

Sygn. akt: KIO 348/23

WYROK z 21 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie 21 lutego 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 lutego 2023 r. przez wykonawcę W. Investment sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Karny w Raciborzu z siedzibą w Raciborzu

orzeka:

1. Uwzględnić zarzuty odwołania dotyczące:

A. wadliwego wyboru oferty F. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F. K. Wand II Firma Projektowobudowlana, Nowa Wieś, ul. Rybnicka nr 10, 44-295 Lyski, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w związku z uznaniem, że wykonawca ten spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,

B. nieprawidłowego naliczenia punktacji w pozacenowym kryterium oceny ofert ofercie F. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F. K. Wand II Firma Projektowobudowlana, Nowa Wieś, ul. Rybnicka nr 10, 44-295 Lyski

i nakazuje zamawiającemu:

1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

1.2 przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciążyć w 1/2 odwołującego i w 1/2 zamawiającego i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez

odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego,

3.3 w pozostałym zakresie znosi koszty między stronami.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 348/23

U z a s a d n i e n i e

Zakład Karny w Raciborzu z siedzibą w Raciborzu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn: Przebudowa budynków 2 i 3 oraz budowa hali produkcyjnej wraz z infrastrukturą na terenie Zakładu Karnego

w Raciborzu”, numer referencyjny: DKw.2232.17.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00520036.

7 lutego 2023 r. wykonawca W. Investment sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie od czynności i zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów Pzp polegających na:

1. wadliwym wyborze jako najkorzystniejszej oferty F. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F. K. Wand II Firma Projektowobudowlana, Nowa Wieś, ul. Rybnicka nr 10, 44-295 Lyski (dalej: Wand), w związku z uznaniem, że wykonawca ten spełnia kryterium zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty Wand w związku z brakiem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej

i zawodowej wykonawcy,

3. nieprawidłowym naliczeniu punktacji w pozacenowym kryterium wyboru oraz nieprawidłowym uznaniu oferty Wand jako najkorzystniejszej,

4. wadliwym zaniechaniem wezwania W. Investment sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia wymaganych dokumentów oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp przez brak odrzucenia oferty Wand mimo, że wykonawca ten podlegał odrzuceniu, w związku z brakiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w 9. II. 4a SWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

2. art. 128 Pzp przez brak wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

2. odrzucenia oferty Wand w związku z zaistnieniem podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy w związku z brakiem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,

3. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert, co winno doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający w treści SWZ wskazał m.in., że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu w tym w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

9. II. 4a SWZ

„4a. zdolności technicznej lub zawodowej:

W celu potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca musi wykazać, że:

a) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, prawidłowo wykonał co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 200.000,00 (dwustu tysięcy) złotych brutto obejmującą pełnienie nadzoru inwestorskiego albo funkcji inżyniera kontraktu (obejmującego pełnienie nadzoru inwestorskiego) dla:

• budowy obiektu lub obiektów budowlanych użyteczności publicznej o kubaturze – minimum 20.000 m<sup>3</sup>. W razie posłużenia się więcej niż jednym obiektem w celu wykazania spełnienia niniejszego warunku udziału Zamawiający wymaga, aby co najmniej jeden z tych obiektów miał kubaturę minimum 12.000 m<sup>3</sup>.”

Odwołujący zauważył, że żadne z wykazanych przez wykonawcę Wand doświadczeń nie spełniało wymogów stawianych przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 11 stycznia 2023 r., Wand złożył wykaz usług jako podmiotowy środek dowodowy, celem spełnienia warunków 9. II. 4a SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (wykaz usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów na rzecz których usługi te zostały wykonane należycie). W wykazie wymienionych zostało 9 usług.

