

Sygn. akt: KIO 1644/20

KIO 1647/20

## WYROK

z dnia 13 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 sierpnia 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2020r. przez:

**A. wykonawcę Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32**

**B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1 i ERBUD Operations spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce 942**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Uniwersytet Rolniczy im. Hugona Kołłątaja w Krakowie, al. Mickiewicza 21**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1 i ERBUD Operations spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce 942** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1644/20 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1647/20 po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. oddała oba odwołania w całości,
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32 i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1 i ERBUD Operations spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce 942** i:

- A. 2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 40 000zł. 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32 i wykonawców**

**wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1 i ERBUD Operations spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce 942** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący: .....**

## **Sygn. akt KIO 1644/20**

### **KIO 1647/20**

#### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę Centrum Innowacji oraz Badań Prozdrowotnej i Bezpiecznej Żywności zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w dniu 31 stycznia 2020 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 2020/S 022-047101.

W dniu 6 lipca 2020r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32 oraz o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1 i ERBUD Operations spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce 942 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy.

## **Sygn. akt KIO 1644/20**

W dniu 16 lipca 2020r. odwołanie wniósł wykonawca Warbud SA. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 lipca 2020r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 lipca 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w toku przedmiotowego postępowania naruszono art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wskazania wszystkich podstaw prawnych i faktycznych wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie i Erbud Operations Sp. z o.o. siedzibą w Jasionce (dalej: „Konsorcjum Erbud”) w związku z naruszeniem następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Erbud pomimo, iż wykonawca ten wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. informacje dotyczące doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika robót sanitarnych i Głównego technologa, które to doświadczenie było punktowane w ramach kryterium oceny ofert,

ewentualnie:

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", tj. informacje dotyczące doświadczenia osoby

wskazanej na stanowisko Głównego technologa.

3. art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności poinformowania o wykluczeniu Konsorcjum Erbud z postępowania w celu uzupełnienia zawiadomienia w zakresie wymaganym przez art. 92 ust. 1 ustawy o wszystkie podstawy prawne i faktyczne wykluczenia Konsorcjum Erbud;

2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Erbud z uwzględnieniem zarzutów zawartych w odwołaniu w celu dopełnienia czynności wykluczenia Konsorcjum Erbud w oparciu o wszystkie podstawy prawne i faktyczne oraz w celu uzupełnienia informacji o wykluczeniu ww. wykonawcy w oparciu o wszystkie podstawy prawne i faktyczne, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy;

3. utrzymanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Oferta odwołującego pod względem rankingu ofert z dnia ich otwarcia uplasowała się na pozycji trzeciej. Z informacji o wyniku postępowania przesłanej przez zamawiającego w dniu 6 lipca 2020r. wynika, że zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy z uwagi na brak przedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą) oraz wykluczył Konsorcjum Erbud na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Z informacji o wykluczeniu Konsorcjum Erbud wynika, że wykonawca ten nie został wykluczony na podstawie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, jakie zachodzą w niniejszej sprawie. Mając na uwadze obowiązujące w postępowaniu kryteria oceny ofert, to w przypadku, gdyby oferta Konsorcjum Erbud podlegała ocenie, wówczas to ona zostałaby uznana za najkorzystniejszą (wykonawca Budimex nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w związku z czym, nie ma możliwości uzyskania zamówienia). Jednocześnie, biorąc pod uwagę, iż terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi, a zamawiający wykluczając Konsorcjum Erbud nie wskazał wszystkich podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia, to ewentualna ponowna ocena ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Erbud może uniemożliwić odwołującemu wskazanie tych podstaw na późniejszym etapie postępowania ze względu na uchybienie terminowi. Jednocześnie należy podkreślić, iż istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że Konsorcjum Erbud złoży odwołanie kwestionujące czynność wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu odwołania, bowiem w przypadku skutecznego zakwestionowania przez Konsorcjum Erbud czynności wykluczenia wskazanej w informacji wynikach postępowania, oferta Konsorcjum Erbud zostanie sklasyfikowana wyżej niż oferta odwołującego. W konsekwencji, odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a zamawiający dokona wyboru oferty

Konsorcjum Erbud, mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu również na innych podstawach faktycznych i prawnych niż te wskazane obecnie przez zamawiającego. Innymi słowy, jedyną prawnie skuteczną możliwością zapobieżenia powstania szkody u odwołującego jest wniesienie odwołania na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania oraz może ponieść szkodę w związku z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum Erbud również na wskazanych poniżej podstawach faktycznych i prawnych.

Odwołujący podniósł, że z dokumentów udostępnionych odwołującemu wynika, że zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum Erbud na wszystkich podstawach faktycznych i prawnych. Dotyczy to, wskazywanego w ofercie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko projektanta technologa - Pana W. W. .

Zamawiający Wykluczył Konsorcjum Erbud na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Z ostrożności procesowej odwołujący podnosi, iż podstawą prawną wykluczenia, z uwagi na zaistniały stan faktyczny, może być również art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Konsorcjum Erbud, co najmniej wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło bowiem informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. podało wprowadzające w błąd informacje, dotyczące doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych, które to doświadczenie było punktowane w ramach kryterium oceny ofert.

Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 21 lutego 2020r. sygn. akt KIO 247/20:

„ Ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie ograniczył też zakresu podawanych przez wykonawcę informacji, albowiem nie sprecyzował (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy) o jakie informacje chodzi. Wystarczającym jest, aby miały one wpływ na decyzje zamawiającego. Z pewnością jednak obejmuje on swoją hipotezą także informacje wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy a zatem informacje, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji. ”

Tym samym jako podstawa prawna wykluczenia Konsorcjum Erbud z postępowania, w związku z zaistniałą podstawą faktyczną, winien być również art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Zgodnie z pkt 14.3 ppkt 3) lit. e) SIWZ, zamawiający, w kryterium „Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Głównego technologa”, przyznawał punkty za:

„skierowanie do realizacji zamówienia projektanta, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert sprawował funkcję głównego technologa przy co najmniej jednym wielobranżowym projekcie budowlanym i wykonawczym, który uzyskał prawomocną decyzję pozwolenia na budowę dla nowoprojektowanego lub przebudowywanego obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup>, w którym znajdowały się

pomieszczenia laboratoryjne.”

Mając na uwadze treść ww. kryterium, aby wykonawca mógł otrzymać punkty za doświadczenie danej osoby według odwołującego musiały zostać spełnione łącznie następujące warunki:

- osoba musiała sprawować funkcję głównego technologa zarówno przy projekcie budowlanym i wykonawczym,
- projekt musiał uzyskać prawomocną decyzję pozwolenia na budowę dla nowoprojektowanego lub przebudowywanego obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup>,
- w obiekcie musiały znajdować się pomieszczenia laboratoryjne.

Konsorcjum Erbud w swojej ofercie, na stanowisko projektanta technologa wskazało Pana W. W., dla którego, w ramach punktowanego doświadczenia, została wskazana m.in. inwestycja pod nazwą Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie - Prokocimiu, Wielobranżowy projekt budowlany zamienny i wykonawczy wraz z kosztorysami i STWiORB.

W ramach ww. zamówienia były wykonywane projekty technologii, jednak Pan W. W., podczas realizacji ww. zamówienia, nie tylko nie pełnił funkcji Głównego technologa, lecz nie był również autorem żadnego z projektów technologicznych.

Przedmiotowa inwestycja realizowana była w formule zaprojektuj i wybuduj przez Konsorcjum, którego Liderem była Spółka Akcyjna Warbud (pozostali konsorcjanci to Porr (Polska) S.A. i Vamed), natomiast Industria Project sp. z o.o., z ramienia której działał Pan W., była podwykonawcą w zakresie prac projektowych.

W ramach inwestycji w 2015r. został wykonany projekt budowlany zamienny, który, w zakresie ogólnej technologii medycznej wykonała Pani M. U.- O. . Kolejny projekt budowlany zamienny z 2017r. odnoszący się m.in. do ogólnej technologii medycznej wykonany został przez Pana K. T. .

Natomiast projekt wykonawczy technologii medycznej, wraz ze wszystkimi zmianami, wykonała Pani I. Z. .

Ponadto, w ramach inwestycji został wykonany jeszcze projekt architektury z technologią, którego autorami byli Panowie J. S. (2015r. i 2017r.) oraz K. T. (2017r.)

Na żadnym z ww. projektów, jako jego autor nie został wymieniony Pan W. W. . Pan W. W., został jedynie wskazany na niektórych projektach, jako koordynator prac projektowych, ale również w tych przypadkach jako autorzy projektów i osoby sprawdzające, zostały wpisane inne osoby.

Z faktu pełnienia funkcji koordynatora prac projektowych nie można zdaniem odwołującego przypisywać sobie autorstwa projektów. Czym innym jest bowiem funkcja koordynatora prac projektowych, a czym innym funkcja autora danego projektu. Dla przykładu, Pan W. widnieje jako koordynator prac projektowych również na projektach instalacji elektrycznych i sanitarnych, co nie jest tożsame z ich autorstwem, gdyż Pan W., wg. wiedzy odwołującego,

nie posiada uprawnień projektowych w tych branżach.

10. W ramach kryterium oceny ofert punktowane było sprawowanie funkcji Głównego technologa, a nie koordynatora prac projektowych. Treść tego kryterium jest jasna i nie można jej zdaniem odwołującego dowolnie interpretować ani rozszerzać na etapie oceny ofert. Ponadto zamawiający wymagał, aby projekt obejmował pomieszczenia laboratoryjne, przy czym pojęcie to zostało zdefiniowane w SIWZ. Skoro zatem osoba nie była autorem projektu technologicznego obejmującego swoim zakresem wymagane laboratoria, to nie posiada doświadczenia punktowanego w ramach kryterium oceny ofert.

W toku postępowania, odwołujący przekazał zamawiającemu ww. informację, wraz z dowodami potwierdzającymi podnoszone okoliczności:

Dowody znajdujące się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- Wyciąg z projektu budowlanego zamiennego - Architektura z technologią - strona tytułowa, wrzesień 2015r. - projektant J. S. oraz Ogólna technologia medyczna autor: p. M. U.-O., wrzesień 2015r. nazwa plików:

Szpital Prokocim\_Architektura z technologią\_str.tytułowa\_J.S.\_09.2015., Szpital Prokocim\_Ogólna technologia medyczna\_M.U. O.\_09.2015.

- Wyciąg z projektu budowlanego zamiennego - Architektura z technologią - strona tytułowa, listopad 2017r. - projektant J. S., K. T. oraz Ogólna technologia medyczna autor: p. K. T., listopad 2017r.

nazwa plików:

Szpital Prokocim\_Architektura z technologią\_str .tytułowa\_J. S.\_K.T.\_l 1.2017,

Szpital Prokocim\_Ogólna technologia medyczna\_K.T.\_l 1.2017.

- Wyciąg z projektu wykonawczego - Technologia budynek C oraz Technologia budynek D - autor p. I. Z.

nazwa plików:

Szpital ProkocimPWTechnologia\_bud\_C\_I.Z.,

Szpital Prokocim\_PW\_Technologia\_bud\_D\_I. Z.

- Wyciąg z projektu wykonawczego - przykładowe rysunki: Technologia budynek C: PW-C-TM-X-P-B01-0301 oraz Technologia budynek D: PW-D- TM-X-P-L01-0405 - autor p. I. Z.

nazwa plików:

Szpital Prokocim\_PW\_Rys\_technologia\_bud C\_I.Z.,

Szpital Prokocim\_PW\_Rys\_technologia\_bud D\_I.Z.

- Wyciąg z projektu budowlanego zamiennego - strony tytułowe: Instalacje elektryczne i niskoprądowe, Instalacje sanitarne, Instalacje elektryczne oraz z projektu wykonawczego - strona tytułowa: Instalacje grzewcze i chłodzące nazwa plików:

Szpital Prokocim\_PB\_Instalacje elektryczne i niskoprądowe \_W.W.\_09.2015.,

Szpital Prokocim\_PB\_Instalacje sanitame\_W.W.\_09.2015.,

Szpital Prokocim\_PB\_Instalacje elektryczne\_K.T.\_l 1.2017.,

Szpital Prokocim\_PW\_Instalacje grzewcze i chłodzące\_J.S.\_03.2017.

Powyższe dokumenty według odwołującego jednoznacznie wskazują, iż Pan W. W. nie był autorem projektu technologii w ramach przedmiotowej inwestycji i nie sprawował funkcji głównego technologa. Tym samym zawarte w ofercie Konsorcjum Erbud informacje są niezgodne ze stanem rzeczywistym i wprowadzają zamawiającego w błąd.

W wyniku informacji przekazanej przez odwołującego, pismem z dnia 22 maja 2020r. zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Erbud o udzielenie wyjaśnień.

W odpowiedzi Konsorcjum Erbud udzieliło następujących wyjaśnień:

Przy opracowywaniu projektu budowlanego Pan W. W. pełnił między innymi funkcję technologa — dobierającego, opracowującego i konsultującego rozwiązania z zakresu technologii medycznej w ramach wykonywanego przez Industria Project Sp. z o. o. projektu. Nadto Pan W. W. przy opracowywaniu projektu budowlanego koordynował przygotowywanie projektu pod względem technologicznym.

- Na dalszych etapach prac projektowych (w szczególności w zakresie projektu wykonawczego) Pan W. W., jako doświadczony Projektant (dr inż. Budownictwa oraz mgr inż. Architekt) pełnił głównie funkcję Koordynatora Projektu — jednak w dalszym ciągu - konsultował on również rozwiązania w ramach projektu technologii medycznej w związku z wykonywanym przez Industria Project Sp. z o. o. zakresem prac.

