

Sygn. akt KIO 865/23

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2023 r., w Warszawie, odwołania

wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego SIM WROCŁAW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

przy udziale zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy K. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą 4idea K. S. w Kielcach, zgłaszającego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu SIM WROCŁAW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę K. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą 4idea K.S.w Kielcach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od K. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą 4idea K. S. w Kielcach na rzecz wykonawcy BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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: .....

Uzasadnienie

I. SIM WROCŁAW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla osiedla Wojszyce 1, nr referencyjny SIM1/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 239-689631.

W dniu 27 marca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie. Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie:

„1) od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla osiedla Wojszyce 1” polegającej na: wyborze oferty Wykonawcy 4idea K. S., ul. Złota 15/U, 25-015 Kielce jako najkorzystniejszej,

2) na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie podstawowym pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla osiedla Wojszyce 1”, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.: art. 16, art. 17, art. 109, art. 110, art. 239, art. 226 ust. 1, art. 126.”

Odwołujący zarzuty odwołania uzasadnił w następujący sposób:

„ W pozycjach 4 i 5 formularza ofertowego Oferent powinien wskazać dodatkowe doświadczenie, które dawało dodatkową punktację, zgodnie z warunkami oceny ofert.

Niezrozumiałym zatem jest fakt, że Wykonawca 4Idea K.S. (dalej: 4Idea) otrzymał maksymalną liczbę punktów. Usługa wskazana zarówno w pozycji 4 i 5 nie spełnia warunków dodatkowej punktacji. Żadna w wymienionych usług nie dotyczy prac projektowych dla więcej niż 8 budynków, ponieważ mowa jest o jednym budynku.

W tej sytuacji Wykonawca 4IDEA K. S. nie spełniła stawianych w SWZ Wymaganych dotyczących Kwalifikacji Głównego Projektanta w projektowaniu zespołu budynków (KGP) powinien otrzymać 0 punktów.

Ponadto usługi wskazane przez 4Idea w pozycji 4 i 5 nie dotyczą prac projektowych dotyczących budynków powyżej 20 000 m<sup>2</sup> powierzchni całkowitej, co zostało wskazane przez samego Wykonawcę (4921,90 m<sup>2</sup> dla usługi nr 4 oraz 6669,81 m<sup>2</sup> dla usługi nr 5).

W tej sytuacji Wykonawca 4IDEA K. S. nie spełniła stawianych w SWZ Wymaganych dotyczących Kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (K) powinien otrzymać 0 punktów.

Jako drugą usługę wskazaną na spełnienie warunków udziału Wykonawca 4idea K. S. przedstawił:

„NM4 – zespół budynków dwulokalowych składającą się z 164 budynków mieszkalnych jednorodzinnych, w tym 160 budynków w zabudowie szeregowej i 4 budynki w zabudowie bliźniaczej oraz 19 garaży dwustanowiskowych wraz z komunikacją wewnętrzną, miejscami postojowymi i wewnętrznymi instalacjami gazowymi.

NM5 - zespół budynków dwulokalowych składającą się z 148 budynków mieszkalnych jednorodzinnych, w tym 142 budynków w zabudowie szeregowej i 6 budynki w zabudowie bliźniaczej oraz 7 garaży dwustanowiskowych wraz z komunikacją wewnętrzną, miejscami postojowymi i wewnętrznymi instalacjami gazowymi, zlokalizowanej w miejscowości Słomin, ul. Piaseczyńska. Rodzaj zamówienia (obiekt): Zespół budynków mieszkalnych

dwulokalowych; zakres zamówienia (powierzchnia): 31 200,21 m<sup>2</sup>.”

Powyższe nie spełnia warunków udziału przedstawionych w SWZ z następujących powodów:

- wg PKOB budynki mieszkalne jednorodzinne przedstawione w referencji należą do grupy 111, a nie jak wskazano w SIWZ grupy 112.

PKOB grupa 111 (Budynki mieszkalne jednorodzinne), klasa 1110 obejmuje:

- samodzielne budynki takie jak: pawilony, wille, domki wypoczynkowe, leśniczówki, domy mieszkalne w gospodarstwach rolnych, rezydencje wiejskie, domy letnie itp.
- domy bliźniacze lub szeregowe, w których każde mieszkanie ma swoje własne wejście z poziomu gruntu.

