Bowiem do skonsumowania oferty konieczne jest przyznanie punktów za dodatkowe doświadczenie przez zamawiającego, a co nie nastąpiło, w związku z uzupełnieniem wykazu wymaganego doświadczenia kierownika budowy, z użyciem doświadczenia z wykazu P4.

Izba ustaliła i zważyła co do zarzutu skierowanego pod adresem kierownika robót sanitarnych A.G. oraz braku podstaw zastosowania wobec kierownika robót sanitarnych i kierownika budowy art.128 ust.1 Pzp.

Zamawiający w cytowanej, we wstępnej części uzasadnienia wyroku, odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut co do kierownika robót sanitarnych. Z powyższego stanowiska wycofał się (pismo zamawiającego z dnia 25.09.2023r., które DOTYCZY SKORYGOWANIA STANOWISKA ZAMAWIAJĄCEGOZAWARTEGO W ODPOWIEDZI NA ODWOŁANIE Z DNIA 22.09.2023 R.)

Pierwotnie zamawiający wskazał co następuje:

„osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiada wyłącznie 55 miesięcy doświadczenia zawodowego wymaganego warunkiem udziału. Powyższe oznacza, że Wykonawca Arco System Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu szczegółowo opisanego w pkt

3.2.3Działu V SWZ, co biorąc pod uwagę fakt, że została już wyczerpana procedura związana z uzupełnieniem podmiotowych środków dowodowych (wykaz osób został już raz uzupełniony przez Wykonawcę Arco System Sp. z o.o. oznacza, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) Pzp.

Z uwagi na powyższe Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonał ponownej oceny i badania ofert, a w konsekwencji odrzucił ofertę Wykonawcy Arco System Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) Pzp.”

Dalej zamawiający stwierdził „Przy czym wezwanie wskutek którego Wykonawca Arco System Sp. z o.o., uzupełnił wykaz osób (wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust 4 Pzp) nie obejmowało swoim zakresem osoby Pani A.G., co oznacza, że w tym zakresie nie została wyczerpana procedura związana z uzupełnieniem podmiotowych środków dowodowych (art. 128 ust. 1 Pzp). Tak więc, Zamawiający koryguje odpowiedź na odwołanie z dnia 22.09.2023 r., w ten sposób, że cytowany powyżej fragment tekstu ze str. 5 oraz 6 odpowiedzi na odwołanie, przyjmuje następujące brzmienie:

„Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę treść wykazu osób, należy przyjąć, że osoba skierowana do

pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiada wyłącznie 55 miesięcy doświadczenia zawodowego wymaganego warunkiem udziału. Powyższe oznacza, że Wykonawca Arco System Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu szczegółowo opisanego w pkt 3.2.3 Działu V SWZ. Z uwagi na powyższe Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonał ponownej oceny i badania ofert oraz wezwał Wykonawcę Arco System Sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia nowego wykazu osób, w zakresie kierownika robót sanitarnych."

Przystępujący po stronie zamawiającego Arco System Sp. z o.o. nie wniósł sprzeciwu na posiedzeniu w dniach 26 i 28 września 2023r. co do uwzględnienia zarzutu braku wymaganego doświadczenia kierownika robót sanitarnych A.G., wnosząc o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu kierownika robót sanitarnych.

Odwołujący i przystępujący po jego stronie, wskutek wyżej opisanej korekty stanowiska zamawiającego co do kierownika robót sanitarnych, podnieśli argumentację na rozprawie co do braku podstaw, wbrew twierdzeniu zamawiającego i przystępującego po jego stronie, w zaistniałej sytuacji do zastosowania art. 128 ust. 1 Pzp. Jak argumentowali: odwołujący i przystępujący po jego stronie na posiedzeniu/rozprawie w dniach 26 i 28 września 2023r. (vide protokół – akta sprawy), z powodu nieprawdziwych informacji złożonych przez A.G., a co bezpośrednio obciąża Arco System Sp. z o.o. żądali odrzucenia oferty tego wykonawcy. Ich zdaniem zaistniała sytuacja po stronie zamawiającego wskutek złożonego w wykazie doświadczenia dla kierownika robót sanitarnych A.G. powoduje brak podstaw do zastosowania art. 128 ust. 1 Pzp, także wobec kierownika budowy T.F.. Biorąc pod uwagę oni, że w sytuacji nieprawdziwych informacji, nie ma procedury przewidzianej w art. 128 ust. 1 Pzp. Na pytanie Izby do zamawiającego i przystępującego po jego stronie, jakie prezentują stanowisko, oświadczyli, że zaistniała sytuacja zarówno wobec kierownika budowy oraz kierownika robót sanitarnych kwalifikuje się do art. 128 ust. 1 Pzp, przez dyspozycję „błąd”.