Konsorcjum Erbud zaznaczyło, iż ustawa Prawo Budowlane nie określa wprost zakresu prac/opracowań czy czynności, jakie powinien wykonywać główny technolog. Zadania faktycznie wykonywane przez Pana W. W. odnoszą się natomiast faktycznie do takiej funkcji. Dla wskazanej kwestii nie jest kluczowe czy dana osoba była wpisana w tabelę projektu i zestawienie projektantów. ”

Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Erbud, w ocenie odwołującego w sposób jednoznaczny potwierdzają podnoszoną przez odwołującego okoliczność, iż Pan W. W. nie pełnił przy realizacji ww. zamówienia funkcji głównego technologa, ani na etapie przygotowywania projektu budowlanego, ani projektu wykonawczego. Tymczasem, kryterium było w tym zakresie jednoznaczne. Zamawiający zamierzał przyznawać punkty za doświadczenie w pełnieniu funkcji głównego technologa, a nie koordynatora czy konsultanta.

a. „dobór, opracowywanie i konsultowanie rozwiązań z zakresu technologii medycznej” na etapie projektu budowlanego - czynności te nie są tożsame z pełnieniem funkcji głównego technologa. Przy zamówieniu o takiej skali i złożoności, jak to miało miejsce w przypadku Budowy Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie - Prokocimiu, osób dobierających, czy konsultujących rozwiązania techniczne było znacznie więcej. Istotne znaczenie ma jednak fakt, iż w ramach ww. inwestycji powstał projekt technologii, a jego autorem nie był Pan W.,

b. „koordynowanie przygotowania projektu” na etapie projektu budowlanego - jest to czynność organizacyjna w żaden sposób nie odpowiadająca funkcji ani zadaniom głównego technologa,



c. „funkcja Koordynatora Projektu” w tym „konsultowanie rozwiązań w ramach projektu technologii medycznej” na etapie projektu wykonawczego - Koordynator Projektu i Główny technolog, to dwie odmienne funkcje. Zamawiający nie przyznawał punktów, w tym kryterium, za pełnienie funkcji Koordynatora Projektu. W ramach projektu wykonawczego powstał projekt technologii, jednak jego autorem nie był Pan W. . Przyjęcie wyjaśnień Konsorcjum Erbud, iż Koordynator projektu z racji pełnienia swojej funkcji nabył doświadczenie również jako główny technolog, prowadziłoby do absurdalnego wniosku, że osoba Koordynatora Projektu może przypisać sobie dowolne doświadczenie, każdej z osób, której pracę w jakikolwiek sposób koordynowała. Oczywistym dla odwołującego jest, iż nie takiego doświadczenia oczekiwał zamawiający, ustanawiając kryterium doświadczenia w pełnieniu funkcji głównego technologa.

Konkludując, niezależnie od popartej dokumentami wiedzy odwołującego, iż Pan W. W. nie pełnił funkcji głównego technologa, wyjaśnienia Konsorcjum Erbud również potwierdzają tę okoliczność. Zatem, również w przypadku informacji dotyczących doświadczenia Pana W. W., Konsorcjum Erbud wprowadziło zamawiającego w błąd, co winno skutkować jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy ewentualnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, a także wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podanie w wykazie osób, stanowiącym podstawę przyznawania punktów w ramach kryterium oceny ofert, informacji niezgodnych ze stanem faktycznym powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W orzecznictwie Izby podkreśla się, iż aby uznać informację za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił. Jak zauważyła Izba w wyroku z dnia 2 maja 2018 r. (sygn. akt KIO 596/18), „na skutek implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE wzrosło znaczenie oświadczeń własnych wykonawców. Jest to wynikiem, zarówno wprowadzenia JEDZ, jak również faktu przemodelowania przebiegu procedury o udzielenie zamówienia publicznego w jej podstawowej formie, jak również wprowadzenia rozwiązania w postaci tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy ustawy). Te kilka znaczących zmian doprowadziło do zwiększenia znaczenia oświadczeń składanych przez wykonawców, w tym nałożyło na nich obowiązek większej staranności przy weryfikacji prawdziwości danych

prezentowanych w toku postępowania. Tym samym wobec wykonawców należy obecnie stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych. Zastosowanie przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, następuje w sytuacji, w której:

a. Wykonawca wprowadza w błąd zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - Odpowiedzialność wykonawcy określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, została ukształtowana w sposób odmienny niż w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, dopuszcza natomiast wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. Tak Izba wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2019-03-07, sygn. akt KIO 271/19.

b. przedstawiane przez wykonawcę informacje wprowadzają w błąd zamawiającego - Za wprowadzające w błąd zamawiającego należy uznać wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli nie mające odzwierciedlenia w rzeczywistości. „W kwestii rozumienia co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, odwołać się należy do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r. IICKN1095/99 (OSNC 2003/3 poz. 42). W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 §1,2, 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 15 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 380/18) w którym skład orzekający stwierdził, że zamawiający, oceniając czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Aby uznać informację za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił. ” (tak w wyroku KIO z dnia 2019-03-07, sygn. akt KIO 271/190).

c. przedstawiane informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu - Przy czym należy w tym miejscu zauważyć, że sformułowanie, którym posługuje się ten przepis tj. „mogące mieć wpływ” wyraża

możliwość, a nie skutek co prowadzi z kolei do wniosku, iż dla zastosowania sankcji przewidzianej w tym przepisie wystarczającym jest aby zaistniała możliwość takiego wpływu. „Tym samym nawet w sytuacji, gdy w wyniku weryfikacji zamawiającego, nawet jeśli ta weryfikacja nie wymaga podejmowania dodatkowych czynności np. w postaci zwracania się do innych podmiotów o potwierdzenie czy przedstawione dane są zgodne z rzeczywistością okaże się, że wykonawca podał dane nieprawdziwe - zamawiający stosuje ten przepis. Ponadto przepis nie ogranicza zakresu podawanych przez wykonawcę informacji”, albowiem nie precyzuje (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy) o jakie informacje chodzi. Wystarczającym jest, aby miały one wpływ na decyzje zamawiającego. Z pewnością jednak obejmuje on swoją hipotezą także informacje wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy a zatem informacje, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji. ” (tak w cytowanym już powyżej wyroku KIO z dnia 2019-03-07, sygn. akt KIO 271/190).

Szczegółowo kwestię podstaw wykluczenia z powodu podania w ofercie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w ramach kryteriów oceny ofert wyjaśnia Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lutego 2020r. sygn. akt KIO 247/20. W wyroku tym Izba odniosła się również do kwestii nieprzyznania punktów, w ramach kryterium w którym zostały podane informacje nieprawdziwe, wskazując w tym przypadku na konieczność wykluczenia Wykonawcy z postępowania, a nie obniżenia punktacji:

Biorąc pod uwagę, że informacje przedstawione przez Konsorcjum Erbud odnośnie doświadczenia osób wskazanych w wykazie są obiektywnie niezgodne z rzeczywistością, informacje te - jako dotyczące kryteriów oceny ofert - mają istotny wpływ na decyzję zamawiającego, a ich podanie wynikało, jeżeli nie z celowego działania, to co najmniej z lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, to na gruncie niniejszej sprawy wypełniona została przesłanka powodująca konieczność wykluczenia ww. wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy.

W dniu 16 lipca 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 20 lipca 2020r. Konsorcjum Erbud oświadczyło, że przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniosło o oddalenie odwołania, oraz wskazało, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zarzuty wobec niego podniesione w odwołaniu są bezzasadne. Został nieprawidłowo wykluczony z postępowania, a jego oferta nieprawidłowo odrzucona, na co wniósł własne odwołanie. Uwzględnienie odwołania Konsorcjum Erbud i oddalenie odwołania w przedmiotowej sprawie pozwoli przystępującemu otrzymać zamówienie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 lipca 2020r. udzielonego przez lidera konsorcjum tj. przez wiceprezesa zarządu i prokurenta lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa

konsorcjalnego z dnia 2 kwietnia 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta partnera, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 20 lipca 2020r.

W dniu 31 lipca 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.tj. oddalenie zaskarżenia czynności zamawiającego polegających na:

zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum firm: Erbud Spółka Akcyjna oraz Erbud Operations Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy, w związku z informacjami dotyczącymi doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót sanitarnych.

zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum firm: Erbud Spółka Akcyjna oraz Erbud Operations Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy, w związku z informacjami dotyczącymi doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko projektanta technologa.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach warunków udziału w postępowaniu zamawiający określił minimalne wymagania dotyczące doświadczenia osób skierowanych do wykonania zamówienia. Dodatkowe doświadczenie tych osób stanowi jedno z trzech kryteriów oceny ofert. W postępowaniu zastosowanie ma art. 24aa ustawy.

Odwołanie odnosi się do zapisów zawartych w punkcie 14.3 ppkt 3) lit. c) i e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które po modyfikacjach z dnia 05.02.2020 r. i 11.03.2020 r. otrzymały następujące brzmienie:

c) kierownik robót sanitarnych (DIII): za skierowanie do realizacji zamówienia kierownika robót sanitarnych posiadającego uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, który w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w trakcie realizacji roboty budowlanej o wartości minimum 10 mln zł polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup>, w którym znajdowały się pomieszczenia laboratoryjne, Wykonawca otrzyma 2 pkt za dodatkowe zadanie/a.

„e) projektant technolog (DV) - za skierowanie do realizacji zamówienia projektanta, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert sprawował funkcję głównego technologa przy co najmniej jednym wielobranżowym projekcie budowlanym i wykonawczym, który uzyskał prawomocną decyzję pozwolenia na budowę dla nowoprojektowanego lub przebudowywanego obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup>, w którym znajdowały się pomieszczenia laboratoryjne. Wykonawca otrzyma 2 pkt za każde odrębne dodatkowe zadanie do maksymalnej ilości 6 pkt”

Odnośnie zarzutu dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika

robót sanitarnych, to zamawiający podniósł, że w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 06.07.2020 r. (pismo L.dz.DZP-291507-305/2020) zamawiający jako podstawę prawną wykluczenia Konsorcjum firm Erbud Spółka Akcyjna oraz Erbud Operations Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (zwanym dalej „Konsorcjum”) wskazał art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy podczas, gdy należało wskazać art. 24 ust. 1 pkt 17) — „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotą wykluczenia Konsorcjum z postępowania było wprowadzenie Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, które miały wpływ na punktację przyznawaną w ramach kryteriów oceny ofert. Istotą wykluczenia odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy. Zatem mimo uchybienia jakim jest wskazanie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy jako podstawy prawnej wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający wskazał, że faktycznie Konsorcjum zostało wykluczone na podstawie art 24 ust. 1 pkt 17) ustawy.

W zawiadomieniu o wyniku postępowania zamawiający w następujący sposób uzasadnił wykluczenie Konsorcjum:

Dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do wykonania zamówienia stanowiło jedno z trzech kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z pkt 14.3.3) c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia za „skierowanie do realizacji zamówienia kierownika robót sanitarnych posiadającego uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, który w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w trakcie realizacji roboty budowlanej o wartości minimum 10 mln zł polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup>, w którym znajdowały się pomieszczenia laboratoryjne”, każdy z wykonawców mógł otrzymać 2 punkty za dodatkowe zadanie.

Wykonawca: Konsorcjum, ubiegał się o punkty w ramach przywołanego wyżej kryterium oceny ofert.

W celu uzyskania dodatkowych punktów wykonawca wskazał w ofercie jako Kierownika robót sanitarnych pana M. S. .

Z treści oferty złożonej przez wykonawcę wynika, że pan M. S. posiada 10-letnią praktykę zawodową podczas której sprawował funkcję kierownika robót sanitarnych oraz że w okresie od maja 2017 r. do grudnia 2019 r. pełnił funkcję kierownika robót przy realizacji inwestycji pn. „Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie — Prokocimiu”.

W toku postępowania ujawniono, że pan M. S. nie pełnił funkcji kierownika robót na inwestycji pn. „Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu

Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie — Prokocimiu”, nie wpisywał się do Dziennika budowy w tym charakterze oraz, że funkcje te sprawowały inne osoby.

Pan M. S. brał udział przy realizacji wymienionej wyżej inwestycji z ramienia jednego z podwykonawców w zakresie robót wentylacyjno-klimatyzacyjnych.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie poinformował, że „Pan M. S. brał udział przy realizacji instalacji sanitarnych podczas realizacji zadania „Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego UJ Collegium Medicum w Krakowie Prokocimiu”. Był on zatrudniony przez podwykonawcę Generalnego Wykonawcy — firmę Polonez Plus sp. z o. o. realizującą zakres prac związanych z wentylacją i klimatyzacją. Kierownikiem z firmy Polonez Plus sp. z o. o. był m.in. Pan M. S., który pełnił funkcję kierownika projektu a okresowo także sprawował funkcję kierownika robót sanitarnych. Z ramienia firmy Polonez Plus sp. z o. o. był zatem również osobą sprawującą okresowo funkcję kierownika robót sanitarnych na wskazanej Inwestycji. Generalny Wykonawca posiadał własnych kierowników branżowych, którzy się wpisywali do dziennika budowy i nie było potrzeby aby przedstawiciele firmy Polonez Plus sp. z o.o. również się do niego wpisywali (..