Dane przedstawione w Zadaniu 2 nie zawierają również informacji w zakresie pozyskania pozwolenia na budowę.

Informacje o inwestycji oraz potwierdzenie, iż budynki należą do klasy 111 a nie do klasy 112 przedstawia również strona internetowa dewelopera

Mając na uwadze powyższe informacje wskazujemy, iż 4IDEA K. S. nie spełniła stawianych w SWZ Wymaganych Doświadczeń Minimalnych a co więcej w przypadku Wymaganego

Doświadczenia Minimalnego 2 dodatkowo wprowadziła Zamawiającego w błąd w następującym zakresie:

- przypisała zakres doświadczenia dla budynków z grupy 111 wg PKOB jako grupę 112.”

Ponadto Odwołujący podnosił, że „Wykonawca 4idea K. S. wskazał, że wykonywał usługę: „Opracowanie dokumentacji projektowych dla zespołu budynków mieszkalnych dwulokalowych w zakresie opracowania dokumentacji budowlanej, technicznej i wykonawczej” na NM4 zespół budynków dwulokalowych składającą się z 164 budynków mieszkalnych jednorodzinnych, w tym 160 budynków w zabudowie szeregowej i 4 budynki w zabudowie bliźniaczej oraz 19 garaży BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. Ul. Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa dwustanowiskowych wraz z komunikacją wewnętrzną, miejscami postojowymi i wewnętrznymi instalacjami gazowymi NM5-zespół budynków dwulokalowych składający się z 148 budynków mieszkalnych jednorodzinnych, w tym 142 budynków w zabudowie szeregowej i 6 budynki w zabudowie bliźniaczej oraz 7 garaży dwustanowiskowych wraz z komunikacją wewnętrzną, miejscami postojowymi i wewnętrznymi instalacjami gazowymi, zlokalizowanej w miejscowości Słomin, ul. Piaseczyńska, a faktycznie właścicielem projektu był inny podmiot, tj. M. K. .”

Powyższe zdaniem Odwołującego stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co skutkuje koniecznością wykluczenia Przystępującego z postępowania. Odwołujący również podnosił, że jest za późno na przeprowadzenie przez Przystępującego procedury samooczystczenia.

W konsekwencji tak sformułowanych zarzutów, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert oraz wybór oferty Wykonawcy: BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp.k. jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego wykonawca K. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą 4idea K. S. w Kielcach (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego. Przystępujący złożył sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu „badanie i ocenę i wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy 4idea K. S., ul. Żłota 15/U, 25-015 Kielce, która nie powinna być rozpatrywana, jak też uznanie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy przedstawione poświadczenia i protokoły tego nie potwierdzają, zamiast jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.” Z tak sformułowanego zarzutu odwołania Izba wywnioskowała, że zasadniczym zarzutem odwołania jest zaniechanie odrzucenia oferty, która została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Odwołujący co prawda wprost nie wskazał podstawy prawnej odrzucenia, ale z uzasadnienia odwołania wynika, że zdaniem Odwołującego wykonawca, który złożył ofertę uznaną przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz w tym zakresie wprowadził Zamawiającego w błąd. Izba zatem mogła bez żadnych wątpliwości zidentyfikować podstawę prawną odwołania, jako naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 b Prawa zamówień publicznych, oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z 109 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych.

Ponadto Odwołujący kwestionował sposób przyznania punktacji ofercie konkurencyjnej – zdaniem Odwołującego oferta ta powinna otrzymać zero punktów w obu kryteriach pozacenowych, zatem zarzucał naruszenie art. 242 ust 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest, zgodnie z pkt III specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) jest wykonanie kompletnego opracowania projektowego w ramach realizacji

zadania pn.: Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla osiedla Wojszyce 1 (Wrocław obręb ewidencyjny nr 26, dz. ew. nr 1/90) obejmującego projekty budowlane we wszystkich branżach oraz projekty wykonawcze we wszystkich branżach wraz z załącznikami (przedmiary robót, kosztorysy inwestorskie, przedmiary, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, informację dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia).