Wykonawca nie określił rodzaju usług, nie wykazał jaką funkcję pełnił na przedmiotowych Inwestycjach. Na podstawie załączonych wyciągów zawierających pozwolenie na budowę Odwołujący wskazał, że w przypadku Inwestycji opisanej w punktach: 4, 5, 7, 8 i 9

Pan F. K. pełnił funkcję projektanta (Zamawiający wymagał pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego albo funkcji inżyniera kontraktu).

Na potwierdzenie prawidłowości wykonania usług nadzoru inwestorskiego Wand przedstawił środki dowodowe tylko w zakresie Inwestycji nr 1, 4, 7, 8 i 9. Pozostałe inwestycje opisane w wykazie usług nie zawierały żadnych środków dowodowych.

Odwołujący podniósł, że w zakresie Inwestycji wskazanych w punktach 4, 5, 7, 8 oraz 9 warunek postawiony w punkcie 9. II. 4a SWZ nie został spełniony, gdyż nie dotyczyły one budowy obiektu czy też obiektów budowlanych. Zamawiający w SWZ precyzyjnie określił, że warunek zostanie spełniony wyłącznie w przypadku budowy. Zawęził więc możliwość legitymowania się doświadczeniem wyłącznie w zakresie budowy budynku, nie dopuszczając przebudowy, modernizacji, termomodernizacji, remontu czy też innych drobniejszych robót budowlanych, które nie zmieniały charakterystycznych parametrów takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Z uwagi na powyższe, doświadczenie wykonawcy Wand wskazane w punktach 4, 5, 7, 8 oraz 9 jego wykazu usług nie spełniało warunku z 9. II. 4a SWZ.

W pozostałych punktach (tj. 1, 2 3 oraz 6), wykonawca Wand przedstawił obiekty, które co prawda klasyfikowane są jako budowa, lecz nie są obiektami użyteczności publicznej. Zgodnie z § 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 roku w sprawie

warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. 2002.75.690 z późn. zm.) przez budynki użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Zgodnie z wydanymi pozwoleniami na budowę, przedmiotowe budynki zaklasyfikowane zostały do kategorii XVIII. Dokumenty te są ogólnie dostępne w Internecie. Zgodnie z załącznikiem do Ustawy Prawo Budowlane „Kategorie obiektów budowlanych. Współczynnik kategorii obiektu (k). Współczynnik wielkości obiektu (w)”, Kategoria XVIII obejmuje „budynki przemysłowe, jak: budynki produkcyjne, służące energetyce, montownie, wytwórnie, rzeźnie oraz obiekty magazynowe, jak: budynki składowe, chłodnie, hangary, wiaty, a także budynki kolejowe, jak: nastawnie, podstacje trakcyjne, lokomotywownie, wagonownie, strażnice przejazdowe, myjnie taboru kolejowego”. Z uwagi na powyższe, żaden ze wskazanych obiektów nie był obiektem użyteczności publicznej, lecz obiektem przemysłowym.

W zakresie braku spełnienia warunków do przyznania 40 punktów w ramach pozacenowych warunków udziału Odwołujący wskazał, że Wand podał tożsame inwestycje do oceny oferty w ramach pozacenowego kryterium wyboru. W ramach złożonej oferty Wand złożył wykaz usług, deklarując doświadczenie „ponad wymagania w zakresie warunku udziału”.

W kryterium dodatkowego doświadczenia personelu na stanowisku inspektora w branży architektonicznej, wskazał właściciela firmy Pana F. K. Z przyczyn opisanych powyżej żadna z usług w wykazie nie spełniała wymagań SWZ.