W ocenie Izby stanowisko zamawiającego i przystępującego po jego stronie co do obowiązku zastosowania procedury z art. 128 ust. 1 Pzp jest prawidłowe z dyspozycją „błąd”, a nie jak oczekuje odwołujący i przystępujący po jego stronie odrzucenie oferty z powodu nieprawdziwych informacji.

Ponadto pełnomocnik przystępującego po stronie zamawiającego wyjaśnił, że zamawiający w swz nie przewidział fakultatywnego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 czy 10 Pzp. Izba powyższe stwierdzenie o stanie faktycznym i prawnym regulacji SWZ w tym zakresie potwierdza. Tak więc zamawiający ma obowiązek wezwać Arco System Sp. z o.o. w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, a do czego zobowiązał się, uwzględniając w tym zakresie zarzut, który nie spotkał się ze sprzeciwem przystępującego po jego stronie, a wręcz akceptacją i oświadczeniem, że tak uzupełniony wykaz jest już dla zamawiającego sporządzony (vide protokół rozprawy -akta sprawy).

Izba odnieść się poniżej do twierdzeń odwołującego i przystępującego po jego stronie co do obowiązywania dotychczasowego orzecznictwa, opartych na ustawie z dnia 29 stycznia 2004r., przywołując argumentację z rozprawy i tak przystępujący: „Uważam tak jak pełnomocnik radca prawny Odwołującego, że zaistniała sytuacja nie kwalifikuje się do zastosowania art. 128 tj., do wezwania do uzupełnienia doświadczenia inżynier A. Glijer, ponieważ istnieje utrwalone orzecznictwo Izby poparte wyrokiem SO wydział XXIII Warszawa 23 ZS/101/21 z 26 listopada 2021r. w związku z utrzymaniem w mocy wyroku KIO 1222/21 z 16 czerwca 2021, gdzie stwierdzono że tak jak tu w analogicznej sytuacji oceniają się jako podanie nieprawdziwych informacji, a nie przesłanek wymienionych w 128 ust. 1 w związku z tym nie mam możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentu P3 i uważam, że skutkuje to odrzuceniem oferty.” (vide protokół z rozprawy - akta sprawy). Izba także przywołuje na powyższą okoliczność argumentację przystępującego: „Przystępujący Quadrum pełnomocnik radca prawny przywołuje komentarz P-i Sieradzkiej wydawnictwo Legalis komentarz do art. 128 gdzie stwierdza, że w sytuacji nieprawdziwych informacji następuje odrzucenie oferty i nie może być instytucją konwalidacji; wydawnictwo 2022r. Uważam, że orzecznictwo w tym zakresie jest aktualne: z 8 sierpnia 2017 KIO 1509/17, z 20 sierpnia 2018 KIO 1432/18, z 27 sierpnia 2021 KIO 2073/21, KIO 2080/21, KIO 2095/21, KIO 2097/21.” (vide protokół z rozprawy - akta sprawy).

W ocenie Izby przywołane orzecznictwo nie jest aktualne i nie może służyć jako przykład w niniejszej sprawie, a to z następujących względów:

Po pierwsze w sprawie Sygn. akt: KIO 1219/21 KIO 1222/21 KIO 1227/21 WYROK z dnia 16 czerwca 2021 Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 147-361931.

Po drugie w sprawie Sygn. akt: KIO 2073/21, KIO 2080/21, KIO 2095/21, KIO 2097/21 WYROK z dnia 27 sierpnia 2021 Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 grudnia 2020 r., nr 2020/S 255- 642977.