Zamawiający w SWZ postawił warunek zdolności technicznej lub zawodowej, który muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Mianowicie należało wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy wykonawca:

- a) wykonał co najmniej trzy zamówienia polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy budynku lub zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB, w tym co najmniej jedno zamówienie o powierzchni całkowitej projektowanych budynków powyżej 20 000 m<sup>2</sup>, wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę,
- b) wykonał co najmniej dwa zamówienia polegające na opracowaniu dokumentacji składającej się z: projektu budowlanego, projektu wykonawczego, kosztorysów inwestorskich oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Cena nie była jedynym kryterium oceny ofert. Zamawiający w SWZ wskazał, że oprócz ceny z wagą 60 pkt, będzie również oceniał kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (K) z wagą 20 pkt oraz kwalifikacje Głównego Projektanta w projektowaniu zespołu budynków (KGP) z wagą 20 pkt.:

„1) Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (K) - znaczenie 20 %.

Zamawiający dokona oceny w skali od 1 do 20 punktów.

Przez kryterium kwalifikacji zawodowych i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia rozumie się minimalny zakres kwalifikacji, którymi musi legitymować się personel wykonawcy skierowany do realizacji niniejszego zamówienia. Zamawiający punktował będzie dodatkowo posiadanie przez personel wykonawcy skierowany do realizacji

przedmiotowego zamówienia kwalifikacji wyższych niż niezbędne minimum. Osoby zastępujące personel wskazany w ofercie powinny więc posiadać co najmniej takie same kwalifikacje jak osoby, które zastępują.

Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli skieruje do wykonania przedmiotowego zamówienia co najmniej jedną osobę, która będzie pełniła funkcję Projektanta Głównego (PG) (ocena dotyczy osoby wykazywanej jako spełniającej warunek udziału, o którym mowa w dziale VI. Warunki udziału w postępowaniu w ppkt 4. 2 a) SWZ, posiadającą udokumentowane doświadczenie, ponad minimum wskazane w SWZ, przy realizacji

zamówień, polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej budynku lub zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB o łącznej powierzchni całkowitej powyżej 20 000 m<sup>2</sup> (dotyczy osoby wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu):

- Przy braku wykazania dodatkowego doświadczenia - Zamawiający przyzna 0 punktów.
- Za jedno opisane wyżej zamówienie - Zamawiający przyzna 10 punktów.
- Za dwa i więcej opisane wyżej zamówienia - Zamawiający przyzna 20 punktów

2) Kwalifikacje Głównego Projektanta w projektowaniu zespołu budynków (KGP) - znaczenie 20 %.

Zamawiający dokona oceny w skali od 1 do 20 punktów.

Przez kryterium kwalifikacji zawodowych i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia rozumie się przez to minimalny zakres kwalifikacji, którymi musi legitymować się personel wykonawcy skierowany do realizacji niniejszego zamówienia. Zamawiający punktował będzie dodatkowo posiadanie przez personel wykonawcy skierowany do realizacji przedmiotowego zamówienia kwalifikacji wyższych niż niezbędne minimum. Osoby zastępujące personel wskazany w ofercie powinny więc posiadać co najmniej takie same kwalifikacje jak osoby, które zastępują.

Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli skieruje do wykonania przedmiotowego zamówienia co najmniej jedną osobę, która będzie pełniła funkcję Projektanta Głównego (PG) (ocena dotyczy osoby wykazywanej jako spełniającej warunek udziału, o którym mowa w dziale VI. Warunki udziału w postępowaniu w ppkt 4. 2 a) SWZ, posiadającą

udokumentowane doświadczenie, w projektowaniu zespołu budynków.

Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie Projektanta Głównego w realizacji co najmniej jednego zamówienia, polegającego na wykonaniu dokumentacji projektowej zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB składającego się z wielu budynków. Przy czym, w przypadku wykazania przez Wykonawcę zespołu budynków składającego się z:

- 1) 2 budynków - Zamawiający przyzna 0 punktów
- 2) 3-4 budynków - Zamawiający przyzna 5 punktów
- 3) 5-6 budynków - Zamawiający przyzna 10 punktów
- 4) 6-7 budynków - Zamawiający przyzna 15 punktów
- 5) 8 i więcej budynków - Zamawiający przyzna 20 punktów

Zamawiający przyzna punkty na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w ofercie.”

