Sygn. akt: KIO 2421/22

WYROK

z dnia 4 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2022 r. przez wykonawcę BAUDZIEDZIC Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Głogowie Małopolskim w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie

przy udziale wykonawcy ERBET Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę BAUDZIEDZIC Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Głogowie Małopolskim i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późń. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2421/22

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na Komenda Powiatowa Policji w Brzesku - budowa nowej siedziby (znak postępowania:

ZP.28.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2022 r. pod numerem nr 2022/S 071-188111.

W dniu 15 września 2022 r. wykonawca BAUDZIEDZIC Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Głogowie Małopolskim [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. Sprzeczną ze Specyfikacją Warunków Zamówienia („SWZ") oraz wyjaśnieniami do Specyfikacji Warunków Zamówienia ocenę ofert polegającą na przyznaniu spółce Erbet Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, której oferta została oceniona przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, 5 (pięciu) punktów w kryterium Doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia, pomimo, iż w świetle SWZ oraz wyjaśnień do SWZ we wskazanym powyżej kryterium oferta Erbet sp. z o.o. winna otrzymać 0 (zero) punktów, czym Zamawiający naruszył normy prawne wynikające z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 134 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp;

2. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Erbet sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Komenda Powiatowa Policji w Brzesku - budowa nowej siedziby";

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Komenda Powiatowa Policji w Brzesku - budowa nowej siedziby" z uwzględnieniem okoliczności wskazanych

w zarzutach;

3. Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści niniejszego odwołania, tj.

1) Dowodu z SWZ;

2) Dowodu z wyjaśnień do SWZ z dnia 06.05.2022 r.;

3) Oferty Odwołującego;

4) Oferty Erbet sp. z o.o.;

5) Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 09.09.2022 r.

oraz o:

1) zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentów, na podstawie których dokonał oceny oferty Erbet sp. z o.o. w zakresie kryterium oceny „Doświadczenie 3 kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia";

2) wystąpienie przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do właściwych organów administracji o przedłożenie decyzji o pozwoleniu na budowę dla inwestycji pn. „Rozbudowa hotelu Motyl" w Krynicy.

Odwołujący pismem z dnia 22 września 2022 r. cofnął wniosek o: 1. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentów, na podstawie których dokonał oceny oferty Erbet sp. z o.o. w zakresie kryterium oceny „Doświadczenie 3 kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia" oraz 2. wystąpienie przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do właściwych organów administracji o przedłożenie decyzji o pozwoleniu na budowę dla inwestycji pn. „Rozbudowa hotelu Motyl" w Krynicy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Wskazał,

że inwestycja oznaczona w ofercie Erbet sp. z o.o. jako „Budowa nowego pawilonu oraz rozbudowa i modernizacja dawnego pawilonu Hotelu Motyl przy ul. Leśnej w Krynicy Zdrój z przeznaczeniem na Centrum OZE" była w istocie rozbudową istniejącego obiektu hotelowego, realizowaną w oparciu o decyzję o pozwoleniu na budowę wydaną dla rozbudowy istniejącego obiektu. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w sposób sprzeczny z SWZ oraz udzielonymi doń wyjaśnieniami przyznał Erbet sp. z o.o. 5 punktów w zakresie kryterium oceny Doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia, ponieważ wskazana w ofercie inwestycja pn. „Budowa nowego pawilonu oraz rozbudowa i modernizacja dawnego pawilonu Hotelu Motyl przy ul. Leśnej w Krynicy Zdrój z przeznaczeniem na Centrum OZE" była w istocie rozbudową istniejącego obiektu, co w świetle przytoczonych w odwołaniu wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego powinno skutkować przyznaniem w przedmiotowym kryterium oceny 0 punktów, w efekcie czego oferta Erbet sp. z o.o. winna zostać oceniona na 90,04 punkty, co powoduje, iż oferta ta traci walor oferty najkorzystniejszej, co z kolei implikuje wadliwość czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Erbet sp. z o.o.

jako najkorzystniejszej.