Ponadto, w ramach kryterium dodatkowego doświadczenia personelu na stanowisku inspektora w branży konstrukcyjno – budowlanej podane zostały dwa nazwiska zarówno Pana F. K., jak i H. K. W przypadku przedmiotowego postępowania, Zamawiający wykluczył możliwość łączenia funkcji inspektora nadzoru w branży architektonicznej z inspektorem nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej. Zgodnie z punktem IIA 4B SWZ „Zamawiający nie dopuszcza łączenia przez jedną osobę większej liczby ze wskazanych funkcji, poza łączeniem funkcji jednego z inspektorów oraz specjalisty do spraw systemu zabezpieczeń”. Z uwagi na powyższe, nie było możliwości połączenia przedmiotowych funkcji. W ramach składanych wyjaśnień, Wand sprecyzował, że funkcję inspektora nadzoru w branży

konstrukcyjno – budowlanej pełnił będzie Pan H. K. Wykonawca Wand nie przedłożył jednak żadnego środka dowodowego na okoliczność, że Pan H. K. pełnił przedmiotową funkcję, a w przypadku referencji pochodzących od podmiotu Classen-Pol S.A., wprost stwierdzono, że: „w ostatnich kilku latach pan K. pełnił funkcję inspektora nadzoru” czy też w referencjach z Aresztu Śledczego „Pan K. pełnił funkcję inspektora nadzoru przy następujących budynkach (...)”.

Odwołujący nie został ponadto wezwany do złożenia wykazu usług. Jedynym dokumentem składanym w postępowaniu przetargowym było złożenie oferty wraz z wymaganymi załącznikami. Zamawiający założył, a priori, że podobnie jak Wand lista Inwestycji w ramach wymazu usług, będzie tożsama z tymi wskazanymi w formularzu oferty w pozycji „Dodatkowe doświadczenie personelu”. W opinii Odwołującego, kategoria ta zawierała wyłącznie „dodatkowe doświadczenie personelu”, natomiast w ramach wymagań podstawowych Oferenci składali oświadczenie „5. Oferowany przez nas przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w specyfikacji warunków zamówienia” (wyciąg z formularza ofertowego). Mimo to, Zamawiający przyznał Odwołującemu zaledwie łącznie 20 punktów

za dodatkowe doświadczenie personelu. W opinii Odwołującego, Zamawiający, który dokonał wyłącznie badania oferty uznanej przez niego za najkorzystniejszej, powinien na podstawie złożonych oświadczeń przyznać zadeklarowaną liczbę punktów Odwołującemu lub też dokonać odpowiedniego badania w tym zakresie.

21 lutego 2023 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający Nie zgodził się z Odwołującym i zaprzeczył jego twierdzeniom. W ocenie Zamawiającego nie było podstaw do uznania, że wykonawca Wand nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Punktacja przyznana ofercie tego wykonawcy w ramach pozacenowego kryterium również była prawidłowa.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz

z załącznikami,

2. oferty wykonawcy Wand wraz z załącznikami oraz dokumentami podmiotowymi złożonymi przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego,

oraz nieujętych w dokumentacji postępowania dokumentów złożonych wraz z odwołaniem przez Odwołującego:

3. Poświadczenia prawidłowego wykonania usługi Classen Pol SA (pozycja nr 1 wykazu usług oraz pozycja nr 1 oferty WAND dla dodatkowego doświadczenia Pana F. K. oraz Pana H. K.);

4. Poświadczenia prawidłowego wykonania usługi ZK Herby (pozycja nr 8 wykazu usług)

5. Poświadczenia prawidłowego wykonania usługi Areszt Śledczy Bytom (pozycja nr 4, 7 i 9 wykazu usług oraz pozycja nr 5 oferty WAND dla dodatkowego doświadczenia Pana F. K. oraz Pana H. K.);

6. Pozwolenia na budowę – Kornice hala z portiernią (pozycja nr 4 wykazu usług oraz pozycja nr 4 oferty WAND dla dodatkowego doświadczenia Pana F. K. oraz Pana H. K.);

7. Pozwolenia na budowę – Kornice wysokie składowanie (pozycja nr 3 wykazu usług oraz pozycja nr 3 oferty WAND dla dodatkowego doświadczenia Pana F. K. oraz Pana H. K.);

8. Pozwolenia na budowę – Classen Pol S.A. Zwonowice (pozycja nr 1 wykazu usług oraz pozycja nr 1 oferty WAND dla dodatkowego doświadczenia Pana F. K. oraz Pana

H. K.);

9. Pozwolenia na budowę – Tesco Steel Rybnik (pozycja nr 2 wykazu usług oraz pozycja nr 2 oferty WAND dla dodatkowego doświadczenia Pana F. K. oraz Pana H. K.).