Zamawiający do SWZ załączył wzór formularza ofertowego, gdzie w pkt 2 wykonawca miał zapewnić, że „w skład zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia wchodzi

następująca osoba Projektant Główny”. Osobę projektanta należało wskazać z imienia i nazwiska w pierwszym wersie tabeli.

W tabeli znajdowały się trzy kolumny: poziom doświadczenia, informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w SWZ, i czas realizacji – początek i koniec przez podanie odpowiednich dat. W kolejnych wersach w kolumnie pierwszej „poziom doświadczenia” należało podać „wymagane minimalne doświadczenie 1 robota”, „wymagane minimalne doświadczenie 2 robota”, „wymagane minimalne doświadczenie 3 robota”, „dodatkowe doświadczenie 4 robota (+...pkt)” i „dodatkowe doświadczenie 5 robota (+...pkt)”.

Poniżej tabeli wykonawca miał złożyć oświadczenie, jakie – wyżej wymieniony w tabeli projektant – posiada doświadczenie, w zależności od ilości zaprojektowanych budynków. Należało zaznaczyć odpowiednie pole dla 2 budynków – (Zamawiający przyzna 0 punktów), 3-4 budynków – (Zamawiający przyzna 5 punktów), 5-6 budynków – (Zamawiający przyzna 10 punktów), 6-7 budynków – (Zamawiający przyzna 15 punktów) bądź 8 i więcej budynków – (Zamawiający przyzna 20 punktów).

Przystępujący wypełnił tabelę w następujący sposób:

Jako projektanta głównego wskazał K. S. .

W wersji „wymagane minimalne doświadczenie 1 robota” podał nazwę zadania w następujący sposób: „Budowa siedemnastu budynków mieszkalnych wielorodzinnych na dz. nr 11/1, 11/2, 12/1 i 12/2 obr. 2 w Rumii; Rodzaj zamówienia(obiekt): Budynki mieszkalne wielorodzinne; zakres zamówienia (powierzchnia): 21 797,05m<sup>2</sup>; Wartość brutto: 799 500,00 zł”.

W wersji „wymagane minimalne doświadczenie 2 robota” podał: „NM4 zespół budynków dwulokalowych składającą się z 164 budynków mieszkalnych jednorodzinnych, w tym 160 budynków w zabudowie szeregowej i 4 budynki w zabudowie bliźniaczej oraz 19 garaży dwustanowiskowych wraz z komunikacją wewnętrzną, miejscami postojowymi i wewnętrznymi instalacjami gazowymi; NM5 zespół budynków dwulokalowych- składający się z 148 budynków mieszkalnych jednorodzinnych, w tym 142 budynków w zabudowie szeregowej i 6 budynki w zabudowie bliźniaczej oraz 7 garaży dwustanowiskowych wraz z komunikacją wewnętrzną, miejscami postojowymi i wewnętrznymi instalacjami gazowymi, zlokalizowanej w miejscowości Słomin, ul. Piaseczyńska; Rodzaj zamówienia (Zespół budynków mieszkalnych dwulokalowych zakres zamówienia (powierzchnia): 31 200,21 m<sup>2</sup>; Wartość brutto: 627 300,00 zł.”

W wersji „wymagane minimalne doświadczenie 3 robota” podał „Nazwa zadania 3: Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z garażem podziemnym przy ul.

Piekoszowskiej w Kielcach; Rodzaj zamówienia(obiekt): Budynek mieszkalny wielorodzinny; zakres zamówienia(powierzchnia): 5 604,33 m<sup>2</sup>; Wartość brutto: 267 137,55 zł.

W wersji „dodatkowe doświadczenie 4 robota” podał: „Nazwa zadania 4: Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami w parterze i garażem podziemnym na dz. nr ewid. 974/1,973/2, 976/3, 975/1, w obr. 0010 przy ul. Koziej w Kielcach; Rodzaj zamówienia (obiekt): Budynek mieszkalny wielorodzinny z usługami; zakres zamówienia (powierzchnia): 4 921,90 m<sup>2</sup>; Wartość brutto: 233 700,00 zł”.