Uzasadniał, że w świetle jednoznacznych i niebudzących wątpliwości interpretacyjnych wyjaśnień Zamawiającego w zakresie interpretacji powyższego kryterium oceny budowę i rozbudowę należy traktować w sposób rozłączny. Realizacja robót budowlanych, które polegały na rozbudowie istniejącego i funkcjonującego budynku nie może być utożsamiana z budową nowego budynku lub zespołu budynków. Rozbudowa polega na ingerencji w istniejący, uzbrojony w infrastrukturę i media obiekt budowlany, natomiast budowa nowego budynku obejmuje wykonanie od podstaw samodzielnego funkcjonalnie obiektu budowlanego na dotychczas niezabudowanej nieruchomości. Pojęcia budowy, rozbudowy czy przebudowy nie są pojęciami tożsamymi. Świadczy o tym chociażby definicja legalna budowy zawarta w ustawie prawo budowlane, która definiuje budowę jako „wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego". Konstrukcja ww. definicji legalnej wskazuje na to, że rozbudowa na potrzeby wykładni przepisów ustawy jest zrównana z budową, niemniej jednak, skoro ustawodawca dostrzegł potrzebę takiego zrównania poprzez posłużenie się konstrukcją tzw. fikcji prawnej, stanowi odrębną rodzajowo kategorię robót budowlanych.

Odwołujący wskazał, iż skoro kształtując, a następnie precyzując kryteria oceny ofert Zamawiający w sposób jednoznaczny wykluczył z punktowanych robót budowlanych roboty polegające na rozbudowie, to takie wykluczenie jest wiążące dla Zamawiającego i nie może odstępować on od przyjętych kryteriów na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podniósł, że czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Erbet jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu narusza przepisy prawa. Jak wywiedziono w odwołaniu Zamawiający w sposób sprzeczny z dokumentami zamówienia przypisał 5 punktów ofercie spółki Erbet sp. z o.o., co spowodowało, iż dokonał wyboru oferty, która w istocie nie jest najkorzystniejsza. Ponadto czynność Zamawiającego w stosunku do której skierowane jest niniejsze odwołanie narusza zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 pkt 1 Pzp poprzez faworyzowanie oferty wykonawcy, która przy dokonaniu rzetelnej, wnikliwej i obiektywnej ocenie nie jest ofertą najkorzystniejszą. W świetle ww. regulacji nie jest dopuszczalna modyfikacja kryteriów oceny ofert na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej jak również nie jest dopuszczalna zmiana interpretacji postanowień SWZ w sytuacji, w której Zamawiający udzielając wyjaśnień dokonał interpretacji jednoznacznej i niepozostawiającej żadnych wątpliwości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 września 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy, w tym powołał się na wyjaśnienia treści SWZ oraz wyjaśnienia udzielone przez Erbet Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 czerwca 2022 r.

Uzasadniał, że pytanie, o którym mowa w piśmie zostało zadane przed złożeniem ofert i było pytaniem ogólnym, czyli nie odnoszącym się do żadnej konkretnej przykładowej inwestycji. W związku z tym odpowiedź, jaką udzielił Zamawiający, również była na poziomie ogólnym. Udzielając takiej odpowiedzi Zamawiający wyraził w ten sposób swoją intencję, że celem Zamawiającego jest wybór wykonawcy, którego kierownik budowy ma pełnoskalowe doświadczenie we wznoszeniu nowych budynków (poczynając od robót konstrukcyjnych budynku, poprzez roboty instalacyjne we wszystkich niezbędnych branżach, aż po roboty wykończeniowe).