W związku z tym, że pełnienie funkcji kierownika robót wiąże się z określonymi obowiązkami wynikającymi z Prawa budowlanego, w tym koniecznością wpisania do Dziennika budowy, a także ze związaną z tą funkcją odpowiedzialnością, nie można przyjąć, że pan M. S. faktycznie pełnił funkcję kierownika robót na wskazanej inwestycji.

Wykonawca nie zawarł w swojej ofercie informacji co do faktycznego udziału i zakresu czynności wykonywanych przez pana M. S. podczas realizacji inwestycji, wskazując jedynie, iż pełnił funkcję kierownika robót, wprowadzając tym samym zamawiającego w błąd co do rzeczywistego udziału pana M. S. przy realizacji tej inwestycji.

Rzeczywista podstawa wykluczenia Konsorcjum z postępowania wynika z uzasadnienia wykluczenia. Zamawiający powołał przykłady orzecznictwa potwierdzające tezę zamawiającego wyrok NSA z dnia 13 czerwca 2013r. sygn. akt I OSK 117/12, wyrok SN z dnia 13 grudnia 1999r. sygn. akt I CKN 298/98

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, nie ma potwierdzenia w stanie faktycznym.

Konsorcjum nie wymieniło w wykazie osób skierowanych do wykonania zamówienia, w odniesieniu do doświadczenia Kierownika robót sanitarnych, większej ilości zadań aniżeli było to konieczne dla uzyskania maksymalnej liczby punktów, zatem przedstawione przez Konsorcjum informacje odnosiły się wyłącznie do podkryterium oceny ofert (DIII). Jako, że Konsorcjum nie przedstawiło informacji, które ewentualnie mogłyby być badane pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, na tym etapie postępowania, w którym Zamawiający dokonał wykluczenia Konsorcjum, nie mogły zaistnieć przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko

Projektanta technologa, to zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 14.3 ppkt 3) lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych w dniach 05.02.2020 r. i 11.03.2020 r., za skierowanie do realizacji zamówienia projektanta, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert sprawował funkcję głównego technologa przy co najmniej jednym wielobranżowym projekcie budowlanym i wykonawczym, który uzyskał prawomocną decyzję pozwolenia na budowę dla nowoprojektowanego lub przebudowywanego obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup>, w którym znajdowały się pomieszczenia laboratoryjne, każdy z wykonawców mógł otrzymać 2 punkty za dodatkowe zadanie, do maksymalnej liczby punktów równej 6. Konsorcjum w swojej ofercie na stanowisko projektanta technologa wskazało pana W. W., dla którego, w ramach punktowanego doświadczenia, została wskazana m.in. inwestycja pod nazwą „Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie — Prokocimiu”.

Odwołujący podnosi, że wskazana przez Konsorcjum osoba nie tylko nie pełniła obowiązków głównego technologa na wymienionej wyżej inwestycji, lecz nie była również autorem żadnego z projektów technologicznych. Jako, że odwołujący podnosił tę kwestię na etapie badania ofert, zamawiający zwrócił się do Konsorcjum z prośbą o udzielenie wyjaśnień w tej sprawie. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Konsorcjum złożyło następujące wyjaśnienia:

przy opracowywaniu projektu budowlanego Pan W. W. pełnił między innymi funkcję technologa — dobierającego, opracowującego i konsultującego rozwiązania z zakresu technologii medycznej w ramach wykonywanego przez Industria Project Sp. z o.o. projektu. Nadto Pan W. W. przy opracowywaniu projektu budowlanego koordynował przygotowywanie projektu pod względem technologicznym.

Na dalszych etapach prac projektowych (w szczególności w zakresie projektu wykonawczego) Pan W. W., jako doświadczony Projektant (dr inż. Budownictwa oraz mgr inż. Architekt) pełnił głównie funkcję Koordynatora Projektu — jednak w dalszym ciągu - konsultował on również rozwiązania w ramach projektu technologii medycznej w związku z wykonywanym przez Industria Project Sp. z o.o. zakresem prac.

Zamawiający zaznaczył, iż ustawa Prawo Budowlane nie określa wprost zakresu prac/opracowań czy czynności, jakie powinien wykonywać główny technolog. Zadania faktycznie wykonywane przez Pana W. W. odnoszą się natomiast faktycznie do takiej funkcji. Dla wskazanej kwestii nie jest kluczowe czy dana osoba była wpisana w tabelę projektu / zestawienie projektantów

Zamawiający podkreślił, iż zaznaczono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia że realizacja przedmiotowego zamówienia podlega prawu polskiemu, w tym ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.).

Jak wyjaśniło Konsorcjum przepisy Prawa budowlanego „nie regulują zakresu prac/opracowań czy czynności, jakie powinien wykonywać główny technolog”, ponadto

zamawiający nie określił detalicznie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co należy rozumieć przez sprawowanie funkcji głównego technologa, mając zatem na uwadze czynności, które faktycznie wykonywał pan W. W. przy projekcie budowlanym i wykonawczym dotyczącym inwestycji pn. „Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie — Prokocimiu”, w ocenie zamawiającego brak jest podstaw do stwierdzenia, że nie sprawował on funkcji głównego technologa.

Argumentacja odwołującego opiera się na twierdzeniu, że pan W. W. nie jest autorem żadnego z projektów technologicznych, a tym samym nie może pełnić funkcji głównego technologa.

W ocenie zaś zamawiającego technolog to specjalista odpowiadający za sprawne zorganizowanie i koordynowanie całego procesu. Typowe przykłady opisu stanowiska głównego technologa odwołują się przede wszystkim do takich czynności jak: organizowanie i koordynowanie pracy grupy technologów, nadzorowanie przygotowania projektu, nadzorowanie wdrożenia projektu, rozważanie i zatwierdzanie zmian.

Z przepisów prawa ani z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, że sprawowanie funkcji głównego technologa przy opracowywaniu projektu należy nierozdzielnie wiązać z autorstwem projektów technologicznych. Gdyby zamawiający wymagał, aby główny technolog był autorem projektów technologicznych dałby temu wyraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego nie doszło do podania przez Konsorcjum informacji wprowadzających zamawiającego w błąd i brak jest podstaw do wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy w zakresie dotyczącym projektanta technologa.

Konsorcjum nie wymieniło w wykazie osób skierowanych do wykonania zamówienia, w odniesieniu do doświadczenia projektanta technologa, większej ilości zadań aniżeli było to konieczne dla uzyskania maksymalnej liczby punktów, zatem przedstawione przez Konsorcjum informacje odnosiły się wyłącznie do podkryterium oceny ofert (DV). Jako, że Konsorcjum nie przedstawiło informacji, które ewentualnie mogłyby być badane pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, na tym etapie postępowania, w którym zamawiający dokonał wykluczenia konsorcjum, nie mogły zaistnieć przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, w ocenie zamawiającego nie ma potwierdzenia w stanie faktycznym.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy, to w przekonaniu zamawiającego nie doszło do zaniechania wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy, w odniesieniu do informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót



sanitarnych. Brak jest także przesłanek do wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17 ustawy, w odniesieniu do informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Projektanta technologa.

W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest zdaniem zamawiającego bezpodstawny.

Jednocześnie zamawiający z ostrożności procesowej zwrócił uwagę, iż warunkiem koniecznym wniesienia odwołania jest zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy spełnienie przez odwołującego łącznie dwóch przesłanek: tj. wykazania posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Interes w uzyskaniu zamówienia to element stanowiący o istnieniu legitymacji czynnej, który każdorazowo musi zostać wykazany przez korzystającego ze środka ochrony prawnej podmiot wnoszący odwołanie. Jego istnienie musi być każdorazowo weryfikowane przez skład orzekający w sprawie będącej przedmiotem wnoszonego odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji czynnej do wniesienia środków ochrony prawnej prowadzić musi zatem do oddalenia odwołania.

Odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 września 2011 r., KIO 1837/11; KIO 1841/11; KIO 1853/11; KIO 1854/11; KIO 1855/11. W ocenie zamawiającego wykładnia rozumienia pojęcia interes w uzyskaniu zamówienia polega na istnieniu założenia utraty przez wykonawcę możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., KIO 2887/12. Również w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pn.: środki ochrony prawnej czytamy: „W obecnym stanie prawnym ustawodawca nie posłużył się pojęciem interesu prawnego. Zmiana dokonana nowelizacją z 2 grudnia 2009 r. może zatem sugerować, że chodzi także — obok interesu prawnego opartego na prawie materialnym — o bliżej nieskonkretyzowany interes rozumiany jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Należy jednak zwrócić uwagę, iż nadal legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu uczestnikowi postępowania, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Niezależnie zatem od ww. zmiany odwołujący, nadal musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Ponadto norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes ten dotyczyć musi tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest stosowany. Pomimo zatem nieposłużenia się przez ustawodawcę pojęciem interesu prawnego wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny. Tym samym, brak konieczności oparcia się na normie prawa materialnego nie oznacza dowolności w ocenie, czy wnoszący środek ochrony prawnej jest do tego legitymowany”.

Kontynuując myśl zawartą w opinii UZP, zamawiający wskazał na inne orzeczenia KIO: wyrok z dnia 19 czerwca 2018 r. KIO 1100/18.

W ocenie zamawiającego odwołujący nie wykazał istnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, a tym samym jego odwołanie winno być oddalone bez konieczności rozpatrywania podniesionych zarzutów.

### **Sygn. akt KIO 1647/20**

W dniu 16 lipca 2020r. odwołanie wniosło Konsorcjum Erbud. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 lipca 2020r. udzielonego przez lidera konsorcjum tj. przez wiceprezesa zarządu i prokurenta lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 2 kwietnia 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta partnera, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 lipca 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) w odniesieniu do czynności wykluczenia Konsorcjum ERBUD z postępowania:
  - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez zastosowanie tego przepisu w odniesieniu do informacji i inwestycji wskazanych przez Konsorcjum ERBUD na potrzeby uzyskania punktów przyznawanych w ramach oceny ofert;
  - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez wykluczenie Konsorcjum ERBUD z postępowania mimo braku do tego podstaw;
- 2) w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD:
  - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez odrzucenie oferty Konsorcjum ERBUD mimo bezpodstawności i niezasadności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;
- 3) w odniesieniu do czynności przyznania wykonawcy WARBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby 98,00 pkt:
  - naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez przyznanie wykonawcy WARBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby 98,00 pkt w przypadku, gdy Konsorcjum ERBUD został bezpodstawnie i niezasadnie wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona;
- 4) w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy WARBUD S.A.:
  - naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy WARBUD S.A. w przypadku, gdy wykonawca Konsorcjum ERBUD został bezpodstawnie i niezasadnie wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy WARBUD S.A.;

- 2) unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum ERBUD;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD;
- 4) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego. Jednocześnie odwołujący spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Oferta złożona przez odwołującego powinna otrzymać najwyższą ze wszystkich ofert liczbę punktów w ramach oceny ofert. Pomimo tego odwołujący został niezasadnie i bezpodstawnie wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona. Jako najkorzystniejsza oferta została natomiast wybrana oferta wykonawcy WARBUD S.A. Oferta tego wykonawcy nie powinna jednak zostać wybrana i oceniona na 98,00 pkt, albowiem odwołujący nie powinien zostać wykluczony a jego oferta nie powinna zostać odrzucona. W przypadku uwzględnienia odwołania jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta odwołującego. Powyższe skutkuje powstaniem po stronie odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu przetargowym prowadzonym w niniejszej sprawie zamawiający bezpodstawnie i niezasadnie wykluczył odwołującego i odrzucił jego ofertę. W rezultacie tego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy WARBUD S.A. Takie rozstrzygnięcia nie zasługują na aprobatę. Odwołujący nie powinien zostać wykluczony, a jego oferta nie powinna zostać odrzucona, w konsekwencji czego oferta wykonawcy WARBUD S.A. nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Niezależnie od tego, że odwołujący w żadnym przypadku nie wprowadził zamawiającego w błąd (szerzej o tym w dalszej części uzasadnienia niniejszego odwołania), odwołujący wskazał, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania w sposób całkowicie nieuprawniony i niezgodny z przepisami, wskazując jako podstawę tego wykluczenia art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP. W ocenie zamawiającego odwołujący rzekomo wprowadził bowiem zamawiającego w błąd wskazując na potrzeby oceny ofert (i przyznania punktów), iż Pan M. S. pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych w odniesieniu do inwestycji oznaczonej „Budowa nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium

Medicum w Krakowie - Prokocimiu”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ww. informacja i inwestycja zostały wskazane na potrzeby uzyskania w ramach oceny ofert punktów za doświadczenie kierownika robót sanitarnych (DIN), a nie na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy wykazania braku podstaw do wykluczenia. Odwołujący podkreślił, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy ma potencjalne zastosowanie w odniesieniu do wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane "kryteriami selekcji". lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Wskazany przepis nie ma natomiast nawet potencjalnie zastosowania w odniesieniu do informacji i inwestycji wskazywanych w celu uzyskania punktów w ramach oceny ofert za doświadczenie kierownika robót sanitarnych.