W wersji „dodatkowe doświadczenie 5 robota” podał: „Nazwa zadania 5: Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami i częścią garażową w parterze oraz garażem podziemnym wraz z instalacjami wewnętrznymi: wody, kanalizacji sanitarnej, centralnego ogrzewania, wentylacji i klimatyzacji, kanalizacji deszczowej, elektryczną i teletechniczną oraz niezbędną infrastrukturą; zewnętrznymi instalacjami elektrycznymi i kanalizacją deszczową raz ze zbiornikiem retencyjnym na wody opadowe o pojemności 40m<sup>3</sup>. parkingiem na 12 stanowiska postojowych, na działce w Częstochowie, przy Al. Wolności 20 o nr ewidencji gruntów 63, obręb 182; Rodzaj zamówienia(obiekt): Budynek mieszkalny wielorodzinny z usługami zakres zamówienia (powierzchnia): 6 669,81 m<sup>2</sup>; Wartość brutto: 393 600,00 zł”.

Poniżej tabeli Przystępujący oświadczył, że „W/w Projektant Główny posiada doświadczenie, w projektowaniu zespołu budynków, składającego się z: 8 i więcej budynków – (Zamawiający przyzna 20 punktów)”.

Zamawiający uznał, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu i przyznał mu maksymalną ilość punktów w kryterium pozacenowym (po 20 pkt w każdym z kryteriów).

Oferta Przystępujący została uznana za najkorzystniejszą.

Z powyższym nie zgodził się Odwołujący, który w odwołaniu kwestionował zarówno spełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, jak i przypisaną jego ofercie punktację w kryteriach pozacenowych.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Zarzut dotyczący niespełnienia warunków udziału przez Przystępującego Izba uznała za uzasadniony.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2b Prawa zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Jednak na podstawie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zatem, jeżeli Przystępujący, jak ostatecznie uznał skład orzekający, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów.

W ramach potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca miał wykazać że „wykonał co najmniej trzy zamówienia polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy budynku lub zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB, w tym co najmniej jedno zamówienie o powierzchni całkowitej projektowanych budynków powyżej 20 000 m<sup>2</sup>, wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę”. Zatem wykonawca miał wykonać trzy zadania o określonym zakresie – dokumentację projektową wraz z pozwoleniem na budowę, w tym jedno zadanie powyżej podanej powierzchni minimalnej (powyżej 20 000m<sup>2</sup>). W ocenie Izby nie można przyjąć interpretacji, że tylko jedno z tych zadań – o powierzchni powyżej minimalnej, musiało uzyskać pozwolenie na budowę, ale każde z trzech. Taka interpretacja jest adekwatna do przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający tylko w tym miejscu SWZ wymagał doświadczenia w wykonaniu dokumentacji wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę. Niewykluczone, że nie było to zgodne z intencjami Zamawiającego, ale wobec innych wymaganych realizacji dokumentacji projektowej (pkt VI.4.1b SWZ) nie wpisał wprost, że konieczne jest uzyskanie pozwolenia na budowę. W ocenie Izby zatem, skoro w jednym wypadku Zamawiający wskazał, że wymaga pozwolenia na budowę, a w innym nie – to ocena warunków udziału w postępowaniu musi być zgodna z literalną treścią SWZ.

Sporne było potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonanie przez Przystępującego dokumentacji wskazanej jako zadanie 2. Zdaniem Odwołującego, wskazany w tabeli projektant nie był rzeczywistym projektantem, była to inna osoba, a ponadto zespół budynków nie mieści się w wymaganej przez Zamawiającego grupie PKOB 112, ale w PKOB 111, w czym Odwołujący upatrywał dodatkowego uchybienia i przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych – mianowicie wprowadzenia Zamawiającego w błąd; wprowadzenie w błąd miało dotyczyć również błędnie wskazanej osoby projektanta.

Na rozprawie Przystępujący wyjaśnił, że dla inwestora zadania nr 2 z tabeli zostały wykonane dwie dokumentacje – jedna otrzymała pozwolenie na budowę (i tam, zgodnie

z oświadczeniem podanym przez Przystępującego do protokołu, „dokumentację opracował zespół K. S. natomiast jako projektant opieczętował dokumentację projektanta inwestora”), a druga (wskazana w tabeli formularza ofertowego jako zadanie 2, jak podał Przystępujący do protokołu), tj dokumentacja wcześniejsza – nie uzyskała pozwolenia na budowę, w związku ze zmianą planów inwestora.