Zamawiający wskazał, że uwzględniając złożone dokumenty i wyjaśnienia nie miał

żadnych wątpliwości, iż wykonawca dysponuje osobą - kierownikiem budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej, który ma odpowiednie doświadczenie aby przyznać punkty w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia". Wskazał, że opisana powyżej pozytywna ocena tego doświadczenia nie stała w sprzeczności z odpowiedzią do SWZ udzieloną przez Zamawiającego przed złożeniem ofert. Należy zaznaczyć, że odpowiedź Zamawiającego do SWZ dotyczyła ogólnego pytania i również miała charakter ogólny Zamawiający udzielając tej odpowiedzi wyraźnie wskazał, że spośród czterech rodzajów robót wymienionych przez pytającego (budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu) uzna jedynie jeden z tych rodzajów robót (tj. budowę nowych budynków). Taka odpowiedź Zamawiającego (udzielona wszak do ogólnego pytania) nie wykluczała jednak możliwości przedłożenia doświadczenia, w ramach którego występuje dla jednej konkretnej inwestycji konfiguracja kliku rodzajów wykonanych robót, w tym jednej polegającej budowie nowego budynku (czyli np. połączenie w jednej inwestycji remontu istniejącego budynku z budową obok niego nowego budynku, albo połączenie w jednej inwestycji rozbudowy i modernizacji istniejącego budynku z budową obok niego nowego budynku). Byle tylko ten nowy budynek samodzielnie spełniał wymagania Zamawiającego pod względem powierzchni użytkowej (co najmniej 3.000 m2), rodzaju robót i ich wartości (co najmniej 15.000.000 zł brutto). Tak też się stało w tym konkretnym przypadku doświadczenia kierownika budowy z oferty Wykonawcy ERBET, gdzie w ramach jednej inwestycji wykazano roboty związane z budową nowego pawilonu Hotelu Motyl (spełniającego wymagania Zamawiającego z SWZ) oraz towarzyszących temu robót rozbudowy i modernizacji istniejącego pawilonu hotelu (marginalnych z perspektywy wymagań Zamawiającego z SWZ). Zauważył, że Odwołujący nie wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie posiadał więc wszystkich informacji, nie poznał wszystkich okoliczności towarzyszących wyborowi oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca ERBET Sp. z o.o. przystąpił do odwołania po stronie Zamawiającego. Wraz z przystąpieniem dołączył dodatkowe dowody, potwierdzające, iż kwestionowana inwestycja spełnia warunki postawione przez Zamawiającego by uznać doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca ERBET przystępując do postępowania odwoławczego i składając pisemne wyjaśnienia załączył następujące dowody:

• decyzję nr 855/2006 z dnia 07.09.2006 r. zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenie na budowę,

• rzut zagospodarowania terenu z dokumentacji projektowej,

• 3 zdjęcia przedstawiające nowo wybudowany budynek hotelowy wraz

z wybudowanym nadziemnym łącznikiem pomiędzy nowym budynkiem i starym budynkiem hotelu, potwierdzające, że faktycznie wybudowany obiekt jest samodzielnym konstrukcyjnie i funkcjonalnie nowo wybudowanym budynkiem,

• referencje z dnia 01.07.2014 r. udzielone przez Inwestora Hotel „MOTYL" Sp. z o.o.

Z załączonych dokumentów również wynika, że w ramach zrealizowanej inwestycji „Budowa nowego pawilonu oraz rozbudowa i modernizacja dawnego pawilonu Hotelu Motyl przy ul. Leśnej w Krynicy-Zdroju z przeznaczeniem na Centrum OZE" Wykonawca ERBET wybudował od podstaw samodzielny funkcjonalnie nowy pawilon hotelowy z basenem, zapleczem, częścią gastronomiczną, hotelową, odnowy biologicznej, kręgielnią, parkingiem podziemnym i zjazdem.

Zamawiający zwrócił uwagę na rzut zagospodarowania terenu z dokumentacji projektowej, na którym wyraźnie wskazano, że nowo wybudowany budynek stanowi odrębny obiekt (oznaczony w legendzie nr 1) od odrębnego starego budynku hotelu (oznaczonego w legendzie nr 8). Skoro zatem dokumentacja projektowa, stanowiąca integralną część decyzji nr 855/2006, zawiera w sobie taki właśnie rzut zagospodarowania terenu, to należy rozumieć, że taki właśnie podział na dwa niezależne obiekty został zaakceptowany i przyjęty przez organ administracyjny wydający pozwolenie na budowę.

Co więcej należy zwrócić uwagę na wyrzeczenie zawarte w decyzji nr 855/2006: „zatwierdzam projekt budowlany i udzielam pozwolenia na budowę Inwestorowi - HOTEL

„MOTYL" z siedzibą w Krynicy-Zdrój, ul. Leśna 1 - na rozbudowę istniejącego hotelu „MOTYL" o budynek hotelowy z basenem, zapleczem, częścią gastronomiczną, hotelową,

odnowy biologicznej, kręgielnią, parkingiem podziemnym i zjazdem (...)". Z powyższego

wynika jasno, że w ramach decyzji nr 855/2006 wydano pozwolenie na wzniesienie nowego kompletnego i samodzielnego budynku hotelowego.