Wskazany powyżej wniosek jednoznacznie wynika z orzecznictwa KIO. Przykładowo KIO w uzasadnieniu wyroku z 8 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1070/19) wskazała że, „Przepis art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. “. Podobnie KIO w uzasadnieniu wyroku z 8 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO 100/19) i w wyroku z 7 sierpnia 2018 r. (sygn. akt KIO 1439/18). Orzecznictwo KIO zdaniem odwołującego potwierdza jednoznacznie, że przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy nawet potencjalnie nie stosuje się do informacji i inwestycji wskazanych w celu uzyskania punktów w ramach oceny ofert. Kwestionowane przez zamawiającego informacje i inwestycja nie zostały wskazane ani na potrzeby wykazania, że odwołujący nie podlega wykluczeniu, ani też na potrzeby wykazywania, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu lub „kryteria selekcji”. Powyższe oznaczają, że wskazany przepis nawet potencjalnie nie mógł być przez zamawiającego zastosowany w odniesieniu do wskazanych informacji i inwestycji. Co wymaga podkreślenia, przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, jako przepisu o charakterze sankcyjnym, nie można interpretować w sposób rozszerzający.

Na marginesie jedynie odwołujący wskazał, że „kryteria selekcji” to kryteria stosowane celem ograniczenia liczby uczestników postępowania (np. w przetargu ograniczonym zgodnie z art. 51 ust. 2 ustawy) w oparciu o ich sytuację podmiotową i nie mają one nic wspólnego z kryteriami oceny ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku zakwestionowania przez zamawiającego informacji i inwestycji wskazanych na potrzeby uzyskania punktów w ramach oceny ofert, zamawiający jest uprawniony co najwyżej do nieprzyznania wykonawcy punktów, które wykonawca zamierzał uzyskać wskazując te informacje i inwestycję. Wskazana sytuacja nie uprawnia natomiast zamawiającego do zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP,

albowiem wskazany przepis w takich sytuacjach nie ma zastosowania.

Mając na uwadze, że wykluczenie odwołującego w niniejszej sprawie było nieuzasadnione i bezpodstawne, nieuzasadnione i bezpodstawne było również odrzucenie oferty odwołującego dokonane z uwagi na wskazane wykluczenie odwołującego.

Niezależnie od uchybień zamawiającego odwołujący wskazał, że w żadnym razie nie wprowadził zamawiającego w błąd w przedmiotowej sprawie. Pan M. S. na inwestycji oznaczonej „Budowa nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie ~ Prokocimiu” okresowo pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych, co pozwala wskazać wymienioną inwestycję celem uzyskania punktów w ramach oceny ofert za doświadczenie kierownika robót sanitarnych. Pan M. S. posiada wymagane uprawnienia, a wymienioną funkcję sprawował będąc pracownikiem Spółki Polonez Plus Sp. z o.o., tj. podwykonawcy zaangażowanego do realizacji wymienionego zadania inwestycyjnego przez generalnego wykonawcę. Pan M. S. sprawował przy tym również funkcję kierownika projektu ze strony Spółki Polonez Plus Sp. z o.o. Generalny wykonawca wskazanej inwestycji posiadał swoich kierowników branżowych, a zatem nie było potrzeby bieżącego dokonywania wpisów do dziennika budowy przez kierownika branżowego podwykonawcy Polonez Plus Sp. z o.o. Nie zmienia to jednak faktu, że Pan M. S. faktycznie pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych mając też w tym celu wszelkie niezbędne uprawnienia zawodowe.

Powyższe oznacza, że odwołujący miał wszelkie racjonalne podstawy i uzasadnione przesłanki, aby uznać, że wskazana inwestycja dot. Pana M. S. pozwoli odwołującemu uzyskać punkty w ramach oceny ofert. Nie było w tym przypadku ze strony odwołującego żadnego zamierzonego działania czy rażącego niedbalstwa skutkującego wprowadzeniem zamawiającego w błąd. Co istotne, zamawiający w uzasadnieniu zaskarżonych czynności w żaden sposób nie wykazuje, na czym konkretnie miałyby polegać zamierzone działanie, czy rażące niedbalstwo odwołującego skutkujące wprowadzeniem zamawiającego w błąd.

W sytuacji, jeżeli zamawiający nie zgadzał się ze stanowiskiem i oceną odwołującego co do wskazanej inwestycji dot. Pana M. S., to mógł co najwyżej nie przyznawać odwołującemu wynikających z tego punktów w ramach oceny ofert. W żadnym jednak razie zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Gdyby odwołujący nie został bezpodstawnie i niezasadnie wykluczony z postępowania, a jego oferta nie zostałaby odrzucona, to właśnie oferta odwołującego zostałaby oceniona jako najkorzystniejsza (jest to bowiem oferta dająca możliwość uzyskania większej ilości punktów niż oferta Wykonawcy WARBUD S.A.). Wykonawca WARBUD S.A. nie uzyskałby w takim przypadku 98,00 pkt w ramach oceny ofert (jest to bowiem oferta dużo mniej korzystna cenowo dla zamawiającego od oferty odwołującego, albowiem jest droższa o ok. 5,5 mln zł, tj. o ok. 20% od oferty odwołującego).

Wskazane powyżej uchybienia w konsekwencji dla odwołującego oznaczają, że zamawiający naruszył w toku postępowania przetargowego liczne przepisy. Odwołujący nie

powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta nie powinna zostać odrzucona. W takim zaś przypadku to oferta odwołującego zostałaby oceniona jako najkorzystniejsza, albowiem jest to oferta potencjalnie najlepiej punktowana (w takim przypadku oferta wykonawcy WARBUD S.A. nie zostałaby oceniona jako najkorzystniejsza). W rezultacie naruszeń przepisów popełnionych przez zamawiającego, odwołujący został bezpodstawnie i niezasadnie wykluczony z postępowania, w efekcie czego jego oferta została odrzucona, a jako najkorzystniejsza została wybrana dużo droższa oferta Wykonawcy WARBUD S.A. Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia przepisów w sposób wskazany w odwołaniu.

W dniu 16 lipca 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 20 lipca 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca WARBUD SA wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i wybór ten jest prawidłowy, a odwołujący kwestionuje ten wybór, a także własne wykluczenie i odrzucenie, co może spowodować zmianę w prawidłowo ustalonym rankingu ofert. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu i odwołującemu przekazana w dniu 20 lipca 2020r.

W dniu 31 lipca 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości, mimo uchybienia jakim jest wskazanie przez zamawiającego omyłkowo art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy jako podstawy prawnej wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamiast art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy, ponieważ nie ma ono wpływu na rozstrzygnięcie postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach warunków udziału w postępowaniu zamawiający określił minimalne wymagania dotyczące doświadczenia osób skierowanych do wykonania zamówienia. Dodatkowe doświadczenie tych osób stanowi jedno z trzech kryteriów oceny ofert. W postępowaniu zastosowanie ma art. 24aa ustawy.

Odwołanie odnosi się do zapisu zawartego w punkcie 14.3 ppkt 3) lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który po modyfikacjach z dnia 05.02.2020 r. otrzymał następujące brzmienie:

c) kierownik robót sanitarnych (DIII): za skierowanie do realizacji zamówienia kierownika robót sanitarnych posiadającego uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, który w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w trakcie realizacji roboty budowlanej o wartości minimum 10 mln zł polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie obiektu kubaturowego o powierzchni

użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup>, w którym znajdowały się pomieszczenia laboratoryjne, Wykonawca otrzyma 2 pkt za dodatkowe zadanie/a.

Odwołujący w celu uzyskania 2 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, dla kierownika robót sanitarnych wskazał jedno zadanie tj. inwestycję pn. „Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie Prokocimiu”.

Z powodu przedstawienia nieprawdziwych informacji zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, a jego oferta została uznana za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy

Faktem jest, że zamawiający w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 06.07.2020 r. (pismo L.dz.DZP-291-507-305/2020) jako podstawę prawną wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia wskazał art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP podczas, gdy należało wskazać art. 24 ust. 1 pkt 17) — „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. '

Zamawiający podkreślił jednak, że istotą wykluczenia odwołującego z postępowania było wprowadzenie zamawiającego w błąd przez przedstawienie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, które miały wpływ na punktację przyznawaną w ramach kryteriów oceny ofert. Istota wykluczenia odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy. Zatem mimo uchybienia jakim jest wskazanie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy jako podstawy prawnej wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, faktycznie odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy.

Dla zamawiającego nie ulega wątpliwości, że rzeczywista podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania wynika z uzasadnienia wykluczenia. Przytoczył w tym zakresie przykłady orzecznictwa potwierdzające tezę zamawiającego: wyrok NSA z dnia 13 czerwca 2013 1 OSK 117/12 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1999 r. I CKN 298198

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaznaczono, że realizacja zamówienia podlega prawu polskiemu, w tym ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.), zgodnie z którą przyjęcie odpowiedzialności za pełnienie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie jest jej nieodłącznym elementem. Zatem by skutecznie twierdzić, że dana osoba przy wykonywaniu określonych robót budowlanych pełniła funkcję kierownika robót, konieczne jest formalne przyjęcie przez nią obowiązków związanych z tą funkcją, poprzez złożenie podpisu w dzienniku budowy. Złożenie podpisu w dzienniku budowy jest w swojej istocie realizacją wyraźnego obowiązku nałożonego przez ustawodawcę na określone ustawowo podmioty i już z samej tej przyczyny odgrywa kluczową rolę przy ocenie realizowania przez nie swoich funkcji w procesie

budowlanym.

Z dokumentacji postępowania wynika, że pan M. S. formalnie obowiązków związanych z funkcją kierownika robót sanitarnych na inwestycji pn.: „Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie — Prokocimiu” nie przyjął, nie ponosił odpowiedzialności przyjmowanej przez formalne wyrażenie zgody na pełnienie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie i nie był w związku z tym uczestnikiem procesu budowlanego.

Mimo, że pan M. S. posiada wymagane uprawnienia i jak twierdzi odwołujący kierował robotami w zakresie robót wentylacyjnych i klimatyzacyjnych, z ramienia podwykonawcy, nawet gdyby przyjąć że potencjalnie mógłby pełnić funkcję kierownika robót sanitarnych na przedmiotowej inwestycji, nie można uznać, że pełnił tę funkcję, o czym jednoznacznie przesądza brak jego podpisu w dzienniku budowy. Odwołujący twierdzi, że „Pan M. S. na inwestycji C...) okresowo pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych C..) Generalny wykonawca posiadał swoich kierowników branżowych, a zatem nie było potrzeby bieżącego dokonywania wpisów do dziennika budowy przez kierownika branżowego podwykonawcy (...).” Wobec braku formalnego przyjęcia przez pana M. S. obowiązków związanych z pełnieniem funkcji kierownika robót, braku dokonywania przez niego wpisów w dzienniku budowy, a także faktu, że formalnie funkcje kierowników robót pełniły inne osoby, można co najwyżej stwierdzić, że pan M. S. zdobył doświadczenie w kierowaniu robotami wentylacyjnymi i klimatyzacyjnymi na wymienionej wyżej inwestycji. W ocenie zamawiającego odwołujący nie ma podstaw do twierdzenia, że pan M. S. zdobył na tej inwestycji doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót.

Zrównanie na gruncie przedmiotowego zamówienia kierowania robotami z pełnieniem funkcji kierownika robót doprowadziło do wprowadzenia zamawiającego w błąd. W odwołaniu pada stwierdzenie „C..) w przypadku zakwestionowania przez zamawiającego informacji i inwestycji wskazanych na potrzeby uzyskania punktów w ramach oceny ofert, zamawiający jest uprawniony co najwyżej do nieprzyznania wykonawcy punktów, które wykonawca zamierzał uzyskać wskazując te informacje i inwestycję”

Takie podejście do problemu, w ocenie zamawiającego, byłoby niewłaściwe, ponieważ stanowiłoby przyzwolenie jeśli nie zachętę do podejmowania prób podawania nieprawdziwych informacji przez potencjalnych wykonawców, w celu uzyskania większej liczby punktów w ramach kryteriów oceny ofert (w najgorszym dla wykonawcy przypadku nie uzyskałby on dodatkowych punktów). Takie działanie byłoby sprzeczne z ustawą.

Wobec powyższego zarzut bezpodstawnego i niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania, nie ma potwierdzenia w stanie faktycznym.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym, mimo pomyłki we wskazaniu podstawy prawnej wykluczenia, wobec istnienia, podania i uzasadnienia podstawy faktycznej wykluczenia



odwołującego, istniała podstawa do odrzucenia oferty odwołującego zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy.

Z powodu wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, oraz odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex S.A., jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu była oferta wykonawcy Warbud S.A. W świetle wyjaśnień, o których mowa w lit. A i B niniejszego pisma, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez przyznanie wykonawcy Warbud S.A. 98,00 punktów w ramach kryteriów oceny ofert i wybranie oferty Warbud S.A. jako najkorzystniejszej, jest niezasadny.

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

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz w brzmieniu ustalonym modyfikacjami z dnia 5 lutego i 11 marca 2020r., wyjaśnień treści siwz, załącznika nr 8 złożonego do oferty Konsorcjum, pisma Warbud z dnia, wezwania zamawiającego z dnia 22 maja 2020r. i udzielonych przez Konsorcjum wyjaśnień z dnia 27 maja 2020r., informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, co następuje:

Z treści siwz wynika, że zgodnie z rozdziałem 5 zamawiający wymagał spełnienia warunku doświadczenia zawodowego od osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie spornym o następujący brzmieniu

Pkt. 5.2.3. lit. b ppkt 3 zamawiający wymagał dysponowania minimum 1 osobą, która będzie kierownikiem robót sanitarnych posiadającą doświadczenie zawodowe jako kierownik robót sanitarnych na minimum 1 inwestycji polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1500m<sup>2</sup>, w którym znajdują się pomieszczenia laboratoryjne i pkt. 5.2.3. B ppkt. 5 minimum 1 osobą, która będzie projektantem technologiem. Wymagane doświadczenie zawodowe: w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, sprawowała funkcję głównego technologa przy co najmniej jednym wielobranżowym projekcie budowlanym i wykonawczym, który uzyskał prawomocną decyzję pozwolenia na budowę dla nowoprojektowanego lub przebudowywanego obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1 500m<sup>2</sup>, w którym znajdowały się pomieszczenia laboratoryjne. Zgodnie z pkt. 7.3 siwz W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający miał wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 10 dni aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów - dokumenty te składane są wyłącznie na wezwanie zamawiającego – wykonawcy nie powinni załączać ich do oferty:

4) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia

publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - z wykorzystaniem wzoru określonego w załączniku 8 do SIWZ.