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu (Rozdział 10.II.A.4 SWZ): „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4. zdolności technicznej lub zawodowej:

W celu potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca musi wykazać, że:

- a) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, prawidłowo wykonał co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 200.000,00 (dwustu tysięcy) złotych brutto obejmującą pełnienie nadzoru inwestorskiego albo funkcji inżyniera kontraktu (obejmującego pełnienie nadzoru inwestorskiego) dla:

- budowy obiektu lub obiektów budowlanych użyteczności publicznej o kubaturze –

minimum 20.000 m<sup>3</sup>. W razie posłużenia się więcej niż jednym obiektem w celu wykazania spełnienia niniejszego warunku udziału Zamawiający wymaga, aby co najmniej jeden z tych obiektów miał kubaturę minimum 12.000 m<sup>3</sup>.

- b) Dysponuje lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia spełniającymi m.in. wymagania, o których mowa w art. 37c z uwzględnieniem art. 37f i 37g ustawy o ochronie zabytków tj.:

- inspektora (1 osobą) posiadającym uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności

architektonicznej bez ograniczeń bądź też odpowiadające im uprawnienia

budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów umożliwiające wykonywanie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie; osoba ta musi posiadać co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w zakresie posiadania i wykonywania uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz minimum jedno doświadczenie w

postaci pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dotyczącego obiektu opisanego w pkt a) powyżej;

- inspektora (1 osobą) posiadającym uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń bądź też odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów umożliwiające wykonywanie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie; osoba ta musi posiadać co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w zakresie posiadania

i wykonywania uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz minimum jedno doświadczenie w postaci pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dotyczącego obiektu opisanego w pkt a) powyżej (...).

Zamawiający nie dopuszcza łączenia przez jedną osobę większej liczby ze wskazanych funkcji, poza łączeniem funkcji jednego z inspektorów oraz specjalisty do spraw systemu zabezpieczeń”.

W zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert Zamawiający zawarł w SWZ następujące postanowienia:

„Dodatkowe doświadczenie personelu - znaczenie kryterium – 40 % (1% - 1 pkt)

Jeżeli osoba pełniąca funkcję inspektora nadzoru w branży architektonicznej posiada doświadczenie w postaci pełnienia funkcji inżyniera nadzoru inwestorskiego dotyczącego obiektu opisanego w Rozdziale 10.II.A.4 pkt a) SWZ:

- Na poziomie minimalnym (do spełnienia warunku udziału) – 0 (zero) punktów
- Z jednym (1) dodatkowym doświadczeniem w postaci pełnienia funkcji inżyniera nadzoru inwestorskiego dotyczącego obiektu opisanego w Rozdziale 10.II.A.4 pkt a) SWZ –

10 (dziesięć) punktów;

- Z dwoma (2) lub więcej dodatkowym doświadczeniem w postaci pełnienia funkcji inżyniera nadzoru inwestorskiego dotyczącego obiektu opisanego w Rozdziale 10.II.A.4 pkt a) SWZ – 20 (dwadzieścia) punktów.

Jeżeli osoba pełniąca funkcję inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej posiada doświadczenie w postaci pełnienia funkcji inżyniera nadzoru inwestorskiego dotyczącego obiektu opisanego w Rozdziale 10.II.A.4 pkt a) SWZ:

- Na poziomie minimalnym (do spełnienia warunku udziału) – 0 (zero) punktów
- Z jednym (1) dodatkowym doświadczeniem w postaci pełnienia funkcji inżyniera nadzoru inwestorskiego dotyczącego obiektu opisanego w Rozdziale 10.II.A.4 pkt a) SWZ –

10 (dziesięć) punktów;

- Z dwoma (2) lub więcej dodatkowym doświadczeniem w postaci pełnienia funkcji inżyniera nadzoru inwestorskiego dotyczącego obiektu opisanego w Rozdziale 10.II.A.4 pkt a) SWZ – 20 (dwadzieścia) punktów.