Na podstawie powyższych ustaleń, oraz oświadczeń Odwołującego i Przystępującego złożonych w toku postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zadanie wskazane w pozycji nr 2 formularza ofertowego złożonego przez Przystępującego nie uzyskało pozwolenia na budowę, zatem nie mogło być podstawą do oceny spełnienia warunków, postawionych przez Zamawiającego w pkt VI.4.1a SWZ. Wszystkich zadań, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z pkt VI.4.1 SWZ powinno być pięć – trzy z pkt VI.4.1a i dwa z pkt VI.4.1b SWZ. W ocenie Izby to samo zadanie nie mogło być równocześnie wskazywane na potwierdzenie warunku postawionego w pkt VI.4.1a i VI.4.1b SWZ. W takim wypadku mogłoby wystarczyć wskazanie jedynie trzech zadań, a postawienie dwóch wymogów byłoby bezcelowe. W formularzu ofertowym należało zatem wskazać pięć zadań, i miały one w sumie potwierdzać spełnienie warunków podanych w pkt VI.4.1 SWZ. Co prawda opis pozycji we wzorze formularza ofertowego był niefortunny (zadania 4 i 5 opisano jako „dodatkowe”), jednak ta okoliczność nie miała ostatecznie, w ocenie Izby, wpływu na ocenę ofert. Wykonawcy w pozycjach 1-5 wskazywali zadania, które Zamawiający miał ocenić pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu (i były podstawą ewentualnej punktacji w pozacenowym kryterium oceny ofert); przy czym kolejność wpisywania zadań mogła nie mieć znaczenia. Zadanie nr 2 nie mogło potwierdzać spełnienia warunku opisanego w pkt VI.4.1a SWZ, ponieważ nie miało pozwolenia na budowę (tak oświadczył Przystępujący na rozprawie do protokołu). Zatem w formularzu ofertowym pozostały jedynie cztery zadania, a aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, należało wskazać pięć zadań.

Dodatkowo, zadanie nr 2 faktycznie może budzić wątpliwości co do klasyfikacji do grupy PKOB 112. Nazwa zadania wskazana przez Przystępującego nie przesądza o klasyfikacji do danej grupy – wskazuje bowiem na budynki jednorodzinne (co do zasady należące do grupy PKOB 111) posługuje się pojęciem „budynków dwulokalowych” (PKOB 112 wskazuje na „budynki o dwóch mieszkaniach”), powołuje się na „budynki w zabudowie szeregowej i (...) bliźniaczej” (wymienione zarówno w grupie PKOB 111 i PKOB 112, przy czym w PKOB 111 w tych budynkach „każde mieszkanie ma swoje własne wejście z poziomu gruntu”). Kwestię tę Zamawiający powinien wyjaśnić w trybie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (wezwanie do wyjaśnień byłoby celowe tylko wówczas, gdyby to

zadanie mogło ewentualnie potwierdzać spełnienie warunku z pkt VI.4.1b SWZ, ponieważ tam pozwolenie na budowę nie było wskazane w opisie warunku).

Reasumując, Przystępujący przedstawił cztery zadania, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu zamiast pięciu. Zadanie nr 2 nie może potwierdzać spełnienia warunku z pkt VI.4.1a SWZ przez brak pozwolenia na budowę, ponadto należałoby wyjaśnić kwestię klasyfikacji PKOB.

W konsekwencji Izba uznała zarzut podniesiony w odwołaniu za uzasadniony, jednocześnie wskazując, że Przystępujący na obecnym etapie, bez wcześniejszego wezwania do uzupełnienia dokumentów bądź wyjaśnień, nie może podlegać wykluczeniu.