Oraz zamawiający określił następujące wymagania w zakresie kryteriów oceny ofert w pkt. 14.2 ppkt. 3 wskazał że kryterium oceny ofert będzie dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia (D)- waga kryterium 30%, przy czym doświadczenie kierownika robót sanitarnych (DIII) – waga 2% i doświadczenie projektanta technologa (DV) – waga 6%.

Ocena punktowa w tym kryterium miała być dokonywana w następujący sposób:

14.3.3 lit. c kierownik robót sanitarnych (DIII) za skierowanie do realizacji zamówienia kierownika robót sanitarnych posiadającego uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, który w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownik robót w trakcie realizacji roboty budowlanej o wartości minimum 10 mln zł. polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1500m<sup>2</sup>, w którym znajdują się pomieszczenia laboratoryjne – wykonawca otrzyma 2 pkt za dodatkowe zadanie/zadania i

Pkt. 14.3.3. lit. f) projektant technolog (DV): za skierowanie do realizacji zamówienia projektanta, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert sprawował funkcję głównego technologa przy co najmniej jednym wielobranżowym projekcie budowlanym i wykonawczym, który uzyskał prawomocną decyzję pozwolenia na budowę dla nowoprojektowanego lub przebudowywanego obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1 500m<sup>2</sup>, w którym znajdowały się pomieszczenia laboratoryjne – wykonawca otrzyma 2 pkt za każde odrębne dodatkowe zadanie do maksymalnej ilości 6 pkt.

Zamawiający celem przyznania punktacji wymaga, aby wykonawca w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości przedstawił informacje dotyczące doświadczenia osób, pozwalające na przyporządkowanie danej osobie odpowiedniej liczby punktów. Wymagane jest podanie danych dotyczących realizacji, za które zostaną przyznane punkty, w sposób umożliwiający ich identyfikację – nazwa zadania, nazwa i adres Inwestora, oraz wymagane przez zamawiającego szczegóły dotyczące realizowanych robót. Zamawiający zaznaczył, że doświadczenie punktowane jest ponad wymagane przez zamawiającego minimalne warunki dotyczące osób skierowanych do realizacji zamówienia, wskazane w punkcie 5.2.3.B siwz. Oświadczenie dotyczące dodatkowych punktowanych realizacji i prac nie podlega uzupełnieniu. Na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, lub kierowanie robotami, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także

zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacja o podstawie dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 8 do siwz. Na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w powyższym wykazie zamawiający:

- a) Wyliczy punkty w kryterium oceny ofert „Dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz
- b) Dokona oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego odpowiednio w pkt. 5.2.3. lit B siwz.

Uzupełnienie wykazu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy możliwe miało być wyłącznie w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu lecz nie będzie miało wpływu na punktację przyznaną w ramach kryterium oceny ofert „Dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W wyjaśnieniach z dnia 4 marca 2020r. zamawiający na pytanie nr 22 odpowiedział :

Wniosek wykonawcy Prosimy o potwierdzenie, że w składanym wraz z ofertą w celu uzyskania dodatkowej punktacji formularzu „Wykaz osób – zał. nr 8 do SIWZ” wskazać należy jedynie doświadczenie ponad to potwierdzające spełnianie warunków udziału – które wymagane będzie dopiero na wezwanie Zamawiającego.

Odpowiedź zamawiającego:

1. Wykonawcy, starający się o uzyskanie punktów w kryterium oceny ofert „Dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” zobowiązani są do złożenia wraz z ofertą wypełnionego „Wykazu osób” (załącznik nr 8 do SIWZ). Zamawiający rekomenduje, aby w wykazie tym wskazać jedynie doświadczenie kluczowego/ych specjalisty/ów ponad to potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.2.3 lit. B SIWZ. a) Złożenie „Wykazu osób” w zakresie odnoszącym się do warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.2.3 lit. B SIWZ, winno nastąpić po wezwaniu Wykonawcy, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie dotyczyć będzie Wykonawcy, którego oferta uzyska największą liczbę punktów. b) Wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.2.3 lit. B SIWZ, przedkładając dokumenty w trybie art. 26 ust. 1 nie będzie mógł powołać się na to doświadczenie kluczowego/ych specjalisty/ów, które uprzednio wskazał w „Wykazie osób” złożonym wraz z ofertą i za które otrzymał punkty. 2. Jeżeli Wykonawca z własnej inicjatywy wymieni w „Wykazie osób”, składanym wraz z ofertą, doświadczenie kluczowego/ych specjalisty/ów w ilości większej aniżeli jest to konieczne dla uzyskania maksymalnej liczby punktów w danym kryterium, zamawiający dokona analizy tego (dodatkowego) doświadczenia pod kątem spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli doświadczenie to będzie potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.3 lit. B SIWZ (odpowiednio), zamawiający nie będzie wzywał Wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału (w tym zakresie) w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli jednak doświadczenie to nie będzie potwierdzać spełniania warunku określonego w pkt 5.2.3 lit. B SIWZ (odpowiednio), zamawiający zastosuje art. 26

ust. 3 ustawy Pzp (nie będzie wezwania do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy).

3. Jeżeli Wykonawca z własnej inicjatywy złoży wraz z ofertą „Wykaz osób”, mimo iż nie będzie ubiegał się o uzyskanie punktów w ramach kryterium „Dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia”, zamawiający dokona analizy tego doświadczenia pod kątem spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli doświadczenie to będzie potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.3 lit. B SIWZ (odpowiednio), zamawiający nie będzie wzywał Wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału (w tym zakresie) w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli jednak doświadczenie to nie będzie potwierdzać spełniania warunku określonego w pkt 5.2.3 lit. B SIWZ (odpowiednio), zamawiający zastosuje art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (nie będzie wezwania do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy).

4. Jeżeli w toku postępowania Wykonawca korzystając z przysługującego mu uprawnienia określonego w art. 26 ust. 3 lub 22a ust. 6 ustawy Pzp dokona zmiany kluczowego specjalisty, ostatecznie nie otrzyma punktów w kryterium oceny ofert za doświadczenie zmienionego kluczowego specjalisty.

5. Wykonawca powinien jednoznacznie oświadczyć w ofercie czy ubiega się o udzielenie punktów w ramach kryterium „Dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia”, składając stosowne oświadczenie w pkt 5 formularza „Oferta” (załącznik nr 2 do SIWZ). Jeżeli wykonawca nie dokona w pkt 5 oferty żadnego zaznaczenia i złoży wraz z ofertą „Wykaz osób”, zamawiający przyjmie, że wykonawca ubiega się o uzyskanie punktów w kryterium oceny ofert „Dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia”.

W ofercie konsorcjum w pkt. 5 formularza ofertowego odwołujące się Konsorcjum wskazało, że ubiega się o przyznanie punktów w kryterium dodatkowe doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia w załączniku nr 8 wskazano w zakresie spornym następujące osoby i ich doświadczenie:

Kierownik robót sanitarnych M. S. – wykazano jedno doświadczenie Budowa nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie – Prokocimiu, oświadczone, że sprawował funkcję kierownika robót,

Projektant technolog – W. W. – wykazano trzy doświadczenia: Szpital Dydaktyczno-Kliniczny Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka wraz z jego wyposażeniem, oświadczone, że sprawował funkcję projektanta technologa, Budowa nowej siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie – Prokocimiu, oświadczone, że sprawował funkcję projektanta technologa, Rozbudowa i przebudowa Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 SPZOZ w Lublinie – budowa nowego budynku H-11 i G-16.

W dniu 6 maja 2020r. Warbud poinformował zamawiającego o następujących okolicznościach:

Konsorcjum Erbud podał wprowadzające zamawiającego w błąd co do istotnych elementów mających wpływ na wynik postępowania, tj. w zakresie informacji dotyczących punktowanego w ramach kryterium oceny ofert dodatkowego doświadczenia osób skierowanych do wykonania zamówienia.

Oferta Erbud S.A. i Erbud Operations Sp. z o.o.

I. Osoba wskazana na stanowisko projektanta technologa - Pan W. W.

1. Zgodnie z pkt 14.3 ppkt 3) lit. e) SIWZ, punkty były przyznawane za: „skierowanie do realizacji zamówienia projektanta, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert sprawował funkcję głównego technologa przy co najmniej jednym wielobranżowym projekcie budowlanym i wykonawczym, który uzyskał prawomocną decyzję pozwolenia na budowę dla nowoprojektowanego lub przebudowywanego obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup>, w którym znajdowały się pomieszczenia laboratoryjne.”

2. Erbud w swojej ofercie, na stanowisko projektanta technologa wskazał Pana W. W., dla którego, w ramach punktowanego doświadczenia, została wskazana m.in. inwestycja pod nazwą Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie – Prokocimiu, Wielobranżowy projekt budowlany zamienny i wykonawczy wraz z kosztorysami i STWiORB.

3. Przedmiotowa inwestycja realizowana była w formule zaprojektuj i wybuduj przez Konsorcjum, którego Liderem była Spółka Akcyjna Warbud (pozostali konsorcjanci to Porr (Polska) S.A. i Vamed), natomiast Industria Project sp. z o.o. była podwykonawcą w zakresie prac projektowych.

4. W ramach inwestycji w 2015r. został wykonany projekt budowlany zamienny, który, w zakresie ogólnej technologii medycznej wykonała Pani M. U.-O. . Kolejny projekt budowlany zamienny z 2017r. odnoszący się m.in. do ogólnej technologii medycznej wykonany został przez Pana K. T. . Natomiast projekt wykonawczy technologii medycznej, wraz ze wszystkimi zmianami, wykonała Pani I. Z. .

5. Ponadto, w ramach inwestycji został wykonany jeszcze projekty architektury z technologią, którego autorami byli Panowie J. S. (2015r. i 2017r.) oraz K. T. (2017r.)

6. Na żadnym z ww. projektów, jako jego autor nie został wymieniony Pan W. W. .

7. Pan W. W., został jedynie wskazany na niektórych projektach, jako koordynator prac projektowych, ale również w tych przypadkach jako autorzy projektów i osoby sprawdzające, zostały wpisane inne osoby. Z faktu pełnienia funkcji koordynatora prac projektowych nie można przypisywać sobie autorstwa projektów. Czym innym jest bowiem funkcja koordynatora prac projektowych, a czym innym funkcja autora danego projektu. Dla przykładu, Pan W. widnieje jako koordynator prac projektowych również na projektach instalacji elektrycznych i sanitarnych, co nie jest tożsame z ich autorstwem, gdyż Pan W. ,

wg. naszej wiedzy, nie posiada uprawnień projektowych w tych branżach. 8. W ramach kryterium oceny ofert punktowane było sprawowanie funkcji Głównego technologa, a nie koordynatora prac projektowych. Treść tego kryterium jest jasna i nie można jej dowolnie interpretować ani rozszerzać na etapie oceny ofert. Ponadto Zamawiający wymagał aby projekt obejmował pomieszczenia laboratoryjne, przy czym pojęcie to zostało zdefiniowane w SIWZ. Skoro zatem osoba nie była autorem projektu technologicznego obejmującego swoim zakresem wymagane laboratoria, to nie posiada doświadczenia punktowanego w ramach kryterium oceny ofert.

Dowód: • Wyciąg z projektu budowlanego zamiennego – Architektura z technologią – strona tytułowa, wrzesień 2015r. – projektant J. S. oraz Ogólna technologia medyczna autor: p. M. U.-O., wrzesień 2015r. nazwa plików: Szpital Prokocim\_Architektura z technologią\_str.tytułowa\_J.S.\_09.2015., Szpital Prokocim\_Ogólna technologia medyczna\_M.U. O.\_09.2015. • Wyciąg z projektu budowlanego zamiennego – Architektura z technologią – strona tytułowa, listopad 2017r. – projektant J. St., K. T. oraz Ogólna technologia medyczna autor: p. K. T., listopad 2017r. nazwa plików: Szpital Prokocim\_Architektura z technologią\_str.tytułowa\_J.S.\_K.T.\_11.2017, Szpital Prokocim\_Ogólna technologia medyczna\_K.T.\_11.2017. • Wyciąg z projektu wykonawczego – Technologia budynek C oraz Technologia budynek D – autor p. I. Z. nazwa plików: Szpital Prokocim\_PW\_Technologia\_bud\_C\_I.Z., Szpital Prokocim\_PW\_Technologia\_bud\_D\_I.Z. • Wyciąg z projektu wykonawczego – przykładowe rysunki: Technologia budynek C: PWC-TM-X-P-B01-0301 oraz Technologia budynek D: PW-D-TM-X-P-L01-0405 – autor p. I. Z. nazwa plików: Szpital Prokocim\_PW\_Rys\_tehnologia\_bud C\_I.Z., Szpital Prokocim\_PW\_Rys\_tehnologia\_bud D\_I.Z. • Wyciąg z projektu budowlanego zamiennego – strony tytułowe: Instalacje elektryczne i niskoprądowe, Instalacje sanitarne, Instalacje elektryczne oraz z projektu wykonawczego – strona tytułowa: Instalacje grzewcze i chłodzące nazwa plików:

Szpital Prokocim\_PB\_Instalacje elektryczne i niskoprądowe\_W.W.\_09.2015., Szpital Prokocim\_PB\_Instalacje sanitarne\_W.W.\_09.2015., Szpital Prokocim\_PB\_Instalacje elektryczne\_K.T.\_11.2017., Szpital Prokocim\_PW\_Instalacje grzewcze i chłodzące\_J.S.\_03.2017.