UWAGA: Wykonawca winien w treści formularza ofertowego zarówno wskazać imiona i nazwiska osób pełniących funkcję inspektorów nadzoru (te same osoby następnie musi wykazać w ramach wykazu osób jako podmiotowego środka dowodowego), jak i opisać ich doświadczenie w sposób pozwalający dokonać Zamawiającemu oceny w ramach kryterium. Niedopełnienie tych obowiązków spowoduje przyznanie 0 (zero) punktów ramach kryterium”.

W Formularzu ofertowym wykonawca Wand na potrzebę oceny oferty w ramach kryterium pozacenowego zawarł następujące informacje:

Inspektor nadzoru w branży architektonicznej: Pan F. K.

„Deklaruję posiadanie przez wymienioną osobę doświadczeń ponad wymagania w zakresie warunku udziału w postępowaniu.

Opis doświadczeń:

1. Budowa hali produkcyjnej z zapleczem socjalnym Classen Pol S.A. w Zwonowicach-57.600 m<sup>3</sup>
2. Budowa Zespołu hal produkcyjnych z zapleczem biurowym i socjalnym dla Tesko Steel sp. z o.o. w Rybniku-126.006 m<sup>3</sup>

3. Budowa magazynu wysokiego składowania z zapleczem socjalnym i biurowym dla Eko-okna S.A. w Kornicach – 355.163,0 m<sup>3</sup>
4. Budowa hali produkcyjno-magazynowej z zapleczem socjalnym, biurowym i technicznym dla Eko-okna S.A. w Kornicach 479.133,0 m<sup>3</sup>
5. Przebudowa i remont budynku szpitala w Areszcie Śledczym w Bytomiu – 14.270 m<sup>3</sup>
6. Przebudowa i remont cel w zakładzie Karnym w Raciborzu – 12.455 m<sup>3n</sup>.

Inspektorzy nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej: Pan F. K i Pan H. K.

„Deklaruję posiadanie przez wymienioną osobę doświadczeń ponad wymagania w zakresie warunku udziału w postępowaniu.

Opis doświadczeń:

1. Budowa hali produkcyjnej z zapleczem socjalnym Classen Pol S.A. w Zwonowicach-57.600 m<sup>3</sup>
2. Budowa Zespołu hal produkcyjnych z zapleczem biurowym i socjalnym dla Tesko Steel sp. z o.o. w Rybniku - 126.006 m<sup>3</sup>
3. Budowa magazynu wysokiego składowania z zapleczem socjalnym i biurowym dla Eko-okna S.A. w Kornicach – 355.163,0 m<sup>3</sup>
4. Budowa hali produkcyjno-magazynowej z zapleczem socjalnym, biurowym i technicznym dla Eko-okna S.A. w Kornicach 479.133,0 m<sup>3</sup>
5. Przebudowa i remont budynku szpitala w Areszcie Śledczym w Bytomiu – 14.270 m<sup>3</sup>
6. Przebudowa i remont cel w zakładzie Karnym w Raciborzu – 12.455 m<sup>3n</sup>.