W tym miejscu Izba przywołuje art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 przepisy przejściowe i dostosowujące z ustawy z dnia 11 września 2019r.- przepisy wprowadzające ustawę, w którym stwierdza się, do postępowań o udzielenie zamówienia, o

których mowa w ustawie uchylanej w art.89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021r, stosuje się przepisy dotychczasowe. Powyżej przywołany artykuł 89 brzmi: Traci moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r. poz.1843 oraz z 2020r. poz. 1086). Dla Izby z tej regulacji prawnej (art.90 ust.1 w zw. z art.89) wniosek jest jeden skoro w obydwu wyżej przywoływanych wyrokach postępowania były wszczęte (a były - 31 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 147-361931 i 31 grudnia 2020 r., nr 2020/S 255- 642977) i niezakończone do 1 stycznia 2021r. (a były wyroki 16 czerwca 2021 r. i z dnia 27 sierpnia 2021 r.) to stosuje się do tych spraw ustawę Pzp z 2004roku, a nie z 2019roku. Natomiast regulacja z 2004r. i 2019r. Pzp w zakresie wykluczenia z powodu lekkomyślności lub niedbalstwa, czy też zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, jest rozbieżna (porównaj art.24 ust.1 pkt 16) i pkt 17) Pzp 2004 a art.109 ust.1 pkt8) i pkt10) Pzp 2019). Również Izba wskazuje, wbrew argumentacji odwołującego i przystępującego po jego stronie, że w poprzednim stanie prawnym jak i aktualnym, aby wykluczać z powyższych powodów dowód istnienia nieprawdziwej informacji to tylko jeden z elementów do wykluczenia, ponieważ drugim jest udowodnienie wykonawcy, że nieprawdziwa informacja pojawiła się czy to z powodu lekkomyślności, niedbalstwa, czy też zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

W związku z powyższym nawet gdyby hipotetycznie przyjąć do niniejszej sprawy zasady z ustawy Pzp 2004 to odwołujący i przystępujący po jego stronie, w związku z podniesioną argumentacją do wykluczenia nie udowodnili, że Arco System Sp. z o.o.był lekkomyślny czy niedbały, czy też działał w sposób zamierzony czy też z rażącym niedbalstwem przedstawiając wykaz doświadczenia kierownika robót sanitarnych, czy kierownika budowy. W szczególności przystępujący po stronie zamawiającego składając pismo z dnia 25.09.2023r. i załączając dokumenty (w aktach sprawy) udowodnił, że odnośnie A.G. wystąpił błąd w oświadczeniu (wykaz P3), a nie nieprawdziwa informacja (oświadczenie Eko galicja z 20.09.2023 – Prezes K.P. i Ativa J.K. – Inwestor Zastępczy A.A., jak i dalsze dowody np. protokoły, które wskazywały, że A.G. przed uzyskaniem pełnych uprawnień budowlanych przygotowywała dla P.Ś. dokumenty z wykonywanych prac). P.Ś. był formalnie kierownikiem robót sanitarnych i jednocześnie odpowiedzialnym za efekt robót sanitarnych, jako uprawniony bez ograniczeń w myśl prawa budowlanego i nadzorował pracę A.G.. Natomiast A.G. zdobywała doświadczenie do uzyskania pełnych uprawnień budowlanych pod kierunkiem uprawnionego bez ograniczeń P.Ś. („W tym miejscu pełnomocnik inżynier A.G.: Ja miałam umowę z Ekogalicją jako kierownik robót sanitarnych przez cały okres budowy wykonywałam codziennie obowiązki na budowie i z tego co wiem to Warbud postawił Ekogalicji taki warunek” - vide protokół z rozprawy - akta sprawy).

W powyższym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku, ponieważ odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów, które miały istotny wpływ na wynik postępowania, to jest na oczekiwany wybór oferty odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych, zwracając 5.000,00 zł. odwołującemu z tytułu nadpłaconego wpisu od odwołania i zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot 3.600,00 zł tytułem poniesionych kosztów na wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, na podstawie złożonej faktury vat.

Przewodniczący:.....