

**Sygn. akt: KIO 2265/22**

**WYROK**  
**z dnia 15 września 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 września 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 sierpnia 2022 r.** przez wykonawcy: **AEGIS S.A., ul. Grzybowska 12/14/39, 00-132 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Pałacu Kultury i Nauki Sp. z o.o., Plac Defilad 1, 00-901 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących:**

**a) naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 lub ust. 4 Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez ocenę, że ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, podczas gdy złożone**

podmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na pozytywną ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie poz. nr 2 wykazu usług – Przebudowa i rozbudowa Teatru Muzycznego CAPITOL we Wrocławiu;

b) naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez ocenę, że zastrzeżone przez ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa dokumenty i informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, podczas gdy ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa nie udowodnił, że rzeczywiście takiemu zastrzeżeniu mogą podlegać oraz że spełnione zostały wszystkie wymogi dotyczące wyłączenia jawności dokumentów i informacji składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na ich uwzględnienie i brak sprzeciwu;

**2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **AEGIS S.A., ul. Grzybowska 12/14/39, 00-132 Warszawa** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **AEGIS S.A., ul. Grzybowska 12/14/39, 00-132 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od wykonawcy: **AEGIS S.A., ul. Grzybowska 12/14/39, 00-132 Warszawa** na rzecz **Zarządu Pałacu Kultury i Nauki Sp. z o.o., Plac Defilad 1, 00-901 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu podczas realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja Sali Kongresowej w Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie wraz z pomieszczeniami niezbędnymi do jej funkcjonowania”* – nr sprawy 135/2022, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29.04.2022 r. pod nr 2022/S 084-225759 przez Zarząd Pałacu Kultury i Nauki Sp. z o.o., Plac Defilad 1, 00901 Warszawa zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej: „*NPzp*” albo „*PZP*” albo „*ustawy Pzp*”.

W dniu 19.08.2022 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: ECM Group Polska S.A., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa zwanej dalej: „ECM Group Polska S.A.” albo „ECM” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta AEGIS S.A., ul. Grzybowska 12/14/39, 00132 Warszawa zwana dalej: „AEGIS S.A.” albo „Odwołującym”.

Dnia 29.08.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 19.08.2022 r. złożył AEGIS S.A. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 PZP poprzez ocenę, że oferta złożona przez ECM nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy złożona przez ECM oferta i wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie udowadniają, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej;
- 2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 lub ust. 4 PZP poprzez ocenę, że wykonawca ECM wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, podczas gdy wykonawca ECM nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a złożone podmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na pozytywną ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie wykonawcy ECM do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych;

3) art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 PZP poprzez ocenę, że zastrzeżone przez wykonawcę ECM dokumenty i informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawca ECM nie udowodnił, że rzeczywiście takiemu zastrzeżeniu mogą podlegać oraz że spełnione zostały wszystkie wymogi dotyczące wyłączenia jawności dokumentów i informacji składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

4) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez ECM jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta złożona przez ECM powinna zostać odrzucona z postępowania, a w jej miejsce za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami wnoszę o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty ECM jako najkorzystniejszej,
4. powtórzenie oceny i badania ofert i nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ECM, ewentualnie wezwanie wykonawcy ECM do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Po pierwsze, oferta złożona przez ECM zawiera cenę rażąco niską, przez co powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP. ECM, udzielając wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny nie sprostał wymaganiom określonym zarówno przez ustawodawcę, jak i samego Zamawiającego w zakresie dokonywania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i nie udowodnił, że nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia ECM są lakoniczne i oderwane od przedmiotu zamówienia (mogłyby, w zasadzie, stanowić wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podobny przedmiot zamówienia), co powoduje konieczność uznania, że oferta ECM winna podlegać odrzuceniu, gdyż zawiera cenę rażąco niską.

Po drugie, wykonawca w złożonym wykazie usług wraz z referencjami nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie wezwania do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień powoduje, że wybór oferty wykonawcy ECM został dokonany

przedwcześnie, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Po trzecie, wykonawca ECM zastrzegł dokumenty i informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, lecz nie spełnił wszystkich ustawowych wymogów, które określają takie uprawnienie wykonawcy. W związku z tym, działanie Zamawiającego polegające na utrzymaniu tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie, w jakim nie powinno to mieć miejsca, stanowi o naruszeniu przepisów PZP.

Po czwarte, oferta złożona przez ECM nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, powinna zostać odrzucona z postępowania.

Zamawiający wszczął postępowanie, którego przedmiotem ma być pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu podczas realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja Sali Kongresowej w Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie wraz z pomieszczeniami niezbędnymi do jej funkcjonowania”. Stosowne ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 084-225759 w dniu 29.04.2022 r. Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Termin składania ofert w postępowaniu został wyznaczony na dzień 8 czerwca 2022 r. W ustalonym terminie składania ofert w postępowaniu, swoje oferty złożyło 4 wykonawców. W dniu 19 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował, mailowo, Odwołującego o tym, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - wykonawcy ECM.

#### Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 PZP.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, odrzuca się ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w dniu 15.06.2022 r. wezwał ECM do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wskazując szczegółowo na okoliczności, które należy wziąć pod uwagę przy udzielaniu wyjaśnień. ECM w dniu 14.07.2022 r. udzielił wyjaśnień Zamawiającemu. Skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisu art. 224 ust. 5 i 6 PZP, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest - w świetle przywołanych przepisów PZP - obowiązek odrzucenia oferty.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że o ocenie zasadności przedmiotowego zarzutu decyduje merytoryczna jakość wyjaśnień złożonych przez ECM. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny został ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, a brak ich złożenia, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, niepopartych dowodami skutkować winny odrzuceniem oferty. Dokonując oceny treści wyjaśnień wykonawcy pod kątem ich kompletności nie bez znaczenia pozostaje treść wezwania wystosowanego do niego przez zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 PZP, treść wyjaśnień musi bowiem korespondować z treścią wezwania, także pod względem szczegółowości. Wyjaśnienia powinny obejmować wszystkie objęte treścią wezwania zagadnienia i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie pełnej i pozytywnej weryfikacji czy cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska i została skalkulowana z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych założeń. Podkreślił, że efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Istotną wagę jaką przypisać należy przedstawieniu szczegółowych wyjaśnień potwierdza ustawowy wymóg przedstawienia dowodów na poparcie stawianych tez wynikający z art. 224 ust. 1 PZP. To wyłącznie na podstawie treści wyjaśnień, a nie własnej wiedzy, Zamawiający dokonuje oceny czy oferta podlega odrzuceniu, dlatego też tak ważne jest, aby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie były ogólne, a także by zostały one poparte dowodami. Wyjaśnienia złożone przez ECM są lakonicznie, ogólnikowe i nie potwierdzają okoliczności, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Przedłożone wyjaśnienia są raczej krótkim zestawieniem prognozowanych kosztów w pewnym fragmencie dotyczącym przedmiotu zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, *„sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia*

wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść” (wyrok KIO z dnia 6 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1680/21).

Zwrócił szczególną uwagę na fakt, iż to Zamawiający treścią swojego wezwania wskazał, jakie elementy, w szczególności, wykonawca ECM winien wykazać w ramach udzielanych wyjaśnień. Oznacza to, że właśnie w kręgu tych elementów wykonawca ECM winien poszukiwać odpowiedzi na wezwanie. Tak się jednak nie stało. Chociażby element „przewidywana ilość roboczogodzin dla każdego z członków personelu” nie została przez wykonawcę ECM uwzględniona. Dodatkowo, w przypadku „kosztów zatrudnienia personelu” jedynie w pewnym fragmencie zostało wskazane, jakie to są koszty.

Na szczególną uwagę zasługuje jednak tabela z wyliczeniami, stanowiąca załącznik do wyjaśnień wykonawcy ECM. Poniżej zostaną wskazane elementy, które świadczą o tym, że wyliczenie to jest nierzetelne i nie potwierdza zaoferowania ceny rynkowej, niebędącej rażąco niską ceną:

- 1) W przypadku pozycji „pracownik biurowy”, Zamawiający w treści dokumentów zamówienia posługuje się liczbą mnogą w zakresie tych osób, natomiast wykonawca ECM w tej tabeli wskazał jedną osobę - co już samo w sobie świadczy o zaoferowaniu realizacji niezgodnej z wymogami SWZ;
- 2) W przypadku pozycji „pracownik biurowy” wykonawca wskazuje wartość netto „kosztów” za 1 miesiąc realizacji usługi, jednocześnie wskazując, że w tym zakresie osoba zatrudniona będzie na podstawie umowy o pracę. Mimo tego, w wyliczeniach dotyczących kosztów brutto zatrudnienia tej osoby, wykonawca ECM mnoży wartość netto razy 23% (domniemać należy, że chodzi o stawkę VAT) i to daje mu koszt brutto zatrudnienia danej osoby. Jest to oczywiście działanie niezgodne z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, gdyż wartość brutto (pełny koszt pracodawcy) jest zdecydowanie większy niż 23% od wartości netto;
- 3) Koszty świadczenia usług przez wskazane osoby są znacząco zaniżone. Zwrócić bowiem należy uwagę, że Zamawiający wymagał zaoferowanie osób o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu (np. w zakresie doświadczeniu w realizacji usług związanych z zabytkami). Krąg osób, które mogłyby zostać wykazane jest mocno ograniczony, a wynagrodzenie, jakie mogłyby otrzymać te osoby w sposób znaczny (2-3 krotny) przewyższa koszty wykazane przez wykonawcę ECM;
- 4) Wykonawca ECM twierdzi, że w ciągu 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy nie ulegnie zmianie wynagrodzenie osób realizujących przedmiot zamówienia. Zwrócić należy uwagę, że



jest to założenie z gruntu rzeczy niemożliwe do spełnienia. Biorąc pod uwagę wysoką inflację, coraz wyższe koszty życia oraz wysoką presję płacową, nie jest możliwe utrzymanie dokładnie tych wynagrodzeń (i to w tak niskiej wysokości);

5) Co więcej, wykonawca ECM twierdzi, że koszt pracy niektórych członków zespołu się zmniejszy po 30 miesiącach. Jest to założenie z gruntu rzeczy niemożliwe do spełnienia.

Podkreślił przy tym, że wykonawca ECM miał na złożenie stosownych wyjaśnień wraz z dowodami blisko 30 dni. Mając na uwadze tak długi czas na złożenie wyjaśnień, wyjaśnienia te winny być niezwykle szczegółowe i w sposób złożony omawiać każdą z pozycji wskazaną w wezwaniu Zamawiającego. Nie mniej istotne przy tym jest to, że zaoficerowana przez wykonawcę ECM cena jest rażąco niska w stosunku do cen oferowanych przez tego wykonawcę w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Dla przykładu:

I. Zamawiający - Warszawska Kolej Dojazdowa sp. z o.o.

Postępowanie - „Zarządzanie i sprawowanie funkcji nadzoru (w tym budowlanego i inwestorskiego) - Inżynier Kontraktu” dla inwestycji pn. „Budowa, przebudowa i rozbudowa linii kolejowej nr 47 w zakresie dobudowy drugiego toru wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 5.471.221,34 zł brutto. Oferta najtańsza - 3.929.849,90 zł. Oferta ECM - 7.006.423,85 zł (na 7 złożonych ofert, była to druga najdroższa oferta)

II. Zamawiający - Urząd Miasta Szczecin

Postępowanie - „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Budowa zintegrowanego węzła komunikacyjnego Łękno wraz z infrastrukturą na przebiegu Trasy Średnicowej dla obsługi wewnątrz aglomeracji ruchu pasażerskiego w Szczecinie”. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 3.300.000,00 zł brutto. Oferta najtańsza - 2.627.280,00 zł. Oferta ECM - 4.264.410,00 zł (na 5 złożonych ofert, była to druga najdroższa oferta)

III. Zamawiający - Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Centrum Techniki Morskiej S.A.

Postępowanie - Pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego dla Inwestycji „Budowa hali laboratoryjnej i stanowiska do badań pól magnetycznych wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną”. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 430.500,00 zł brutto. Oferta najtańsza - 184.500,00 zł. Oferta ECM - 1.841.310,00 zł (na 6 złożonych ofert, była to druga najdroższa oferta)

Dlatego też, Zamawiający nie miał możliwości uwzględnienia wyjaśnień złożonych przez ECM. Wprost przeciwnie, winien odrzucić ofertę ECM jako zawierającą rażąco niską cenę. Mając zatem na uwadze powyższe, uwzględnienie odwołania w tym zakresie jest jak najbardziej zasadne.

Naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 lub ust. 4 PZP.

3.2.1 Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu wskazanym w rozdziale 12 ust. 1 pkt 3) SWZ:

3) zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że:

- w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał usługi Inżyniera Kontraktu polegające na nadzorowaniu i zarządzaniu łącznie co najmniej:

a) dwóch inwestycji polegających na budowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej na potrzeby kultury, posiadających stałą widownię na co najmniej 500 miejsc siedzących i stałą scenę lub estradę wyposażoną w elementy technologii scenicznej, oświetlenie sceniczne oraz elektroakustykę, każda o wartości robót nie mniejszej niż 80.000.000.00 PLN netto (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych) oraz brał udział w ich przekazaniu do użytkowania;

b) dwóch inwestycji polegających na budowie lub przebudowie budynku wpisanego do rejestru zabytków nieruchomości lub inwentarza muzealiów, każda o wartości robót nie mniejszej niż 10.000.000.00 PLN netto (słownie: dziesięć milionów złotych).

Wykonawca ECM w złożonym przez siebie wykazie usług wskazał na 4 usługi.

Pozycja nr 2 - Przebudowa i rozbudowa Teatru Muzycznego CAPITOL we Wrocławiu

Zgodnie z treścią złożonych referencji, przedmiot umowy był realizowany przez konsorcjum składające się z dwóch podmiotów. Jest to o tyle istotne, że tylko jeden z członków tego konsorcjum został wskazany jako podmiot, który udostępnia swoje zasoby wykonawcy ECM. Z tego też powodu, wykonawca ECM w wykazie winien wykazać, jaki był dokładnie zakres zadań podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Nie ma bowiem wątpliwości, mając na uwadze aktualne orzecznictwo KIO, że podmiot uprzednio realizujący umowę w ramach konsorcjum może wykazywać doświadczenie realnie zdobyte (w zakresie, w jakim to ten podmiot realizował przedmiot umowy), a nie doświadczenie zdobyte przez całe konsorcjum. Zgodnie z wyrokiem TSUE C-387/14 Esaprojekt, pkt 64, wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Dodatkowo, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 392/21), „do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Istotne jest

również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia". Mając powyższe na uwadze, Zamawiający winien uznać, że wykonawca ECM nie wykazał należyście spełnienia warunku udziału w postępowaniu i winien go wezwać, na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 PZP, do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, ewentualnie na podstawie art. 128 ust. 4 PZP do złożenia wyjaśnień w zakresie udziału członka konsorcjum w realizacji przedmiotu umowy.

### Pozycja 3 - Modernizacja skrzydła północnego Zamku Książąt Pomorskich w Szczecinie

Warunek udziału w postępowaniu został postawiony w ten sposób, że wykonawca miał się legitymować doświadczeniem w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu w inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej lub budowie lub przebudowie budynku wpisanego do rejestru zabytków nieruchomości lub inwentarza muzealiów. Natomiast wykonawca ECM złożył wykaz usług oraz referencji, z których wynika, że dla tej pozycji były prowadzone prace polegające na „modernizacji”. Jest to o tyle istotne, że pojęcie „modernizacji” nie mieści się w definicjach „budowy” lub „przebudowy” wskazanych w przepisach Prawa budowlanego. Co więcej, sam Zamek Książąt Pomorskich w Szczecinie na swojej stronie internetowej wskazuje, że „W latach 2014-2015 gruntownej modernizacji poddano skrzydło północne Zamku Książąt Pomorskich. Celem przedsięwzięcia było wzbogacenie budowli o elementy dekoracyjne i ekspozycyjne nawiązujące do przekazów historycznych oraz unowocześnienie infrastruktury technicznej (instalacje, multimedia, windy). Zwiedzającym umożliwiono oglądanie w odsłoniętych, przykrytych szklanymi taflami wykopach, fundamentów nieistniejących średniowiecznych budowli zamkowych, zachowanych pod skrzydłem północnym: „Kamiennego Domu” (Sala Barnima III), najstarszego kościoła zamkowego (Sala Księcia Bogusława X) i murów obronnych (sala księcia Bogusława X, Wieża Dzwonów). W udostępnionej do zwiedzania krypcie grzebalnej Gryfitów wyeksponowano książęce sarkofagi. Zgodnie z dokumentacją historyczną odtworzono dawne elementy architektury skrzydła północnego - przejazd bramny oraz taras widokowy na dachu. Nowy wygląd otrzymała Sala Księcia Bogusława X, dawny kościół

zamkowy, gdzie wykonano współczesną wersję neorenesansowych polichromii sklepień i ścian z początku XX w. Głównymi elementami dekoracji są wici roślinne i iluzyjne elementy architektoniczne” (źródło - <https://zamek.szczecin.pl/modernizacja-zamku-w-latach-2014-2015-pod-haslem-przywracamy-dawne-piekno/>). Nie można zatem uznać, że wskazywana inwestycja spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w ramach warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający winien wezwać wykonawcę ECM do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 PZP, gdyż wskazywana usługa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

#### Pozycja 4 - Europejskie Centrum Numizmatyki Polskiej w Muzeum Narodowym w Krakowie

W przypadku tej pozycji należy zwrócić uwagę, że z referencji również jasno wynika, że mamy do czynienia z „modernizacją”, a nie z „budową” lub „przebudową”. Zatem, biorąc pod uwagę argumentację wskazaną dla pozycji z pkt 3, Zamawiający winien wezwać wykonawcę ECM do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 PZP, gdyż wskazywana usługa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawca ECM nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez podmiotowe środki dowodowe, w związku z czym wykonawca ECM winien zostać wezwany na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, ewentualnie na podstawie przepisu art. 128 ust. 4 PZP do wyjaśnień złożonych podmiotowych środków dowodowych.