11 stycznia 2023 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Wand wezwanie, w którym wskazał m. in.: „Działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy z dnia 11 stycznia 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022. 1710 ze zm.) wzywam do złożenia następujących środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia (...) wykazu usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty — wzór wykazu określa załącznik nr 4 do SWZ”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył m. in. wykaz usług, w którym zawarł informacje o następujących robotach:

1. Budowa hali produkcyjnej z zapleczem socjalnym Classen Pol S.A. w Zwonowicach-57.600 m<sup>3</sup>
2. Budowa Zespołu hal produkcyjnych z zapleczem biurowym i socjalnym dla Tesko Steel sp. z o.o. w Rybniku- 126.006 m<sup>3</sup>
3. Budowa magazynu wysokiego składowania z zapleczem socjalnym i biurowym dla Eko-okna S.A. w Kornicach – 355.163,0 m<sup>3</sup>
4. Przebudowa i remont budynku szpitala w Areszcie Śledczym w Bytomiu – 14.270 m<sup>3</sup>
5. Remont cel oraz zabudowa i przebudowa kąpoków sanitarnych w celach mieszkalnych oddziału I-X Zakładu Karnego w Raciborzu – 12.455 m<sup>3</sup> Termomodernizacja dachów wraz z ociepleniem stropu i wymiana instalacji odgromowej budynków 1A, 1B, 1C, 1D, 1E

Remont i termomodernizacja dachów budynków 1F, 2, 2A, 3 Zakładu Karnego w Raciborzu

Remont elewacji budynków administracji w Zakładzie Karnym w Raciborzu, przy ul. Eichendorffa 14

Remont Sali widzeń wraz ze służą wjazdową w Zakładzie Karnym w Raciborzu Przebudowa Zakładu Karnego w Raciborzu - pozyskanie nowych miejsc zakwaterowania dla osadzonych i poprawa infrastruktury jednostki

6. Budowa hali produkcyjno-magazynowej z zapleczem socjalnym, biurowym i technicznym dla Eko-okna SA w Kornicach 479.133,0 m<sup>3</sup>
7. Przebudowa i remont budynku administracyjnego w Areszcie Śledczym w Bytomiu

8. Przebudowa i remont kuchni w zakładzie Karnym w Herbach – 10.455 m<sup>3</sup>

9. Przebudowa i remont kuchni centralnej oraz ambulatorium w Areszcie Śledczym w Bytomiu.

Wraz z wykazem usług wykonawca Wand złożył referencje potwierdzające należytą realizację zadań wymienionych w punktach 1, 4, 7, 8 i 9.

2 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Wand. Zamawiający poinformował, że oferta tego wykonawcy otrzymała 100 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, w tym 40 punktów w ramach kryterium pozacenowego.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany stan faktyczny Izba uznała, że powyższa czynność Zamawiającego była nieprawidłowa.

W zakresie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający mógł wziąć pod uwagę tylko te z zadań wymienionych w wykazie usług, których prawidłowe wykonanie zostało potwierdzone załączonymi referencjami, tj:

1. Budowa hali produkcyjnej z zapleczem socjalnym Classen Pol S.A. w Zwonowicach,
2. Przebudowa i remont budynku szpitala w Areszcie Śledczym w Bytomiu,
3. Przebudowa i remont budynku administracyjnego w Areszcie Śledczym w Bytomiu,
4. Przebudowa i remont kuchni w zakładzie Karnym w Herbach,
5. Przebudowa i remont kuchni centralnej oraz ambulatorium w Areszcie Śledczym w Bytomiu.

Odwołujący nie podniósł, że złożony przez wykonawcę Wand wykaz usług zawierał same roboty budowlane, zatem okoliczność ta została przez Izbę pominięta. Odwołujący słusznie jednak wskazał, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył nadzoru nad wykonaniem budowy obiektu lub obiektów budowlanych użyteczności publicznej.

Same nazwy zadań nie mogą być jednoznaczną podstawą do uznania, że określona inwestycja nie wpisywała się w zakres warunku udziału w postępowaniu. Oczywiście

jest jednak, że nazwy inwestycji nie biorą się jednak znikąd – i co do zasady – choćby w przybliżonym stopniu określają charakter danej roboty. Z tego względu, Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do sposobu, w jaki wykonawca Wand wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsze z wymienionych przez Wand zadań mogło dotyczyć obiektu, który nie musiał być obiektem użyteczności publicznej, pozostałe – opierając się wyłącznie na nazwie – mogły dotyczyć remontów i przebudów, a nie budowy.