9. Powyższe dokumenty jednoznacznie wskazują, iż Pan W. W. nie był autorem projektu technologii w ramach przedmiotowej inwestycji, nie sprawował funkcji głównego technologa. Tym samym zawarte w ofercie Konsorcjum Erbud informacje są niezgodne ze stanem rzeczywistym i wprowadzają zamawiającego w błąd.

II. Osoba wskazana na stanowisko kierownika robót sanitarnych – Pan M. S.

1. Zgodnie z pkt 14.3.3) c) SIWZ punkty były przyznawane, za: „skierowanie do realizacji zamówienia kierownika robót sanitarnych posiadającego uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, który w okresie ostatnich 10 lat przed

upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w trakcie realizacji roboty budowlanej o wartości minimum 10 mln zł polegającej na budowie/przebudowie/rozbudowie obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup>, w którym znajdowały się pomieszczenia laboratoryjne”.

2. Podobnie, jak w przypadku Pana W., jako jedna z inwestycji referencyjnych dla Pana M. S. wskazana została Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie – Prokocimiu. Również w tym przypadku, Warbud S.A., z racji bycia Liderem konsorcjum wykonawców realizujących przedmiotową inwestycję, posiada szczegółową wiedzę co do funkcji pełnionych przez poszczególne osoby i zakresu wykonywanych przez nie czynności. Pan M. S. nie pełnił funkcji kierownika robót sanitarnych na tej inwestycji i nie wpisywał się do Dziennika budowy w tym charakterze.

3. Pan M. S., brał udział przy realizacji ww. inwestycji z ramienia jednego z podwykonawców w zakresie robót wentylacyjno-klimatyzacyjnych (podczas realizacji inwestycji zgłoszonych zostało ponad 130 podwykonawców), jednak nie pełnił funkcji kierownika robót sanitarnych dla tej inwestycji. Funkcje te sprawowały zupełnie inne osoby. Dowód: Wyciąg z Dziennika budowy wskazujący osoby, które faktycznie pełniły funkcje kierowników robót sanitarnych na przedmiotowej inwestycji nazwa folderu: Szpital Prokocim Dziennik budowy

4. Podkreślenia wymaga, iż w ramach tego kryterium zamawiający przyznawał punkty za „pełnienie funkcji kierownika robót”. Pełnienie funkcji kierownika robót wiąże się z określonymi obowiązkami wynikającymi z prawa budowlanego (w tym koniecznością wpisania do Dziennika budowy), a także ze związaną z tą funkcją odpowiedzialnością.

5. Wykonawca nie zawarł w swojej ofercie informacji co do faktycznego udziału i zakresu czynności wykonywanych przez Pana M. S. podczas realizacji inwestycji, wskazując jedynie, iż pełnił funkcję kierownika robót, wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd co do rzeczywistego udziału Pana M. S. przy realizacji tej inwestycji. Pan M. S. nie pełnił bowiem funkcji kierownika robót na tej inwestycji.

Warbud podkreślił, że biorąc pod uwagę, że informacje przedstawione przez Konsorcjum Erbud odnośnie doświadczenia osób wskazanych w wykazie są obiektywnie niezgodne z rzeczywistością, informacje te – jako dotyczące kryteriów oceny ofert – mają istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, a ich podanie wynikało, jeżeli nie z celowego działania, to co najmniej z lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawców, to na gruncie niniejszej sprawy wypełniona została przesłanka powodująca konieczność wykluczenia ww. wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Z dowodów dotyczących Szpitala w Krakowie – Prokocimiu dołączonych do tego pisma wynika, co następuje:

- Z pierwszych stron dzienników budowy z realizacji Budowy nowej siedziby Szpitala w Krakowie – Prokocimiu wynika, że kierownikami robót w zakresie instalacji sanitarnych byli: mgr inż. F. L., mgr inż. P. Ś., mgr inż. K. K., J. T., M. P., R. J., mgr inż. J. Ż., mgr. Inż. D. P. .

Z projektu budowlanego zamiennego PZB 2/1/Architektura z technologią wynika, że

projektantem był mgr inż. J. S., a koordynatorem prac projektowych dr inż. W. W.,  
Z projektu budowlanego zamiennego PZB 2/1 Architektura z technologią wynika, że projektantem był J. S., a koordynatorem mgr inż. Arch K. T.,  
Z załącznika nr 1 – ogólna technologia medyczna wynika, że sporządził go K. T.,  
Z załącznika nr 1 – ogólna technologia medyczna wynika, że sporządziła go M. U. – O.,  
Z projektu budowlanego zamiennego PZB 2/9 Instalacje elektryczne i niskoprądowe wynika, że projektantem był mgr inż. R. M., a koordynatorem prac projektowych W. W. ,  
Z projektu budowlanego zamiennego PZB 2/9 Instalacje elektryczne i niskoprądowe wynika, że projektantem był mgr inż. J. P., a koordynatorem prac projektowych K. T.,  
Z projektu budowlanego zamiennego Instalacje grzewcze i chłodzące instalacje wewnętrzne budynkowe gazu ziemnego wynika, że projektantem był inż. W. B., a koordynatorem prac projektowych W. W.,  
Z projektu wykonawczego wyd. III instalacje grzewcze i chłodzące instalacja wewnętrzna gazu wynika, że projektowali J. K. i K. K., a koordynował J. .  
Z rysunku nr PW-D-TM-X-L01-0405 wynika, że został zaprojektowany przez I. Z. .  
Z rysunku PW-C-TM-X-P –B01-0301 wynika, że został zaprojektowany przez I. Z.. Z Projektu wykonawczego 10/C/TM Budynek C wyd. III wynika, że projektantem była I. Z. . Z projektu wykonawczego 11/D/TM Budynek D wyd. III wynika, że projektantem była I. Z. .  
W dniu 22 maja 2020r. zamawiający zwrócił się do Konsorcjum w trybie art. 87 ust. 1 ustawy o wyjaśnienia odnośnie p. M. S. i p. W. W., gdyż jak wynika z informacji przekazanych przez Warbud wynika, że osoby te nie pełniły wskazanych w załączniku nr 8 funkcji, ale p. W. był koordynatorem prac projektowych, a p. S. pełnił funkcję z ramienia podwykonawcy w zakresie robót wentylacyjno – klimatyzacyjnych.  
W dniu 27 maja 2020r. Konsorcjum wyjaśniło:  
Przy opracowywaniu projektu budowlanego Pan W. W. pełnił między innymi funkcję technologa – dobierającego, opracowującego i konsultującego rozwiązania z zakresu technologii medycznej w ramach wykonywanego przez Industria Project Sp. z o.o. projektu. Nadto Pan W. W. przy opracowywaniu projektu budowlanego koordynował przygotowywanie projektu pod względem technologicznym. – Na dalszych etapach prac projektowych (w szczególności w zakresie projektu wykonawczego) Pan W. W., jako doświadczony Projektant (dr inż. Budownictwa oraz mgr inż. Architekt) pełnił głównie funkcję Koordynatora Projektu – jednak w dalszym ciągu - konsultował on również rozwiązania w ramach projektu technologii medycznej w związku z wykonywanym przez Industria Project Sp. z o.o. zakresem prac. Zaznaczył, iż ustawa Prawo Budowlane nie określa wprost zakresu prac/opracowań czy czynności, jakie powinien wykonywać główny technolog. Zadania faktycznie wykonywane przez Pana W. W. odnoszą się natomiast faktycznie do takiej funkcji. Dla wskazanej kwestii nie jest kluczowe czy dana osoba była wpisana w tabelę projektu i zestawienie projektantów. W związku z powyższym w pełni uzasadnione jest przyznanie wykonawcy w ramach oceny ofert punktów z tytułu pełnienia przez Pana W. W. funkcji dotyczącej zadania inwestycyjnego



oznaczonego „Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego UJ Collegium Medicum w Krakowie Prokocimiu”.

Pan M. S. brał udział przy realizacji instalacji sanitarnych podczas realizacji zadania „Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego UJ Collegium Medicum w Krakowie Prokocimiu”. Był on zatrudniony przez podwykonawcę Generalnego Wykonawcy – firmę Polonez Plus sp. z o. o. realizującą zakres prac związanych z wentylacją i klimatyzacją. Kierownikiem z firmy Polonez Plus sp. z o. o. był m.in. Pan M. S., który pełnił funkcję kierownika projektu a okresowo także sprawował funkcję kierownika robót sanitarnych. Z ramienia firmy Polonez Plus sp. z o. o. był zatem również osobą sprawującą okresowo funkcję kierownika robót sanitarnych na wskazanej Inwestycji. Generalny Wykonawca posiadał własnych kierowników branżowych, którzy się wpisywali do dziennika budowy i nie było potrzeby aby przedstawiciele firmy Polonez Plus sp. z o. o. również się do niego wpisywali. Stanowisko przedstawione przez WARBUD S.A. nie podważa zasadności stanowiska tut. wykonawcy. W związku z powyższym w pełni uzasadnione jest przyznanie Wykonawcy w ramach oceny ofert punktów z tytułu pełnienia przez Pana M. S. funkcji dotyczącej zadania inwestycyjnego oznaczonego „Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego UJ Collegium Medicum w Krakowie Prokocimiu”.

Z dowodów złożonych przez odwołującego Warbud na rozprawie wynika, że:

- oświadczenie Warbud z dnia 29 lipca 2020r. – Izba oceniła ten dowód jako stanowisko własne odwołującego Warbud, którego nie można traktować jako dowód z przesłuchania stron, a jedynie jako wyrażoną na piśmie argumentację odwołującego, zgodną z treścią odwołania.

- umowa na wykonanie instalacji wentylacji z dnia 12 maja 2017r. zawarta pomiędzy Warbud SA i Porr SA, a Polonez Plus sp. z o.o. na wykonanie podwykonawstwa – wykonanie kompletnej instalacji wentylacji ogólnej w budynkach A, B, C, D, E+E, G+E, H+E, I+E, J i wykonanie kompletnej instalacji wentylacji pożarowej mechanicznej w budynkach A, C, G+E, H+E, I+E oraz wykonanie kompletnej instalacji odzysków ciepła czy centralach wentylacyjnych, wykonanie instalacji nawilżaczy parowych elektrycznych – z załącznika nr 1 do umowy wynika, że przedstawicielami zamawiającego w zakresie robót sanitarnych będą jako kierownicy robót : F. L., J. T., R. J., a przedstawiciele podwykonawcy to M. S. – jako Kierownik Projektu i A. C. jako kierownik robót sanitarnych.

Z projektu wykonawczego budynków A1 i A2 w CKD UM w Łodzi wynika, że w branży technologia medyczna z logistyką projektantem był W. W.,

Z rysunku nr PBZ-L-A-W-P-B02\_0031 wynika, że projektantem był J. S., a koordynatorem prac projektowych W. W.

Z umowy o prace projektowe i wykonywanie nadzoru autorskiego z dnia 28 sierpnia 2015r. wynika, że Warbud SA zawarł umowę z I. Z. na wykonanie opisu funkcjonalnego technologii medycznej stanowiącego część projektu budowlanego zamiennego inwestycji, projektu

technologii stanowiącego część projektu wykonawczego, zharmonizowanie projektu technologii medycznej z projektem wykonawczym, doradztwo w zakresie technologii medycznej, pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją inwestycji w zakresie technologii medycznej, kontrolę zgodności realizacji inwestycji z dokumentacją projektową, uzgodnienie i oceny zasadności wprowadzenia rozwiązań zamiennych, udział na naradach technicznych, udzielania stosownych wyjaśnień, udział w odbiorze inwestycji, prowadzenie na bieżąco uzgodnień, rewizji, zmian do dokumentacji projektowej. Pani I. Z. miała być wiodącym wykonawcą projektu technologii medycznej i odpowiadała za zgodność projektu technologii medycznej z przepisami prawa.

Z wyciągu z SIWZ na zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Pomorska Kolej Metropolitalna Etap I (...) „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto” wynika, że tamtejszy zamawiający żądał stron tytułowych opracowań dokumentacji wykonanych w ramach danego przedsięwzięcia wskazujące w sposób jednoznaczny autora danego opracowania/dokumentacji i jego funkcję. Tamtejszy zamawiający w celu potwierdzenia dodatkowego doświadczenia osób wymagał dołączenia do oferty stron tytułowych opracowań dokumentacji wykonanych w ramach danego przedsięwzięcia wskazujące w sposób jednoznaczny autora danego opracowania/dokumentacji i jego funkcję – w niniejszym postępowaniu zamawiający takiego wymogu nie postawił i dowód ten w ocenie Izby nie ma związku z rozstrzyganym sporem.

Z siwz na budowę Centrum Badań Środowiska i innowacyjnych Technologii Żywności dla Jakości Życia wynika, że w przypadku architekta zamawiający wymagał dodatkowo załączonego dokumentu zawierającego nazwę projektu oraz rzut z pomieszczeniem badawczym i stopką zawierającą nazwisko architekta i podpis - w niniejszym postępowaniu zamawiający takiego wymogu nie postawił i dowód ten w ocenie Izby nie ma związku z rozstrzyganym sporem.