Zamawiający wskazał, że sformułowanie „(.) na rozbudowę istniejącego hotelu „MOTYL" o budynek hotelowy (.) ", użyte w wyrzeczeniu decyzji nr 855/2006, dotyczy całego istniejącego kompleksu hotelowego „MOTYL", który, jak wynika z rzutu zagospodarowania terenu, już przed budową nowego budynku składał się z kilku budynków, a nie pojedynczego istniejącego budynku hotelu „MOTYL". W oparciu o analizę dokumentów i dowodów przedłożonych przez Wykonawcę ERBET, należy stwierdzić, że zarówno od strony formalnej, jak i od strony faktycznej, wykonane przez Wykonawcę ERBET roboty budowlane polegały na wykonaniu samodzielnego konstrukcyjnie i funkcjonalnie nowego budynku hotelowego (nowego pawilonu).

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że w sposób prawidłowy ocenił ofertę wykonawcy ERBET sp. z o.o., uznając przestawione w ofercie doświadczenie Pana J. Ł. jako wystarczające i adekwatne do opisu sposobu oceny oferty w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia", przyznając ofercie 5 pkt w tym kryterium a całej ofercie 95,04 pkt, wybierając ofertę Wykonawcy ERBET sp. z o.o. jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ERBET Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu [dalej „Przystępujący" lub „ERBET"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 września 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, tj.:

1. decyzję nr 248/2016 Starosty Powiatu Mieleckiego;

2. poświadczenie należytego wykonania robót z 13 maja 2019 r. wystawione przez Gminę Miejską Mielec;

3. 9 fotografii obrazujących budynek Miejskiej Biblioteki Publicznej w Mielcu;

4. decyzję nr 70/13 PINB Powiatu Nowosądeckiego z dnia 8 lutego 2013 r.

Jak również dowody złożone przez Przystępującego przy piśmie z dnia 19 września 2022 r., tj.

1. zdjęcia -3 szt. przedstawiające nowy budynek hotelowy wybudowany dla Hotelu Motyl sp. z o.o.;

2. zagospodarowanie terenu - rzut - obiekt nr 1 - projektowany budynek Hotelu MOTYL,

obiekt nr 8 - istniejący budynek Hotelu MOTYL (wyciąg z projektu);

3. referencje udzielone ERBET sp. z o.o. przez Hotel Motyl sp. z o.o. z dnia 1 lipca 2014 r.;

4. decyzja nr GB.II.7351-3/134.06 Starosty Nowosądeckiego o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwoleniu na budowę z dnia 07.09.2006 r.;

5. wyciąg z Projektu budowalnego inwestycji dotyczącej rozbudowy hotelu „Motyl" w Krynicy - budynek hotelu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 19 SWZ, opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert stanowił, że:

Oceny ofert będzie dokonywała komisja. W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający poprawi w ofercie omyłki zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

C - Wartość brutto całości zamówienia (cena oferty): 60%

G - Długość okresu gwarancji na przedmiot zamówienia: 20%

M - Realizacja zamówienia przez osoby niepełnosprawne w rozumieniu ustawy z dnia 27.08.1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych: 5%

D - Doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia: 5%

E - Doświadczenie kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przewidzianego do realizacji zamówienia: 5%

S - Doświadczenie kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń: cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, przewidzianego do realizacji zamówienia. 5%

Zgodnie z punktem 19.6 SWZ, sposób oceny oferty w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia":

Punktacja w tym kryterium zostanie przyznana na podstawie oświadczenia Wykonawcy zawartego w załączniku nr 1 do SWZ. Ofertom zostaną przyznane punkty w następujący sposób:

- pełnienie funkcji kierownika budowy przy co najmniej 3 robotach budowlanych polegających na:

  - wykonaniu budynku lub zespołu budynków o pow. użytkowej co najmniej 3000 m2;
  - podczas realizacji której wykonano roboty ogólnobudowlane, instalacje elektryczne silnoprądowe i niskoprądowe, instalacje wodno-kanalizacyjne, instalacje grzewcze, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową,

  - której wartość brutto była większa lub równa 15 000 000,00 zł

  - dla każdej z osobna, oferta otrzyma 5 pkt (D = 5 pkt)

- pełnienie funkcji kierownika budowy przy mniej niż 3 robotach budowlanych opisanych powyżej oferta otrzyma 0 pkt (D = 0 pkt)

W wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 6 maja 2022 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy o treści: „Proszę o potwierdzenie, że pod poniższym zapisem Zamawiający rozumie budowę, przebudowę, rozbudowę bądź remont budynku lub zespołu

budynków o parametrach jak niżej.