Z zarzutem niespełnienia warunków udziału w postępowaniu wiązał się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, z postępowania zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (Zamawiający przewidział w SWZ, na str. 11, fakultatywne przesłanki wykluczenia, m.in. art. 109 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych). Izba jednak nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący podał nieprawdziwe informacje co do klasyfikacji PKOB i osoby projektanta zadania nr 2. Kwestia klasyfikacji PKOB wymaga wyjaśnienia, ale nie można uznać każdej niejasności w oświadczeniach wykonawcy za wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Niejasność polega na użyciu w opisie zadania pojęć innych niż używane w klasyfikacji PKOB („budynki dwulokowe”; brak wskazania sposobu wejścia do każdego mieszkania w zabudowie szeregowej i bliźniaczej – z poziomu gruntu czy też nie) i nie przesądza o podaniu nieprawdziwych informacji. Co do projektanta, to Przystępujący na rozprawie wyjaśnił, że zostały sporządzone dwie dokumentacje projektowe dla tego samego inwestora; jako zadanie nr 2 została wskazana jedna z nich, gdzie projektantem była osoba podana w tabeli, stąd wniosek, że dowody przedstawione przez Odwołującego, wskazujące na innego projektanta, dotyczyły drugiej dokumentacji. Ostatecznie Izba uznała, że nie ma podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący podał w tym względzie nieprawdziwe informacje.

Co do oceny w pozacenowym kryteriach oceny ofert – zarzut w tym zakresie Izba uznała za uzasadniony.

Izba ustaliła, że Zamawiający przyznał Przystępującemu następującą punktację: 60 pkt za cenę, i po 20 pkt w każdym z kryteriów pozacenowych, łącznie 100 pkt. Z kolei Odwołujący otrzymał 59,73 pkt za cenę, i po 20 pkt w każdym z kryteriów pozacenowych, łącznie 99,73 pkt, co dało Odwołującemu drugie miejsce w rankingu oceny ofert. W takich okolicznościach wystarczy, aby Odwołujący skutecznie zakwestionował ocenę ofert w przynajmniej jednym z kryteriów pozacenowych – wówczas Odwołujący uzyska przewagę w ilości uzyskanych punktów.

Zdaniem składu orzekającego Odwołujący skutecznie argumentował przeciwko przyznaniu Przystępującemu punktów w kryterium „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (K)”. W tymże kryterium Zamawiający przewidział, że „Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli skieruje do wykonania przedmiotowego zamówienia co najmniej jedną osobę, która będzie pełniła funkcję Projektanta Głównego (PG) (ocena dotyczy osoby wykazywanej jako spełniającej warunek udziału, o którym mowa w dziale VI. Warunki udziału w postępowaniu w ppkt 4. 2 a) SWZ, posiadającą udokumentowane doświadczenie, ponad minimum wskazane w SWZ, przy realizacji zamówień, polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej budynku lub zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB o łącznej powierzchni całkowitej powyżej 20 000 m<sup>2</sup> (dotyczy osoby wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu): przy braku wykazania dodatkowego doświadczenia – Zamawiający przyzna 0 punktów; za jedno opisane wyżej zamówienie – Zamawiający przyzna 10 punktów; za dwa i więcej opisane wyżej zamówienia – Zamawiający przyzna 20 punktów”.

Zatem Zamawiający miał punktować doświadczenie poniżej minimalnego wymaganego w pkt VI.4.1a SWZ. Na podstawie wcześniejszych ustaleń, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący powinien otrzymać w tym kryterium zero punktów, dlatego, że z pominięciem zadania nr 2, którego nie można wziąć pod uwagę z przyczyn wymienionych wyżej w uzasadnieniu, tylko jedno inne zadanie nr 1 w formularzu ofertowym Przystępującego spełnia minimum (rodzaj budynków, ich powierzchnia). Brak zatem jakiegokolwiek zadania powyżej opisanego w SWZ minimum, które mogłoby być ocenione w kryterium pozacenowym. Dlatego nie było żadnej podstawy do przyznania punktów w tymże kryterium. Na marginesie trzeba zauważyć, że gdyby nawet nie było żadnych wątpliwości co do zadania nr 2 wskazanego przez Przystępującego, to i tak Zamawiający powinien, zgodnie z SWZ, za jedno dodatkowe doświadczenie przyznać nie 20 pkt, a 10 pkt i wówczas również oferta Odwołującego otrzymałaby najwyższą punktację. Trzeba również zauważyć, że ewentualne uzupełnienia czy wyjaśnienia Przystępującego odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożone ewentualnie w toku dalszego postępowania o udzielenie zamówienia nie będą miały wpływu na przyznaną punktację w kryteriach pozacenowych.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....