Z dowodów złożonych przez odwołującego Konsorcjum Erbud wynika, że :

- oświadczenia firmy Industria Project sp. z o.o. z dnia 29 lipca 2020r., że p. W. W. przy opracowywaniu projektu budowlanego zamiennego z 2015 pełnił m.in. funkcję technologa dobierającego, opracowującego i konsultującego rozwiązania z zakresu technologii medycznej, a na dalszych etapach prac projektowych ( w szczególności w zakresie projektu wykonawczego) pełnił m.in. funkcję Koordynatora projektu, przy czym nadal konsultował rozwiązania w ramach projektu technologii medycznej.

Z formularza zatwierdzenia wyrobu produktu przepustnic – prostych i okrągłych za dostawcę firmę Polonez Plus jako podpis podwykonawcy/dostawcy złożył M. S. opatrując podpis pieczęcią kierownik robót, zaś formularz zaakceptował ze strony GW kierownik robót sanitarnych R. J. .

Z oświadczenia spółki Polonez Plus sp. z o.o. z dnia 29 lipca 2020r. wynika, że spółka ta potwierdza, że M. S. pełnił w zastępstwie, czasowo funkcję kierownika robót sanitarnych realizowanych przez spółkę Polonez Plus.

### Ocena materiału dowodowego przez Izbę:

Izba na podstawie informacji o wyniku postępowania ustaliła, że odwołujący Warbud został wybrany jako wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę, a odwołujący Erbud został wykluczony z postępowania. Ocena tego faktu doprowadziła Izbę do wniosku, że odwołujący Warbud nie wypełnił przesłanki materialnoprawnej z art. 179 ust. 1 ustawy. Tok rozumowania Izby zostanie przez Izbę zaprezentowany w rozważaniach dotyczących merytorycznego rozstrzygnięcia. Jednak ustalenie braku zaistnienia przesłanki materialnoprawnej z art. 179 ust. 1 ustawy ma bezpośredni wpływ na ocenę przez Izbę przedłożonego materiału dowodowego. Zasadą jest bowiem, że w przypadku niewykazania przesłanki dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy Izba pozostawia bez rozpoznania merytorycznego zarzuty podniesione przez takiego odwołującego, co z kolei powoduje, że zbędne dla rozstrzygnięcia stają się dowody powołane odniesieniu do osoby p. W. W. . Izba zatem nie przedstawia oceny tych dowodów, ich wiarygodności, mocy dowodowej oraz czynionych na ich podstawie ustaleń.

Izba natomiast dokonała ustalenia, że Pan M. S. nie pełnił funkcji kierownika robót na inwestycji dla Szpitala w Krakowie-Prokocimiu i w tym zakresie oparła się na dowodach z pierwszych stron Dzienników Budowy od 1 – 38 przedstawionych przez odwołującego Warbud w piśmie do zamawiającego skierowanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a także na podstawie formularza zatwierdzenie wyboru. Z tych dwóch dokumentów wynika, że kierownikiem robót sanitarnych był R. J. . Z Dzienników Budowy wynika także, że odpowiedzialność za wykonanie robót sanitarnych na stanowisku kierownika robót sanitarnych pełniły także inne osoby niż p. J., ale z tych Dzienników wynika także to, że P. M. S. nie potwierdził swoim podpisem w Dzienniku Budowy, że przyjął na siebie odpowiedzialność za wykonanie instalacji sanitarnych jako kierownik robót. Dowód z dokumentacji budowy, jakim jest formularz zatwierdzenia wyrobu potwierdza jedynie, że p. M. S. z ramienia podwykonawcy określonego w tym dokumencie jako dostawca był odpowiedzialny za jakość dostarczanych wyrobów, co jednak w ocenie Izby nie przekłada się na wykazanie, że odpowiadał za wykonywanie części procesu budowlanego jakim jest wykonanie instalacji sanitarnych. Dodatkowo Izbę przekonał także dowód z umowy pomiędzy odwołującym Warbud, a firmą Polonez Plus, z której wynika, że dotyczy ona instalacji wentylacyjnej, a nie sanitarnej i w ramach tej umowy p. M. S. miał pełnić rolę kierownika projektu z ramienia podwykonawcy. Konsorcjum Erbud nie podnosiło zarzutu nierzetelności prowadzenia Dzienników Budowy, ani nie kwestionowało prawdziwości treści przedłożonej umowy, powołało się jedynie na oświadczenie firmy Polonez Plus, z którego wynikało, że p. M. S. pełnił czasowo i w zastępstwie z ramienia podwykonawcy funkcję kierownika robót sanitarnych. Izba jednak oceniła ten dowód jako niewiarygodny, tym bardziej, że nawet w formularzu zatwierdzenia wyrobu p. M. S. nie opatrzył swojego podpisu pieczęcią „kierownik robót sanitarnych”, a jedynie pieczęcią „kierownik robót”. Zatem nie powołano żadnego

innego dowodu pozwalającego na ustalenie, że p. S. pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych poza oświadczeniem podmiotu zatrudniającego p. S. i u którego jak oświadczył na rozprawie odwołujący Erbud, odwołujący weryfikował doświadczenie p. S., a więc Polonez Plus składając to oświadczenie był osobiście zainteresowany w korzystnej dla odwołującego ocenie dowodów, gdyż ustalenie, że wprowadził w błąd odwołującego Erbud mogło prowadzić do zerwania dotychczasowej współpracy, czy nawet potencjalnej odpowiedzialności cywilnej. Z tego względu oświadczenie Polonez plus wobec braku innego dowodu świadczącego o przyjęciu przez p. S. funkcji kierownika robót sanitarnych, a istnieniu szeregu dowodów przeciwnych, należało uznać za niewiarygodne i pozbawić go mocy dowodowej.

Izba tym samym ponownie podaje, że ustaliła, że p. M. S. nie pełnił funkcji samodzielnej w budownictwie – jako kierownik robót sanitarnych dla inwestycji Szpitala w Krakowie – Prokocimiu.

Izba ustaliła, że tak ustalony fakt stał się podstawą faktyczną wykluczenia odwołującego Erbud z postępowania – informacja o wyniku postępowania.

Izba ustaliła, że załącznik nr 8 był składany na potrzeby punktacji w kryterium oceny ofert - dodatkowo doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia – siwz z modyfikacją z dnia 5 lutego i 11 marca 2020r. oraz wyjaśnienie treści siwz na pytanie nr 22 z dnia 4 marca 2020r. A contrario Izba ustaliła, że załącznik nr 8 nie służył zamawiającemu do badania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a z trybu postępowania w jakim było ono prowadzone Izba ustaliła, że zamawiający nie ustanowił kryteriów selekcji, które występują w postępowaniach wieloetapowych.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem któregokolwiek z odwołań.

#### **Sygn. akt KIO 1644/20**

Izba stwierdziła, że odwołujący Warbud nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek wynikających z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy. Izba podzieliła w tym zakresie w pełni i uznała za własną argumentację przedstawioną przez zamawiającego i przystępującego Konsorcjum Erbud. Przesłanka z art. 179 ust. 1 ustawy jest przesłanką materialnoprawną dopuszczalności odwołania, która jest badana na rozprawie i w przypadku stwierdzenia, że odwołujący jej nie spełnia skutkuje oddaleniem odwołania. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący Warbud jest wykonawcą, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza i gdy decyzja ta stanie się ostateczna zamawiający właśnie z odwołującym Warbud zawrze zamówienie publiczne. Odwołujący kwestionuje prawidłowość

czynności wykluczenia innego wykonawcy – Konsorcjum Erbud mimo, że w dacie wnoszenia odwołania wykonawca ten jest wyeliminowany (choć nieostatecznie) z postępowania i nie zagraża sytuacji odwołującego Warbud. Przedmiotem odwołania jest konkretna czynność lub zaniechanie zamawiającego, a więc aby wykazać przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy odwołujący musiałby wykazać, że ta właśnie czynność, czy to konkretne zaniechanie zagraża możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Taka sytuacja nie ma jednak miejsca w przedmiotowym postępowaniu, gdyż w rzeczywistości odwołujący Warbud obawia się czynności przyszłej, która może być przez zamawiającego podjęta w wyniku rozstrzygnięcia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1647/20. Tym samym nie ma związku przyczynowo skutkowego pomiędzy czynnościami zamawiającego i ewentualnymi zaniechaniami związanymi z wyborem oferty najkorzystniejszej z dnia 6 lipca 2020r., a interesem odwołującego w uzyskaniu zamówienia i możliwą do poniesienia szkodą.

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 maja 2018r. sygn. akt IV CSK 448/17 „Rozdział 4 działu II ZamPublU pod tytułem „Wybór najkorzystniejszej oferty” określa zasady składania ofert przez wykonawców, przesłanki ich odrzucenia, w tym także środki, przy wykorzystaniu których zamawiający powinien ocenić, czy zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty lub dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle s.i.w.z. Z perspektywy zarówno zamawiającego, jak i uczestników postępowania, na ostateczny wynik tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 i art. 2 pkt 5 ZamPublU, składają się zarówno czynności podejmowane w związku z potrzebą udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy oferta któregoś z wykonawców nie powinna podlegać odrzuceniu, jak i czynności podejmowane w związku z oceną ofert, które nie zostały odrzucone, w świetle kryteriów wskazanych w s.i.w.z. W sytuacji wyboru – jako najkorzystniejszej - oferty, co do której istnieje wątpliwość, czy nie powinna była podlegać odrzuceniu na wcześniejszym etapie postępowania, brak jest podstaw do zawężenia kontroli przesłanek wyboru oferty tylko do okoliczności wymienionych w art. 91 ZamPublU i pominięcia okoliczności, które mogą wskazywać na konieczność odrzucenia oferty jako naruszającej przepisy ustawy.”

Tym samym podważenie prawidłowości czynności wykluczenia wykonawcy, czy odrzucenia oferty wywiera skutek na ocenę prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej. Innymi słowami nie można co do zasady skutecznie zakwestionować prawidłowości czynności wykluczenia bez jednoczesnego żądania unieważnienia dotychczasowego wyboru i powtórzenia czynności badania oferty. Odwołujący Warbud mimo, że domaga się zmiany czynności wykluczenia przystępującego konsorcjum Erbud z postępowania w oparciu o nowe, nie wskazane przez zamawiającego okoliczności faktyczne i prawne, nie formułuje wniosku o unieważnienie czynności wyboru oferty i ponowienie czynności związanych w etapem badania oferty, w tym ponowienie czynności wykluczenia z postępowania. Żądania takie bowiem ukazywałyby na to, że odwołanie w rzeczywistości nie służy ochronie interesu

odwołującego. Izba zwraca uwagę, że odwołujący Warbud domaga się dokonania przez zamawiającego zaniechanej czynności wykluczenia konsorcjum Erbud w oparciu o inny stan faktyczny niż dotychczas ustalony przez zamawiającego – czyli podanie wprowadzających w błąd informacji w odniesieniu do doświadczenia W. W. jako rzekomo głównego technologia podczas, gdy w ocenie odwołującego był on co najwyżej koordynatorem prac projektowych i nie sporządził projektu wykonawczego w spornym doświadczeniu. To oznacza, że aby zamawiający mógł takie ustalenia poczynić musi powtórnie zbadać ofertę. Jeśli zachodziłaby konieczność ponownego zbadania choćby jednej z ofert złożonych w postępowaniu, to wybór oferty najkorzystniejszej też należy unieważnić, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert zbadanych i niezbadanych nie jest wyborem zgodnym z przepisami ustawy w rozumieniu art. 7 ust. 3 ustawy. Dlatego sformułowane żądanie przez odwołującego rozszerzenia podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia Konsorcjum Erbud ma negatywny wpływ na interes odwołującego Warbud, gdyż de facto pogarsza jego sytuację w postępowaniu pozbawiając go statusu wykonawcy wybranego. W konsekwencji Izba zauważa, że przesłanka materialnoprawa z art. 179 ust. 1 ustawy na tym etapie postępowania i w zakresie tak sformułowanych zarzutów jak w odwołaniu nie otworzyła się jeszcze dla odwołującego Warbud. W ocenie Izby interes ten odwołującemu Warbud znacznie przysługiwać w sytuacji, gdyby Izba uwzględniła odwołanie konsorcjum Erbud i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert i na skutek tego uwzględnienia zamawiający podjąłby decyzję o niewykluczeniu konsorcjum Erbud z postępowania i wyborze tej oferty – wówczas dla odwołującego Warbud szansą na uzyskanie zamówienia byłoby podniesienie właśnie tych dodatkowych podstaw wykluczenia, które obecnie wskazuje, gdyż zamawiający wykonałby jedynie wyrok Izby z odwołania Konsorcjum Erbud i w granicach tamtejszych zarzutów i odwołujący Warbud mógłby podnosić, że zamawiający nie dokonał pełnego badania oferty konsorcjum Erbud. To zaś doprowadziłoby do pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego Warbud i szkody w postaci utraty zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo należy wziąć pod uwagę, że gdyby przychylić się do stanowiska odwołującego Warbud, że odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1644/20 ma na celu umocnienie i utrzymanie dotychczasowej pozycji, to przy tej konfiguracji jaka ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym doszłoby do akceptacji próby obejścia prawa wynikającego z art. 185 ust. 5 ustawy, na co zwrócił uwagę przystępujący Erbud, choć nie wprost. Czynności bowiem przystępującego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami strony do której przystępuje i pozornie tak jest w przypadku przystąpienia Warbud po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 1647/20, przystępujący popiera stanowisko zamawiającego i przedstawia zbieżną z nim argumentację, a z drugiej strony już jako odwołujący w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 1647/20 kwestionuje prawidłowość wykluczenia przystępującego Erbud także w zakresie ustaleń zamawiającego, co do podstawy prawnej wykluczenia. Ten aspekt także Izba wzięła

pod uwagę przy ocenie przesłanki dopuszczalności odwołania. Izba jednocześnie podziela w całości i przyjmuje za własne stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 27 listopada 2015r. sygn. akt KIO 2429/15 i KIO 2439/15, gdzie Izba wskazała:

„W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. W piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Ponadto w świetle wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

W świetle powyższego, Odwołujący I. - w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy I. sp. z o.o. z siedzibą w B. w oparciu o dodatkowe przyczyny jej odrzucenia – biorąc jednocześnie pod uwagę, iż za najkorzystniejszą w części IV została uznana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia I. Sp. z o.o., P.P.H.U. „P” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą w W. (zatem oferta Odwołującego I.), zaś jednocześnie odrzucona została oferta wykonawcy I. sp. z o.o. z siedzibą w B. - wykazał co najwyżej szkodę ewentualną, która na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkada ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia.