„Ofertom zostaną przyznane punkty w następujący sposób:

• pełnienie funkcji kierownika budowy przy co najmniej 3 robotach budowlanych polegających na:

wykonaniu budynku lub zespołu budynków o pow. użytkowej co najmniej 3000 m2; podczas realizacji której wykonano roboty ogólnobudowlane, instalacje elektryczne silnoprądowe i

niskoprądowe, instalacje wodno-kanalizacyjne, instalacje grzewcze, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową, której wartość brutto była większa lub równa 15 000 000,00 zł - dla każdej z osobna, oferta otrzyma 5 pkt (D = 5 pkt)”

Zamawiający odpowiedział, że »pod pojęciem „wykonania budynku lub zespołu budynków” należy rozumieć wyłączenie budowę nowych budynków lub zespołów budynków.«

W dniu 13 czerwca 2022 r. upłynął termin składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 10 ofert.

Wykonawca ERBET Sp. z o.o. celem uzyskania punktów oceny dla swojej oferty w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia” powołał się na następujące doświadczenie p. J. Ł.:

1. Budowa nowego pawilonu oraz rozbudowa i modernizacja dawnego pawilonu Hotelu Motyl przy ul. Leśnej w Krynicy Zdrój z przeznaczeniem na Centrum OZE. Pow. użytkowa 6 918,00 m2, Wartość robót 36 000 000,00 netto. Zakres zgodny z SIWZ. Inwestor - Hotel Motyl sp. z o.o. ul. Leśna 1, 33-380 Krynica Zdrój;

2. Budowa budynku strażnicy Komendy Miejskiej Straży Pożarnej i Jednostki Ratowniczego

- Gaśniczej Państwowej Straży Pożarnej w Nowym Sączu przy ul. Witosa Pow. użytkowa 4 541,74 m2, Wartość robót: 17 212 376,61 netto Zakres zgodny z SIWZ. Inwestor - Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej;

3. Budowa budynku mieszkalnego z usługami zdrowia, odnowy biologicznej, handlu i gastronomii wraz z wewnętrzną komunikacją przy ul. Świdzińskiego w Krynicy Zdrój Pow. użytkowa 9 703,16 m2, Wartość robót 23 000 000,00 netto, Zakres zgodny z SIWZ Inwestor

- Orion Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, ul Boya - Żeleńskiego 25, 35-105 Rzeszów.

Pismem z dnia 28 czerwca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ERBET Sp. z o.o. zgodnie z art. 223 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, iż w tabeli pod poz. 1 Wykonawca podał: „Budowa nowego pawilonu oraz rozbudowa i modernizacja dawnego pawilonu Hotelu Motyl przy ul. Leśnej w Krynicy Zdrój z przeznaczeniem na Centrum OXZE” pow. użytkowa 6 918,00 m2, wartość robot 36 000 000,00 zł netto. Z zapisów powyższych nie wynika wprost jaka była powierzchnia budowy nowego pawilonu oraz wartość robót w zakresie budowy tego pawilonu.

W odpowiedzi ERBET Sp. z o.o. przesłał referencje z dnia 1 lipca 2014 r. dotyczące przedmiotowej roboty budowlanej, z których wynika, że wykazywana w ofercie powierzchnia użytkowa 6.918,00m2 dotyczy nowo budowanego obiektu. Ponadto, Wykonawca przesłał oświadczenie dotyczące wartości robót nowobudowanego pawilonu wynoszącej 21 063 584,45 zł netto.

W dniu 9 września 2022 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy ERBET Sp. z o.o., która otrzymała 95,04 p. Na drugim miejscu w rankingu oferta znalazła się oferta Odwołującego, która otrzymała 95 p.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 oraz art. 134 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy ERBET