Z tego względu Izba uznała za zasadny zarzut odwołania w części, w jakiej Odwołujący twierdził, że wykonawca Wand nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na obecnym etapie postępowania nie można jednak przesądzić, czy Wand rzeczywiście nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Z całą pewnością, w obliczu ustalonych faktów należy uznać, że czynność wyboru oferty wykonawcy Wand była przedwczesna. Zamawiający powinien przede wszystkim wykorzystać dostępne mu narzędzia i najpierw ustalić,

czy wskazane wyżej zadania rzeczywiście mogły zostać uznane za potwierdzenie spełnienia przez Wand warunków udziału w postępowaniu. Ponadto wykonawca Wand nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów, a zatem, nawet gdyby okazało się, że ww. zadania nie dają podstawy do uznania, że warunki udziału zostały przez wykonawcę spełnione, to przysługuje mu prawo do takiego uzupełnienia.

Biorąc pod uwagę, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania Izba odstąpiła od nakazania mu dokonania konkretnych czynności dotyczących oferty wykonawcy Wand. Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczne ustalenie, czy wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu wyciągnięcie z tego ustalenia właściwych konsekwencji.

Izba wskazuje również, że na tym etapie postępowania oferta wykonawcy Wand nie mógł być odrzucona jako oferta wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem zarzut Odwołującego w tym zakresie podlegał oddaleniu.

Biorąc pod uwagę, że na potrzebę oceny oferty w ramach kryterium pozacenowego wykonawca Wand powołał się na te same zadania, co w zakresie warunków udziału w postępowaniu Izba wskazuje, że z przyczyn takich samych jak opisane w części dotyczącej warunków, ocena oferty w ramach tego kryterium była przedwczesna. Zamawiający powinien zatem najpierw ustalić, czy w obliczu dodatkowego doświadczenia panów F. K. i H. K. przedstawionego tak, jak zostało to wskazane wyżej, były podstawy do przyznania ofercie Wand jakiegokolwiek punktów w ramach kryterium. Podkreślenia wymaga jednak, że w tym zakresie wykonawcy nie przysługuje prawo do uzupełnienia dokumentów. Ponadto – jak słusznie wskazał Odwołujący – wykonawca Wand w nieprawidłowy sposób wykazał doświadczenia inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej. Zgodnie z

treścią kryterium punktowane miało być dodatkowe doświadczenie jednej osoby – „Jeżeli osoba pełniąca funkcję inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej posiada doświadczenie w postaci pełnienia funkcji inżyniera nadzoru inwestorskiego dotyczącego obiektu opisanego w Rozdziale 10.II.A.4 pkt a) SWZ (...)”. Wykonawca Wand nie

zawarł przy tym żadnej informacji, która pozwalałaby na jednoznaczne oddzielenie dodatkowego doświadczenia pana F. K. od doświadczenia pana H. K. Tym samym Zamawiający nie miał podstaw przyznania wykonawcy Wand punktów za dodatkowe doświadczenie inspektora nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej. Biorąc pod uwagę, że na tym etapie nie da się w sposób nie budzący wątpliwości ustalić, czy ofercie wykonawcy Wand w ogóle powinny być przyznane jakieś punkty w ramach kryterium pozacenowego, Izba nie nakazała Zamawiającemu obniżenia punktacji o konkretną wartość. Obowiązkiem Zamawiającego jest ustalenie czy jakieś z wymienionych przez wykonawcę zadań daje w ogóle podstawę do przyznania punktów ofercie.

Zarzut dotyczący zaniechania wezwania Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia wymaganych dokumentów nie potwierdził się. Izba wskazuje, że Odwołujący nie wyjaśnił i nie uzasadnił przyczyn, dla których Zamawiający miałby zwrócić się do niego z takim wezwaniem.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....