#### Naruszenie art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 PZP

Zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „*wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania*” (wyrok KIO z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 253/22). Aby możliwe było zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, muszą zostać spełnione przesłanki określone w przepisie art. 18 ust. 3 PZP. Złożone przez wykonawcę ECM wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią kilka zupełnie ogólnikowych zdań dotyczących zastrzegania informacji oraz zestaw orzecznictwa w tym przedmiocie. Nie ma zatem wątpliwości, że są to wyjaśnienia nie tylko lakoniczne i nieprzystające do celu, jaki

mają spełniać. Podkreślił, że sam wykonawca ECM dostrzega, że przynajmniej część wykazywanego doświadczenia wykazywanych osób została zrealizowana na rzecz podmiotów publicznych. Już z samej tej okoliczności wynika, że informacje te nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa - gdyż są z zasady jawne. Trudno uznać, aby wykaz tworzony wyłącznie na potrzeby danego postępowania mógł zostać uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Oczywistym jest, że celem objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób przez wykonawcę ECM jest uniemożliwienie weryfikacji przez wykonawcę konkurencyjnego, doświadczenia osób pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Taki wykaz powstaje wyłącznie na potrzeby danego postępowania - a zatem w celu weryfikacji zawartych w nim informacji przez Zamawiającego. Zestawienie osób wyszczególnionych w wykazie ma zatem charakter „chwilowy”. Wykonawca ECM nie wykazał w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, co jest na tyle charakterystycznego i nadzwyczajnego w tym zestawieniu osób, że stanowi ono tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wiadomo zatem, jaka jest wartość tego zestawienia. Stanowi ono po prostu część oferty wykonawcy ECM. Co więcej, wykaz osób stanowić miał potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie konkretnego doświadczenia osób, a zatem trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa potwierdzenie spełnienia wymagań opisanych przez Zamawiającego.

Ponadto wykonawca ECM nie wykazywał, że na etapie realizacji zamówienia będzie dokonywał utajnienia tożsamości osób skierowanych do realizacji niniejszego zamówienia, jak również że będzie utajniał okoliczności związane z realizacją zamówienia przez daną osobę u Zamawiającego. Powyższe również potwierdza, że utajnienie przez wykonawcę ECM wykazu osób miało charakter chwilowy, na czas badania i oceny ofert przez Zamawiającego. Utajnione informacje nie mają charakteru wartości stałej, trwałej wartości gospodarczej. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonanie odtajnienia zastrzeżonego wykazu osób.

#### Naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP

Wskazywany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP w ocenie Odwołującego jest słuszny, albowiem wybór oferty najkorzystniejszej dotyczy oferty, która nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w oparciu o zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, art. 128 ust. 1 lub 4 PZP oraz art. 18 ust. 1 i 3 PZP. Gdyby zarzut dotyczący naruszenia ww. przepisów w stosunku do oferty ECM został uwzględniony, wtedy też oferta wykonawcy ECM nie mogłaby dalej być uznawana za najkorzystniejszą ofertę, gdyż oferta wykonawcy ECM podlegałaby odrzuceniu. Wskazał bowiem, że w takim przypadku oferta Odwołującego uzyskałaby największą liczbę punktów

w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert i to właśnie oferta Odwołującego się powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 30.08.2022 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31.08.2022 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ECM Group Polska S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ECM Group Polska S.A.

W dniu 07.09.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w zakresie następujących zarzutów:

1) naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 lub ust. 4 PZP poprzez ocenę, że wykonawca ECM wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, podczas gdy złożone podmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na pozytywną ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie wykonawcy ECM do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie poz. nr 2 wykazu usług – Przebudowa i rozbudowa Teatru Muzycznego CAPITOL we Wrocławiu;

2) naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 PZP poprzez ocenę, że zastrzeżone przez wykonawcę ECM dokumenty i informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawca ECM nie udowodnił, że rzeczywiście takiemu zastrzeżeniu mogą podlegać oraz że spełnione zostały wszystkie wymogi dotyczące wyłączenia jawności dokumentów i informacji składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 PZP poprzez ocenę, że oferta złożona przez ECM nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy złożona przez ECM oferta i wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie udowadniają, że nie zaferowano ceny rażąco niskiej wskazać należy, że stanowisko Odwołującego pomija najistotniejsze z perspektywy Zamawiającego załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które wskazują na oryginalne podejście Przystępującego do kwestii wyliczenia i ustalenia wynagrodzenia poszczególnych członków personelu. Okoliczności w zakresie

wynagrodzenia personelu kwestionowane są przez Odwołującego w sposób ogólnikowy bez odniesienia się do szczegółów.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 lub ust. 4 PZP poprzez ocenę, że wykonawca ECM wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, podczas gdy wykonawca ECM nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a złożone podmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na pozytywną ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie wykonawcy ECM do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych wskazać należy, że jest on bezzasadny w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu:

3) zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

- w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał usługi Inżyniera Kontraktu polegające na nadzorowaniu i zarządzaniu łącznie co najmniej:

a) dwóch inwestycji polegających na budowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej na potrzeby kultury, posiadających stałą widownię na co najmniej 500 miejsc siedzących i stałą scenę lub estradę wyposażoną w elementy technologii scenicznej, oświetlenie sceniczne oraz elektroakustykę, każda o wartości robót nie mniejszej niż

80.000.000.00 PLN netto (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych) oraz brał udział w ich przekazaniu do użytkowania;

b) dwóch inwestycji polegających na budowie lub przebudowie budynku wpisanego do rejestru zabytków nieruchomych lub inwentarza muzealiów, każda o wartości robót nie mniejszej niż

10.000.000.00 PLN netto (słownie: dziesięć milionów złotych).

Zamawiający dopuścił zatem wszelkie realizacji mieszące się w ramach budowy lub przebudowy. Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 7a) Prawa budowlanego, ilekroć w ustawie jest mowa o:

„budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego;

„przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są

dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;"

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż pojęcie modernizacji nie mieści się w ramach definicji „budowy” lub „przebudowy”. Zamawiający wskazuje, że polskie przepisy nie definiują takiego pojęcia. Przyjmuje się, że w związku z nowelizacją Prawa budowlanego z 1991 r. (którą wykreślono z Prawa budowlanego pojęcie modernizacji), iż obecnie modernizacja mieści się w zakresie pojęciowym remontu, przebudowy lub rozbudowy w zależności od zakresu dokonywanych prac. Tym samym wykorzystanie w ujęciu potocznym sformułowania „modernizacja” nie ma jakiegokolwiek przełożenia na przepisy prawa budowlanego. Tym samym analizując doświadczenie wykonawcy niezbędne jest zakwalifikowanie danego doświadczenia „budowy”, „przebudowy” lub „remontu”. Warto w tym miejscu wskazać, iż zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego, ilekroć w ustawie jest mowa o:

„remoncie - należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym;"

Tym samym, jeśli w ramach danej roboty budowlanej zakres wychodzi poza odtworzenie stanu pierwotnego to musimy mieć do czynienia z „budową” lub „przebudową”. Wskazać przy tym należy, że nie można zgodzić się z Odwołującym, iż wykonawca w złożonym wykazie usług wraz z referencjami nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy. Zgodnie z §9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać m.in. wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń



powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Tym samym potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest oświadczenie wykonawcy złożone w wykazie usług, zaś referencje służą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania usług wskazanych w wykazie. Treść oświadczenia Przystępującego złożona w wykazie usług jednoznacznie potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołującego obciąża zatem cały ciężar dowodowy udowodnienia przedstawionych przez niego twierdzeń. Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że:

Pozycja 3 - Modernizacja skrzydła północnego Zamku Książąt Pomorskich w Szczecinie

Przystępujący złożył Zamawiającemu jednoznaczne oświadczenie, iż:

„zakres inwestycji obejmował przebudowę zabytkowego budynku użyteczności publicznej (obiekt wpisany do rejestru zabytków pod nr A-805, decyzja Kl. V-0/3/55 z dn. 22.04.1955 r.).”

Analizując poświadczenie należytego wykonania umowy wskazać należy dodatkowo, iż już sam fakt weryfikacji dokumentacji projektowej (jej istnienie) oraz wykonania w ramach inwestycji windy łączącej kondygnacje budynku wskazuje, iż nie mamy do czynienia z remontem opisanego obiektu.

Pozycja 4 - Europejskie Centrum Numizmatyki Polskiej w Muzeum Narodowym w Krakowie

Przystępujący złożył Zamawiającemu jednoznaczne oświadczenie, iż:

„zakres inwestycji obejmował przebudowę zabytkowego budynku użyteczności publicznej - Pałacyku Czapskich (obiekt wpisany do rejestru zabytków pod nr A-106, decyzja z 10.06.1968 r.).”

Analizując poświadczenie należytego wykonania umowy wskazać należy dodatkowo, iż już sam fakt nadzoru nad pracami projektowymi oraz kontrola zgodności wykonywanych robót i prac z dokumentacją projektową oraz pozwoleniami na budowę wskazuje, iż nie mamy do czynienia z remontem opisanego obiektu.

W dniu 12.09.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) ECM Group Polska S.A. złożyło pismo procesowe Przystępującego w ramach którego nie zgłosiło sprzeciwu w zakresie uwzględnionych zarzutów, w zakresie pozostałych wnosząc o ich oddalenie. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny

Nie zgodził się z Odwołującym w kwestii oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Mając na uwadze zarówno treść złożonych wyjaśnień jak i towarzyszące im załączniki nie

sposób uznać, że wyjaśnienia te są lakoniczne, ogólnikowe i nie odpowiadają na ewentualne wątpliwości Zamawiającego. Zgodzić należy się z orzecznictwem zacytowanym przez Odwołującego, iż składane wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do przedmiotu zamówienia i takie też są w ocenie Przystępującego wyjaśnienia złożone przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Wyjaśnienia bezsprzecznie opisują metodykę wyliczenia ceny dla przedmiotowego zamówienia w oparciu o dane z SWZ, między innymi zakres personelu oraz terminy oraz okoliczności towarzyszące ewentualnej realizacji usługi takie jak np. lokalizacja inwestycji względem innych prowadzonych przez Przystępującego. Odnośnie punktu 3.1.12 odwołania podnieść należy, co następuje. Odwołujący nie wyjaśnił, na jakiej podstawie przyjął, iż Zamawiający wymagał zatrudnienia określonej liczby personelu biurowego. Jeżeli Odwołujący wywodzi taki obowiązek z postanowienia pkt 1.8.4 opisu przedmiotu zamówienia o treści: „Zamawiający wymaga, aby osoby wykonujące czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne były zatrudnione na podstawie umowy o pracę.” lub na podstawie pkt 1.14.1 ppkt 11 opisu przedmiotu zamówienia: „Osoby wchodzące w skład obsługi biurowo-administracyjnej” to jest to oczywiście całkowite nieporozumienie. Zamawiający - co oczywiste - nie narzucił wykonawcom obowiązku przypisania do zespołu określonej liczby osób wykonujących czynności obsługi administracyjnej. To rolę wykonawcy, w oparciu o posiadane doświadczenie, jest ustalenie, ile osób będzie niezbędnych do wykonywania takich czynności w ramach danego zamówienia. W ocenie Przystępującego jedna osoba jest w zupełności wystarczająca, a odwołujący nie przedstawił żadnej analizy wspierającej jego ewentualną argumentację, iż przyjęcie realizacji zakresu zobowiązań administracyjnych, wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, przez jedną osobę, jest nieprawidłowe. Poza tym, Odwołujący wskazuje, iż przyjęcie w odniesieniu do tego stanowiska jednej osoby świadczy o zaoferowaniu realizacji niezgodnej z wymogami SWZ zapominając, iż taki zarzut tj. zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia w ogóle nie został postawiony.