w pozacenowym kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia” polegającą na przyznaniu ofercie ww. Wykonawcy 5 punktów.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Jednocześnie zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, jednym z elementów specyfikacji warunków zamówienia jest opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego była czynność Zamawiającego polegająca na przyznaniu ofercie Przystępującego maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego inwestycja wskazana w ofercie Przystępującego pn. „Budowa nowego pawilonu oraz rozbudowa i modernizacja dawnego pawilonu Hotelu Motyl przy ul. Leśnej w Krynicy Zdrój z przeznaczeniem na Centrum OZE. Pow. użytkowa 6 918,00 m2, Wartość robót 36 000 000,00 netto. Zakres zgodny z SIWZ. Inwestor - Hotel Motyl sp. z o.o. ul. Leśna 1, 33-380 Krynica Zdrój”, w ramach której p. J. Ł. pełnił funkcję kierownika budowy była w istocie rozbudową istniejącego obiektu budowlanego, realizowaną w oparciu o decyzję o pozwoleniu na budowę wydaną dla istniejącego obiektu. W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób sprzeczny z treścią specyfikacji warunków zamówienia oraz udzielonych wyjaśnień z dnia 6 maja 2022 r. przyznał ofercie Przystępującego 5 punktów w ww. kryterium, ponieważ w sposób jednoznaczny wykluczył z punktowanych robót budowlanych roboty polegające na rozbudowie.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na ocenie oferty Przystępującego w pozacenowym kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia kierownika budowy nie została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji odwołania w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż nie zasługiwało na aprobatę stanowisko Odwołującego jakoby Zamawiający zmienił na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej kryteria oceny ofert oraz dokonał nieprawidłowej interpretacji postanowień SWZ, mimo ich jednoznacznego brzmienia. W ocenie Izby prezentowane w odwołaniu rozumienie postanowień specyfikacji stanowi interpretację własną Odwołującego, która nie znajduje potwierdzenia w wymogach Zamawiającego.

W okolicznościach sprawy nie można pominąć, iż wyjaśniana przez Zamawiającego treść specyfikacji dotyczyła „wykonania budynku lub zespołu budynków”. Z powyższego wynika zatem, iż Zamawiający oczekiwał, aby wykonawca dysponował kierownikiem budowy legitymującym się doświadczeniem przy wybudowaniu/wykonaniu budynku lub zespołu budynków. Innymi słowy, celem Zamawiającego był wybór oferty wykonawcy, którego kierownik budowy ma pełnoskalowe doświadczenie we wznoszeniu budynków (poczynając od robót konstrukcyjnych budynku, poprzez roboty instalacyjne we wszystkich niezbędnych branżach, aż po roboty wykończeniowe). Powyższego sposobu rozumienia SWZ zdaniem Izby nie zmieniły wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 6 maja 2022 r., w ramach których wskazano, że »pod pojęciem „wykonania budynku lub zespołu budynków” należy rozumieć wyłącznie budowę nowych budynków lub zespołu budynków«. Zauważyć należy, iż ani w pierwotnych postanowieniach SWZ dotyczących rzeczonego kryterium oceny ofert ani w wyjaśnieniach z dnia 6 maja 2022 r. Zamawiający nie odwołał się w żadnym miejscu do przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.), na czym z kolei zasadzała się argumentacja Odwołującego. Słusznie w ocenie Izby argumentował Zamawiający, iż skierowane do niego pytanie miało charakter ogólny, oderwany od konkretnego zadania inwestycyjnego, w ramach którego niejednokrotnie dochodzi do konfiguracji kliku rodzajów wykonywanych robót np. remont czy modernizacja istniejącego budynku oraz budowa nowego budynku, stąd też ogólna odpowiedź Zamawiającego, oddająca przy tym jego intencje. Istotne jest także to, że w zadanym pytaniu wykonawca nie referował do przepisów Prawa budowlanego - jak zinterpretował Odwołujący, a samo pytanie dotyczyło także „remontu” oraz „przebudowy”, które nie znajdują się w definicji legalnej budowy. Dla Zamawiającego w niniejszym przypadku istotne było tylko to, aby nowy budynek samodzielnie spełniał wymagania Zamawiającego pod względem powierzchni użytkowej (co najmniej 3.000 m2), rodzaju robót i ich wartości (co najmniej 15.000.000 zł brutto), bez względu na nazwę danego zadania inwestycyjnego czy też prawną kwalifikację roboty budowlanej w kontekście Prawa budowlanego i wydanych decyzji administracyjnych zezwalających na budowę oraz użytkowanie obiektu. Wskazać należy, iż gdyby przyjąć interpretację postanowień SWZ przedstawioną przez Odwołującego, to prowadziłoby to do wypaczenia celu ustanowionego kryterium oceny ofert, ponieważ

wykluczałoby przyznanie punktów ofercie wykonawcy, którego kierownik budowy posiada faktyczne doświadczenie w pełnieniu ww. funkcji przy robocie budowlanej polegającej na wzniesieniu nowego budynku.