Wskazując na przywołaną argumentację zauważyć należy, że wniesione przez wykonawcę I. sp. z o.o. z siedzibą w B. odwołanie nie może rozszerzać interesu Odwołującego I., nie mogą również wpływać na ten interes czynności procesowe innych uczestników postępowania. Należy zauważyć, że oba odwołania są odrębnymi środkami ochrony prawnej, pomimo połączenia tych spraw, każde z odwołań może być cofnięte, może być również uwzględnione, na interes nie może mieć wpływu również zarządzenie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o wspólnym rozpoznawaniu spraw, a w tym przypadku – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, t.j. co do odrzucenia oferty wykonawcy I. sp. z o.o. z siedzibą w B. - inni wykonawcy posiadają prawo przystąpienia po stronie Zamawiającego (w tym przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia I. Sp. z o.o., P.P.H.U. „P” Sp. J. S. M., S. E. z siedzibą w W.) i tym samym bronią zasadności podstaw

odrzućenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego I.. Zatem wykonawca nie jest pozbawiony prawnej możliwości bronięcia swych racji w postępowaniu odwoławczym jak i skargowym, a stając się uczestnikiem postępowania – w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego, posiada uprawnienie do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu.”

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła niedopuszczalność odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy i postanowiła odwołanie oddalić w całości bez rozpoznawania :

- Zarzutu naruszenia przez zamawiającego Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w toku przedmiotowego postępowania naruszono art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wskazania wszystkich podstaw prawnych i faktycznych wykluczenia Konsorcjum Erbud

- Zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Erbud pomimo, iż wykonawca ten wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. informacje dotyczące doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika robót sanitarnych i Głównego technologa, które to doświadczenie było punktowane w ramach kryterium oceny ofert,

ewentualnie:

- Zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", tj. informacje dotyczące doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Głównego technologa.

- Zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 179 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając odwołującego kosztami wpisu, zamawiający nie zgłaszał wniosku o zasądzenie kosztów postępowania.



## **Sygn. akt KIO 1647/20**

Izba oceniła, że odwołujący Konsorcjum Erbud wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez zastosowanie tego przepisu w odniesieniu do informacji i inwestycji wskazanych przez Konsorcjum ERBUD na potrzeby uzyskania punktów przyznawanych w ramach oceny ofert

Zarzut potwierdził się. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Izba ustaliła, że informacje o funkcji p. M. S. na inwestycji dla Szpitala w Krakowie-Prokocimiu nie były informacjami dotyczącymi podstaw wykluczenia, warunków udziału w postępowaniu, ani kryteriów selekcji. Aby zamawiający miał prawo zastosować art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy musi wykazać zaistnienie następujących przesłanek:

- wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji,
- wprowadzenie w błąd musiało być skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa
- informacja musi dotyczyć podstaw wykluczenia, lub warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, lub będąc nadal informacją dotyczącą wykluczenia warunków, kryteriów selekcji musi być zatajona, lub wykonawca nie może przedstawić wymaganych dokumentów dotyczących tej informacji.

Wszystkie przesłanki muszą być spełnione łącznie. Zamawiający w ocenie Izby wykazał jedynie, że odwołujący Erbud przedstawił informację wprowadzającą w błąd, co do pełnienia przez funkcji kierownika robót sanitarnych na zadaniu Szpitala w Krakowie-Prokocimiu, natomiast nie wykazał ani stopnia zawinienia, ani że jest to informacja mieszcząca się w katalogu informacji wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. W konsekwencji zarzut należało uznać za uzasadniony.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez wykluczenie Konsorcjum ERBUD z postępowania mimo braku do tego podstaw

Zarzut nie potwierdził się. Odwołujący stoi na stanowisku, że nie wprowadził zamawiającego w błąd przy podaniu informacji o funkcji jaką sprawował p. M. S. w wykazywanym

doświadczeniu - Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie – Prokocimiu, gdyż p. S. mimo braku wpisu do Dziennika Budowy pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych z ramienia podwykonawcy. W ocenie Izby jednak to zamawiający prawidłowo ustalił stan faktyczny. Zgromadzony materiał dowodowy powoduje, że należało ustalić, że p. M. S. nie pełnił funkcji kierownika robót sanitarnych, ani nie przyjął na siebie odpowiedzialności za ten odcinek robót. Dowód, któremu Izba dała wiarę czyli formularz zatwierdzenia wyrobu, świadczy tylko o tym, że p. S. złożył swój podpis jako przedstawiciel podwykonawcy na dokumencie potwierdzającym dostawę wyrobu i opieczętował się pieczęcią „kierownik robót” bez określenia w jakiej branży. Natomiast z dowodów zgromadzonych przez zamawiającego i przedstawionych przez przystępującego Warbud wynika, że inne osoby niż p. S. pełnił na tej inwestycji funkcje kierownika robót sanitarnych – co potwierdzają wyciągi z Dzienników Budowy oraz umowa na wykonanie instalacji wentylacyjnych z podwykonawcą Polonez Plus.

Tym samym stan faktyczny, który stał się podstawą wykluczenia była przez zamawiającego ustalony prawidłowo. Zamawiający nieprawidłowo natomiast podał podstawę prawną wykluczenia tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, o czym Izba rozstrzygnęła w zarzucie poprzedzającym. Izba jednak podziela stanowisko zamawiającego, że to ustalony stan faktyczny rzutuje na ustalenie podstawy prawnej czynności. Tym samym w ocenie Izby konieczne stało się przeanalizowanie, czy zaistniały stan faktyczny uprawniał zamawiającego do wykluczenia odwołującego Erbud choćby z innej podstawy prawnej. Izba bowiem na skutek wniesionego odwołania na czynność wykluczenia wykonawcy ma obowiązek zbadania i udzielenia odpowiedzi na pytanie czy czynność zamawiającego była zgodna z ustawą, czy też naruszała przepisy ustawy. Stwierdzenie, że czynność zamawiającego narusza przepisy ustawy, jest pierwszą okolicznością, która może prowadzić do uznania zasadności odwołania, drugą okolicznością jest konieczność oceny, czy dane naruszenie ma wpływ na wynik postępowania. Tym samym w niniejszej sprawie Izba musiała rozstrzygnąć czy wykluczenie odwołującego Erbud z postępowania było zgodne z ustawą czy nie. Biorąc to pod uwagę Izba musiała rozważyć jakie są konsekwencje oceny, że zamawiający prawidłowo ustalił stan faktyczny. Oznacza to, że Izba musiała rozważyć, jakie skutki pociąga za sobą ustalenie zamawiającego, że został wprowadzony w błąd. Izba dokonała zatem analizy czy inny przepis prawa nakładający sankcję wykluczenia mógł być przez zamawiającego zastosowany w prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. Izba doszła do przekonania, że taki przepis istnieje i jest to przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Przepis ten stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dla zastosowania tego przepisu konieczne jest zatem zaistnienie łączne następujących okoliczności:

- przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd – Izba oceniła, że ta okoliczność została ustalona prawidłowo przez zamawiającego,
- informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego – informacja wpływała na wymiar punktów uzyskiwanych przez daną ofertę, a tym samym mogła mieć istotny wpływ na wynik postępowania,
- do przedstawienia informacji doszło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – w ocenie Izby również i ta okoliczność zaistniała, gdyż wystarczy spojrzeć na dowody przedłożone przez odwołującego Erbud na rozprawie, czyli formularz zatwierdzenia wyrobu – z którego wynika, że p. S. potwierdził dostawę towaru jako kierownik robót nieokreślonej branży z ramienia podwykonawcy i oświadczenie firmy polonez Plus z dnia 29 lipca 2020r., a więc złożone już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie wykazał zatem, że należycie zadbał o zweryfikowanie informacji przedstawianych mu przez Polonez Plus, nie żądał Dzienników Budowy, umowy podwykonawczej, czy choćby większej ilości dowodów odzwierciedlających charakter funkcji pełnionej przez pana S. . Co w ocenie Izby pozwala na uznanie, że do przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd doszło w wyniku niedbalstwa.

Powyższe wskazuje, że ustalony przez zamawiającego stan faktyczny pozwala na ziszczenie się wszystkich przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, który to przepis zamawiający podawał jako rzeczywistą podstawę wykluczenia w odpowiedzi na odwołanie, w miejsce omyłkowo podanego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. W tym miejscu Izba zauważa, że ta sytuacja jest odmienna od sytuacji odwołującego Warbud. W tej sprawie z odwołania Erbud Izba ocenia czynność zamawiającego w oparciu o stan faktyczny podany przez zamawiającego jako podstawa faktyczna wykluczenia, natomiast odwołujący Warbud domagał się wykluczenia odwołującego Erbud także z innych podstaw faktycznych, dlatego uwagi Izby co do konieczności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej czy ponownego badania i oceny ofert poczynione w rozstrzygnięciu odwołania Warbud w tej sprawie nie mają zastosowania. W sprawie odwołania Erbud Izba bada bowiem jedynie, że fakt wprowadzenia w błąd zamawiającego ustalony przez niego w informacji o wyniku postępowania skutkowało wykluczeniem. Izba zatem stwierdziła, że tak, fakt ten skutkowało wykluczeniem odwołującego Erbud z postępowania, gdyż zaistniały wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. W konsekwencji Izba uznała, że czynność wykluczenia odwołującego Erbud z postępowania była prawidłowa i zgodna z ustawą, choć w uzasadnieniu podaną błędną podstawę prawną.

W konsekwencji zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez odrzucenie oferty Konsorcjum ERBUD mimo bezpodstawności i niezasadności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania

Zarzut nie potwierdził się. Ponownie jak w przypadku wcześniej rozpoznawanego zarzutu zamawiający pomylił podstawy prawne. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy ma zastosowanie do postępowań wieloetapowych, gdzie rozdziela się etap badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od etapu oceny ofert, natomiast w przetargu nieograniczonym ma zastosowanie art. 24 ust. 4 ustawy, który stanowi, że ofertę wykluczonego wykonawcy uznaje się za odrzuconą. Jednakże mimo błędu z podaniem podstawy prawnej zamawiający prawidłowo ocenił skutek wykluczenia wykonawcy z postępowania, którym jest odrzucenie jego oferty. Izba potwierdzając prawidłowość wykluczenia odwołującego Erbud z postępowania, w konsekwencji oceniła jako prawidłową czynność odrzucenia jego oferty. Zarzut należało zatem oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez przyznanie wykonawcy WARBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby 98,00 pkt w przypadku, gdy Konsorcjum ERBUD został bezpodstawnie i niezasadnie wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona

Zarzut nie potwierdził się. Zarzut oparty był o stanowisko odwołującego Erbud, że jego wykluczenie z postępowania było nieprawidłowe. Stanowisko to Izba uznała za wadliwe i stwierdziła, że zamawiający prawidłowo wykluczył go z postępowania i prawidłowo odrzucił jego ofertę. W konsekwencji zamawiający dokonał wyboru spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i prawidłowo ocenił ofertę przystępującego Warbud. Zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy WARBUD S.A. w przypadku, gdy wykonawca Konsorcjum ERBUD został bezpodstawnie i niezasadnie wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona.

Zarzut nie potwierdził się. Zarzut oparty był o stanowisko odwołującego Erbud, że jego wykluczenie z postępowania było nieprawidłowe. Stanowisko to Izba uznała za wadliwe i stwierdziła, że zamawiający prawidłowo wykluczył go z postępowania i prawidłowo odrzucił jego ofertę. W konsekwencji zamawiający dokonał wyboru spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i prawidłowo ocenił ofertę przystępującego Warbud. Zarzut należało oddalić.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, gdyż mimo uwzględnienia zarzutu pierwszego odwołania sytuacja odwołującego Erbud w przedmiotowym postępowaniu nie ulegnie zmianie. Nie zostanie on przywrócony do postępowania, a jego oferta nie wywrze wpływu na wynik postępowania. W konsekwencji odwołanie należało oddalić w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając odwołującego kosztami wpisu, zamawiający nie zgłaszał wniosku o zasądzenie kosztów postępowania.

**Przewodniczący:** .....