Odnośnie kosztów zatrudnienia pracownika biurowego trudno uznać wywody Odwołującego za trafione w kontekście złożonych przez Przystępującego wyjaśnień (str. 3 i 4). Z wyjaśnień tych wynika bowiem, iż koszty te będą niższe niż zakładane w tabeli koszty na poziomie 4.200 zł. Przystępujący wyjaśnił, iż kwota wynagrodzenia obejmuje także koszt ewentualnego ekwiwalentu za urlop. Następnie ta kwota została jeszcze powiększona dodatkowo o 23% narzutu wynikającego ze stawki VAT. Oczywiście ten narzut nie ma nic wspólnego z rzeczywistym kosztem ponoszonym przez Przystępującego. Wynika on jedynie z uproszczenia kalkulacji, stąd koszt typowo pracowniczy ujęty został także w tabeli, w której generalnie wskazane zostały koszty „biznesowe” wynikające wystawianych faktur VAT.

Trudno jednakże mówić o cenie zaniżonej, czy tym bardziej rażąco niskiej skoro koszt zatrudnienia pracownika (co wynika z treści wyjaśnień) jest w istocie niższy niż wskazany w tabeli kalkulacyjnej. W kontekście złożonych przez członków personelu oświadczeń w zakresie przeprowadzonej przez nich wyceny i zaoferowanych cen za świadczenie przez nich usług, równie jałowe i nie poparte żadnymi analizami czy dowodami zdają się argumenty o zaniżonych kosztach świadczenia usług. Błędne jest poczynione przez Odwołującego założenie, iż ECM twierdzi, że w ciągu 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy nie ulegnie zmianie wynagrodzenie osób realizujących przedmiot zamówienia. Przystępujący nie przyjmował takiego założenia kalkulując cenę oferty. Przystępujący w całości oparł się na otrzymanych oświadczeniach (kalkulacjach opracowanych przez poszczególnych członków personelu). Oświadczenia te zawierają cenę o charakterze ryczałtowym, za cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, a rozłożenie wynagrodzenia na części ma jedynie charakter rozliczeniowy. Nie należy zatem traktować wskazanych kosztów miesięcznych jako miesięcznego wynagrodzenia. Za wycenę kosztów realizacji odpowiednich części zamówienia odpowiedzialność ponoszą członkowie personelu, którzy - jako profesjonaliści - z pewnością potrafili dokonać odpowiedniej kalkulacji swojej ceny. Całkowitym nieporozumieniem jest przywoływanie cen zaproponowanych przez Przystępującego w innych postępowaniach. Sam Odwołujący przecież powołuje się w treści odwołania na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym, sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, a następnie na bazie cen z innych postępowań, w których przedmiot zamówienia ma skrajnie odmienny charakter od przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, stara się dowodzić, iż cena Przystępującego ma charakter zaniżony. Argumentacja przedstawiona w punkcie 3.1.11 odwołania jest przejawem braku zrozumienia treści wyjaśnień oraz specyfiki przedmiotu zamówienia przez Odwołującego. Kwestia możliwości planowania harmonogramu pracy personelu została bowiem przez Przystępującego wyjaśniona na str. 4-5 złożonych wyjaśnień.

#### Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 lub ust. 4

Niezależnie od merytorycznej niezasadności przedstawionej argumentacji, w ocenie Przystępującego zarzut postawiony został nieprawidłowo i nieadekwatnie do stanu faktycznego, który został opisany jako podstawa tego zarzutu. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Podstawa faktyczna tak postawionego zarzutu powinna koncentrować się na nieprawidłowym zastosowaniu przez Zamawiającego przyjętych w dokumentach zamówienia kryteriów oceny oferty. Zgodnie zaś z art. 128 ust. 1

ustawy Pzp, który - co należy podkreślić - został w postawionym zarzucie użyty wyłącznie jako będący „w związku” z zarzutem naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia lub poprawienia albo uzupełnienia określonych przepisem dokumentów wyłącznie wtedy, gdy są niekompletne lub zawierają błędy albo nie zostały w ogóle złożone. Zdaniem Przystępującego Zamawiającemu nie można postawić skutecznie żadnego z powyższych zarzutów. Podstawa faktyczna zarzutu w żaden sposób nie uzasadnia jego podstawy prawnej, a zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, na zakres zarzutu składa się jego podstawa prawna oraz przedstawione okoliczności faktyczne. Mając na uwadze powyższe zważył, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów potwierdzających, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował kryteria oceny ofert. Odwołujący nie przedstawił także żadnych twierdzeń uzasadniających zarzut braku wezwania do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów podmiotowych. Przedstawiony przez Przystępującego wykaz usług nie zawiera żadnych błędów, ani nie jest niekompletny, a przede wszystkim zawiera doświadczenie, które odpowiada treści postawionego przez Zamawiającego warunku. Z drugiej strony zauważyć należy, iż Odwołujący nie postawił ani zarzutu naruszenia art. 122 ani art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp w zw. z pkt 13.2.3 lub 13.2.4 SWZ. Nie jest zatem możliwe rozpatrzenie przedstawionych okoliczności faktycznych w kontekście naruszenia art. 122 ustawy Pzp, a to właśnie ten przepis odnosi się do sytuacji, w której zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu odnoszącego się do pozycji nr 2 wykazu usług - przebudowa i rozbudowa Teatru Muzycznego CAPITOL we Wrocławiu, kwestia ta będzie przedmiotem wyjaśnień ze strony Przystępującego, a zatem na obecnym etapie Przystępujący nie przedstawia odnośnie tego zarzutu argumentacji. W odniesieniu do pozycji nr 3 wykazu usług - modernizacja skrzydła północnego Zamku Książąt Pomorskich w Szczecinie - przedmiotem umowy była przebudowa oraz budowa. Termin modernizacja ma charakter potoczny, nie występuje w prawie budowlanym i nie przesądza o charakterze inwestycji. Na okoliczność, iż inwestycja ta stanowiła przebudowę oraz budowę złożone zostaną odpowiednie dowody. W odniesieniu do pozycji nr 4 wykazu usług - Europejskie Centrum Numizmatyki Polskiej w Muzeum Narodowym w Krakowie - przedmiotem umowy była przebudowa. Termin modernizacja ma charakter potoczny, nie występuje w prawie budowlanym i nie przesądza o charakterze inwestycji. Na okoliczność, iż inwestycja ta stanowiła przebudowę złożone zostaną odpowiednie dowody.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp

Z uwagi na uwzględnienie tego zarzutu przez Zamawiającego i brak sprzeciwu po stronie Przystępującego, brak jest podstaw do składania w tej kwestii argumentacji.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności oferty Przystępującego, zobowiązań do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich z 06.06.2022 r. oraz 07.06.2022 r., wezwania Zamawiającego z 15.06.2022 r., wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej z 14.07.2022 r. wraz ze wszystkimi załącznikami (tajemnica przedsiębiorstwa), informacji o odtajnieniu dokumentów z 19.08.2022 r. (wskazującą zakres odtajnienia wyjaśnień i załączników do niej), wezwania Zamawiającego z 30.06.2022 r. w trybie art. 126 ust. 2 PZP, odpowiedzi Przystępującego z 12.07.2022 r. wraz z wykazem usług i załączonymi referencjami, wezwania Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 PZP, wyjaśnieniami Przystępującego z 27.07.2022 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 19.08.2022 r.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) Ogłoszenie o zamówieniu oraz wyciąg ze strony internetowej informacji o projekcie w zakresie dofinansowania ze środków unijnych na okoliczność że w poz. 3 wykazu nie mamy do czynienia z przebudową, ale remontem;
- 2) Wyciąg z opisu przedmiotu zamówienia zaplanowanie, przygotowanie, przeprowadzenie i monitorowanie kampanii informacyjno-promocyjnej dla projektu „Budowa pawilonu Józefa Czapskiego w Krakowie” na okoliczność że w poz. 4 wykazu nie mamy do czynienia z przebudową, ale remontem.

Dodatkowo, Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Przystępującego:

1) Kopie postanowienia Zachodniopomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Szczecinie z 07.11.2012 r., jak również kopie decyzji Prezydenta Miasta w Szczecinie nr 1858/12 z 29.11.2012 r. oraz wyciąg ze strony internetowej informacji o projekcie w zakresie dofinansowania ze środków unijnych odnośnie przedmiotowego projektu na okoliczność, iż mamy do czynienia w poz. 3 z przebudową;

2) Specyfikacje na: „Rewaloryzacje budynku: Pałac Czapskich” oraz wydruk STWiOR z tego postępowania na okoliczność, iż mamy do czynienia w poz. 4 z przebudową;

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron złożonych ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów skierowanych na rozprawę, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 PZP poprzez ocenę, że oferta złożona przez ECM nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy złożona przez ECM oferta i wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie udowadniają, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej;

2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 lub ust. 4 PZP poprzez ocenę, że wykonawca ECM wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, podczas gdy wykonawca ECM nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a złożone podmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na pozytywną ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie wykonawcy ECM do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych;

3) art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 PZP poprzez ocenę, że zastrzeżone przez wykonawcę ECM dokumenty i informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawca ECM nie udowodnił, że rzeczywiście takiemu zastrzeżeniu mogą podlegać oraz że spełnione zostały wszystkie wymogi dotyczące wyłączenia jawności dokumentów i informacji składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

4) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez ECM jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta złożona przez ECM powinna zostać odrzucona z postępowania, a w jej miejsce za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma procesowego Przystępującego.

Następnie, Izba podnosi, że Zamawiający uwzględnił następujące zarzuty:

- 1) naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 lub ust. 4 PZP poprzez ocenę, że wykonawca ECM wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, podczas gdy złożone podmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na pozytywną ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie wykonawcy ECM do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie poz. nr 2 wykazu usług – Przebudowa i rozbudowa Teatru Muzycznego CAPITOL we Wrocławiu;
- 2) naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 PZP poprzez ocenę, że zastrzeżone przez wykonawcę ECM dokumenty i informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawca ECM nie udowodnił, że rzeczywiście takiemu zastrzeżeniu mogą podlegać oraz że spełnione zostały wszystkie wymogi dotyczące wyłączenia jawności dokumentów i informacji składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji Izba w zakresie obu uwzględnionych zarzutów w zakresie, których Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, umorzyła postępowanie.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego dotyczącego rażąco niskiej ceny, Izba uznała, że niniejszy zarzut podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, że Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby Przystępujący nie udzielił odpowiedzi w swoich wyjaśnieniach z 14.07.2022 r. na treść wezwania Zamawiającego z 15.06.2022 r. Przystępujący odniósł się tak do kwestii przewidywanej ilości roboczogodzin dla każdego z członków personelu, jak i przedstawił koszty zatrudnienia personelu. W pierwszym wypadku przedstawiając swoje stanowisko na str. 4-5 wyjaśnień, zaś w drugim wypadku przedstawiając te koszty szczegółowo w arkuszu kalkulacyjnym dotyczącym sposobu szacowania ceny – kosztorys ofertowy (zał. nr 1 do wyjaśnień). Nadto, poparł przedstawione wyliczenia indywidualnymi oświadczeniami poszczególnych osób, które będą realizować zamówienie (w ramach zał. nr 2 do wyjaśnień „oświadczenia członków personelu”), jak i oświadczeniem brokera (zał. nr

3 do wyjaśnień), jak i oświadczeniem osoby odpowiedzialnej za badanie i ocenę akustyczną (zał. nr 4 do wyjaśnień). Jednocześnie, Przystępujący odniósł się co do kosztów zatrudnienia pracownika biurowego na str. od 3 do 4 wyjaśnień. Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, że nie była narzucona liczba pracowników biurowych, nie wynika ona ani z pkt 1.8.4, ani z pkt 1.14.1 ppkt 11 Opisu Przedmiotu Zamówienia, w konsekwencji przyjęcie jednej osoby przez Przystępującego było dopuszczalne. Należy także zauważyć, że wynagrodzenie poszczególnych pracowników ma charakter ryczałtowy, w konsekwencji poszczególne osoby przyjęły na siebie ryzyko realizacji zamówienia za cenę zadeklarowaną w kalkulacji.