Przechodząc następnie do inwestycji pn. „Budowa nowego pawilonu oraz rozbudowa i modernizacja dawnego pawilonu Hotelu Motyl przy ul. Leśnej w Krynicy Zdrój z przeznaczeniem na Centrum OZE", przy realizacji której p. Ł. pełnił funkcję kierownika budowy wskazać należy, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w sposób jednoznaczny potwierdza, że jej przedmiotem była budowa od podstaw

samodzielnego technicznie i funkcjonalnie nowego pawilonu hotelowego (budynku)

z basenem, zapleczem, częścią gastronomiczną, hotelową, odnowy biologicznej, kręgielnią, parkingiem podziemnym i zjazdem. Podkreślić należy, iż w przedłożonej przez Przystępującego decyzji nr 855/2006 wyrzeczono, że: „zatwierdzam projekt budowlany i udzielam pozwolenia na budowę Inwestorowi - HOTEL „MOTYL" z siedzibą w Krynicy-Zdrój, ul. Leśna 1 - na rozbudowę istniejącego hotelu „MOTYL" o budynek hotelowy z basenem, zapleczem, częścią gastronomiczną, hotelową, odnowy biologicznej, kręgielnią, parkingiem podziemnym i zjazdem (...)". Z powyższego wynika wprost, że jednym z elementów rozbudowy hotelu „MOTYL" była budowa nowego budynku, w którym mieściły się pomieszczenia o różnym przeznaczeniu. Dalej wskazać należy, iż ze złożonego rzutu zagospodarowania terenu z dokumentacji projektowej, wyraźnie wynika, że nowo wybudowany budynek stanowi odrębny obiekt (oznaczony w legendzie nr 1) od istniejącego budynku hotelu „MOTYL" (oznaczonego w legendzie nr 8), który z kolei był rozbudowywany o część oznaczoną w legendzie nr 10 - kręgielnię (projektowana dobudowa). Stanowisko Przystępującego dodatkowo potwierdza dokumentacja fotograficzna nowo wybudowanego pawilonu, który z istniejącym budynkiem hotelu „MOTYL" połączony został tylko niezwiązaną z gruntem przewiązką, przebiegającą na poziomie pierwszego piętra. Podkreślić należy, iż złożone przez Przystępującego dowody nie były kwestionowane przez Odwołującego, jak również brak było kontrdowodów podważających okoliczności z nich wynikające. W szczególności dowodu takiego nie stanowi złożona przez Odwołującego decyzja PINB nr 70/13 z dnia 8 lutego 2013 r.

Uzupełniająco wskazać należy, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający badał kwestię wielkości powierzchni użytkowej nowo wybudowanego budynku (pawilonu) hotelowego oraz wartości robót dotyczących budowy tego pawilonu, a wyjaśnienia złożone przez ERBET w tym zakresie nie były podważane przez Odwołującego. Tymczasem z przedłożonych Zamawiającemu referencji z dnia 1 lipca 2014 r. wynika także, że inwestycja spółki Hotel MOTYL Sp. z o.o. składała się z budowy nowego pawilonu oraz rozbudowy i modernizacji dawnego pawilonu Hotelu Motyl w Krynicy - Zdroju.

W końcu wskazać należy, iż złożone przez Odwołującego w toku rozprawy dowody, tj. decyzja nr 248/2016 Starosty Powiatu Mieleckiego, poświadczenie należytego wykonania robót z 13 maja 2019 r. wystawione przez Gminę Miejską Mielec oraz 9 fotografii obrazujących budynek Miejskiej Biblioteki Publicznej w Mielcu Izba uznała za nieprzydatne do rozpoznania niniejszej sprawy, wszak przedmiotem analizy Izby nie była oferta Odwołującego oraz doświadczenie zawodowe osoby, którą potencjalnie Odwołujący mógłby wskazać na stanowisko kierownika budowy.

W świetle powyższego Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy ERBET Sp. z o.o. w kryterium pozacenowym pn. „Doświadczenie kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej przewidzianego do realizacji zamówienia", przyznając ofercie Wykonawcy 5 pkt, a całej ofercie 95,04 pkt. Tym samym czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu była prawidłowa.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....