Izba także przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że stwierdzenie Przystępującego co do trudności w określeniu szczegółowego harmonogramu pracy personelu koreluje z przyjętym wynagrodzeniem ryczałtowym, gdyż Przystępujący de facto za zadeklarowaną cenę zapewnił określone osoby, które będą realizować zamówienie. Tym bardziej, że poszczególne osoby zapoznały się jak wynika z załączonych oświadczeń z SWZ i miały świadomość obowiązków, jakie będą na nich spoczywać. Inaczej mówiąc są nimi związane. SWZ nie narzucało harmonogramu pracy personelu ani godzin pracy.

Kwestia akustyka nie była poruszana w odwołaniu w odróżnieniu np. od pracownika biurowego i stanowi rozszerzenie zakresu odwołania. Wszelkie dalsze wątpliwości Odwołującego obalają dołączone do wyjaśnień oświadczenia poszczególnych osób, stanowiące załączniki do wyjaśnień (zał. nr 2, 3 i 4).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego w zakresie poz. 3 i 4 wykazu usług, Izba uznała, że niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby, Zamawiający jednoznacznie przedstawił w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, czym się kierował przy ocenie tych pozycji wykazu, w konsekwencji brak jest podstaw do uznania, tak jak Odwołujący na rozprawie, że na podstawie dokumentów, którymi dysponował Zamawiający podczas oceny powinien na ich podstawie powziąć wątpliwości i wezwać przynajmniej Przystępującego do wyjaśnień. Przy tym, naturalnie zasadnie wskazywał Zamawiający na rozprawie, że w tych pozycjach Odwołujący wnosił w odwołaniu o uzupełnienie wykazu, a nie wyjaśnienia.

Odnosnie, zaś samego zarzutu, to należy potwierdzić, że modernizacja nie ma definicji w Prawie Budowlanym i jest pojęciem funkcjonującym w języku potocznym i w zależności od zakresu można ją zakwalifikować do budowy, przebudowy lub remontu:



*„Dość często używa się potocznie (ale także w niektórych aktach prawnych) pojęcia "modernizacja", jako jednego z rodzajów robót budowlanych. Ustawa Prawo budowlane takim pojęciem się nie posługuje i nie jest to bynajmniej przeoczenie (początkowo modernizacja występowała jako rodzaj budowy, a następnie robót budowlanych). Należy uznać, że pojęcia "przebudowa" oraz "remont" w sposób wystarczający i pełny określają sytuacje, w których mamy do czynienia z ulepszeniem już istniejącej substancji i posługiwanie się pojęciem "modernizacja" wprowadzałoby wyłącznie zbędny chaos terminologiczny. Innymi słowy potocznie rozumiana "modernizacja", w zależności od zakresu, będzie po prostu przebudową albo remontem". (D. R., P. Z., komentarz, ABC 2006, Komentarz do art.3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.03.207.2016), [w:] R. D., P. Z., Prawo budowlane. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, 2006, wyd. II). Modernizacja to unowocześnienie i usprawnienie czegoś, trwałe ulepszeniu istniejącego obiektu budowlanego (Słownik języka polskiego PWN).*

Przy czym, Izba zgadza się generalnie ze stanowiskiem Zamawiającego, że decydujące znaczenie ma treść wykazu usług, a referencje jedynie służą potwierdzeniu należytego wykonania usług wskazanych w wykazie. Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że zakwalifikował realizacje z poz. 3 i 4, jako przebudowę. Badał też referencje. Odnośnie poz. 3 wskazał, że z referencji wynikała weryfikacja dokumentacji przetargowej (jej istnienie) oraz wykonanie windy łączącej kondygnacje budynku. Odnośnie poz. 4 z kolei z referencji wynikał, nadzór nad pracami projektowymi oraz kontrola zgodności wykonywanych robót i prac z dokumentacją projektową oraz pozwoleniem na budowę. Dodatkowo, zakup i montaż wind, zmiana poziomu posadzek, czyli zmiana kubatury posadzki. Niniejszą ocenę Zamawiającego z postępowania przetargowego potwierdzają dowody złożone na rozprawie. Odnośnie poz. 3 ogłoszenie o zamówieniu złożone przez Odwołującego – pkt II. 1. 5 ppkt 7 – adaptacja dachu na taras widokowy, czyli zmiana powierzchni użytkowej. Z kolei, z pkt II. 1. 5 ppkt 5 – wybudowanie nowego podziemia – zwiększenie powierzchni użytkowej. Względem dowodów Przystępującego należy wskazać co do poz. 3 na postanowienie Zachodniopomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, gdzie wprost wskazuje się, iż mamy do czynienia z przebudową. Z wyciągu ze strony internetowej informacje o projekcie w zakresie dofinansowania ze środków unijnych, na przedostatniej stronie znajduje się przekrój pionowy wieży dzwonów, co świadczy o zwiększeniu powierzchni obiektu, co świadczy o zmianie funkcjonalności i nowej powierzchni. Odnośnie poz. 4 wydruk specyfikacji na niniejsze postępowanie oraz wydruk STWiOR. Z pierwszego z nich wynika – z pkt 1.2.1 SWZ – zmiana funkcjonalności, z pkt 1.2.2 SWZ – wynika wykonywanie tunelu podziemnego oraz wind, na str. 5 z kolei

wymieniono podstawę prawną, w tym decyzje Prezydenta Miasta Krakowa, z której wynika, że mamy do czynienia z budową, a nie remontem. Z drugiego – str. 27 – pkt 5.1.2 – roboty wyburzeniowe – zmiana powierzchni użytkowej budynku, str. 35 – windy. Generalnie zmiana funkcji budynku z obiektu mieszkalnego, na obiekt dostosowany do wystawiania numizmatyki.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego, w konsekwencji oddalenia rozpatrywanych na rozprawie zarzutów, Izba uznała, że podlega oddaleniu również zarzut naruszenia art. 239 ust.1 w zw. z art. 16 PZP w zakresie zarzutów skierowanych na rozprawę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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).

**Przewodniczący:** .....