Sygn. akt: KIO 2882/23

WYROK

z dnia 17 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Danuta Dziubińska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r. przez wykonawcę **NBQ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Administracji Skarbowej** w Warszawie

orzeka:

1.**Oddala odwołanie**;
2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **NBQ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Szczecinie na rzecz **Izby Administracji Skarbowej** w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) 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 2882/23

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

Izba Administracji Skarbowej w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego dla realizacji inwestycji pn. „Budowa budynku Urzędu Skarbowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą, budową stacji transformatorowej, parkingu w zabudowie usługowej na działce oznaczonej w ewidencji gruntów nr 3669/4 w Węgrowie usytuowanej przy ul. T. Kościuszki 10", numer referencyjny: ZP/15/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 czerwca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer 2023/S 111-346998.

Zamawiający w dniu 21 września 2023 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wykonawca NBQ sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie od tej czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 239 ust. 1, 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty PROJECT MANAGENEN INTERTECNO sp. z o.o. (dalej również: „Wykonawca") jako najkorzystniejszej i przyznanie jej maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert, w sytuacji, gdy wykonawca ten wykazał realizację inwestycji, która nie powinna być punktowana w ramach kryteriów oceny ofert,
2) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na jego niezastosowanie, tj. niewykluczenie Wykonawcy z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3) art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez PROJECT MANAGENENT INTERTECNO sp. z o.o.,

2)nakazanie Zamawiającemu ponowne przeliczenie punktów w kryteriach oceny ofert i odjęcie Wykonawcy punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert,

3)ewentualnie wykluczenie wybranego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

4) powtórzenie czynności badania i oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności z nich wynikające i podnoszone w odwołaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, że złożył ofertę na realizację usługi zgodną w warunkami postępowania otrzymując łącznie 69,41 punktów, w tym 41,41 punktów za kryterium cena brutto za realizację zamówienia oraz 28 punktów za kryterium doświadczenie personelu kluczowego. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez PROJECT MANAGENENT INTERTECNO sp. z o.o. Zgodnie z informacją o rozstrzygnięciu postępowania wykonaw ten otrzymał łącznie 100 punktów, w tym 60 punktów za kryterium cena brutto za realizację zamówienia oraz 40 punktów za kryterium doświadczenie personelu kluczowego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty wybranego wykonawcy, gdyż z przedłożonych do postępowania dokumentów oraz wykazanych inwestycji nie wynika, że Wykonawca spełnił określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") warunki. Zgodnie z określonymi w Rozdziale 6 ust. 1 SWZ warunkami udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art 112 ust.2 ustawy Pzp. Odnośnie do zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający zastrzegł, że uzna że wykonawca spełnił warunek jeśli wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, licząc wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 2 kompleksowe usługi polegające na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego w projekcie obejmującym budowę lub rozbudowę lub odbudowę lub nadbudowę budynku wielokondygnacyjnego (min 2 kondygnacje nadziemne) dopuszczonego do użytkowania o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m3. W przypadku, kiedy wykonane usługi polegające na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego dotyczyły rozbudowy lub odbudowy lub nadbudowy budynku, Zamawiający wymagał, aby kubatura minimum 5 000 m3 dotyczyła tylko tej części budynku, której dotyczą wykonane usługi a nie kubatury całego budynku objętego rozbudową lub odbudową lub nadbudową. Zamawiający wskazał przy tym dla przykładu, że: przy robotach budowlanych dotyczących nadbudowy budynku - istniejący budynek ma kubaturę 3 000 m3, w tym roboty Wykonawcy dotyczą nadbudowy tylko jednego piętra o kubaturze 2 000 m3 - zatem uznane roboty budowlane będą dotyczyć „budowy budynku" o kubaturze tylko 2 000 m3). Dla uniknięcia wątpliwości Zamawiający w Rozdziale 6 SWZ wyjaśnił, że: a) przez kompleksowe pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego rozumie się, iż w zakresie obowiązku wykonawcy było co najmniej: wsparcie w przygotowaniu dokumentacji przetargowej na wyłonienie Generalnego Wykonawcy, nadzór nad inwestycją za pośrednictwem 5 branżowych specjalistów, nadzór finansowy i rozliczenie inwestycji w ramach prowadzonego nadzoru, a) poprzez budowę, zgodnie z art. 3 pkt. 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 682 ze zm.), zwanej dalej także ustawą Prawo budowlane, rozumie wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, b) poprzez budynek, zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, rozumie taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Zamawiający w udzielonej wykonawcy odpowiedzi (pytanie nr 3) nie wyraził zgody na modyfikację warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale 6 ust. 1 pkt 4 a SWZ poprzez dopuszczenie wykazania doświadczenia zdobytego również w ramach przebudowy obiektów. Zamawiający podtrzymał zapisy SWZ odnośnie doświadczenia i wymagał aby wykonawca wykazał, że w określonym okresie czasu należycie wykonał: co najmniej 2 kompleksowe usługi polegające na pełnieniu funkcji inwestora zastępczego w projekcie obejmującym budowę lub rozbudowę lub odbudowę lub nadbudowę budynku wielokondygnacyjnego (min 2 kondygnacje nadziemne) dopuszczonego do użytkowania o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m3. Usługa polegająca na świadczeniu nadzoru nad przebudową obiektu nie powinna w ogół być brana pod uwagę przy ocenie doświadczenia wykonawcy w zaskarżonym postępowaniu o udzielne przetargu publicznego.

Odwołujący podał, że w Załączniku nr 12 do SWZ stanowiącym Wykaz usług (L.p. 2) PROJECT MANAGENEN INTERTECNO sp. z o.o. (dalej: „Wykonawca") wykazał m.in. realizację dotyczącą Pełnienia funkcji inwestora zastępczego przy realizacji zadania pt. Rozbudowa, przebudowa i adaptacja pomieszczeń na potrzeby diagnostyki obrazowej, izby przyjęć i poradni budynku szpitala przy ul. Wierzejewskiej 12 w Konstancinie - Jeziornie. Z informacji

dostępnych na stronie ww. postępowania wynika, że przedmiotem zamówienia było pełnienie nadzoru inwestorskiego (a nie funkcji Inwestora Zastępczego) nad robotami budowlanymi realizowanymi w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Adaptacja pomieszczeń na potrzeby diagnostyki obrazowej, izby przejęć i poradni w budynku głównym przy ulicy Wierzejewskiego 12 w Konstancinie-Jeziornie" z podziałem na dwa (2) pakiety: Pakiet nr 1: Adaptacja pomieszczeń na potrzeby Izby Przyjęć i Poradni;Pakiet nr 2: Adaptacja pomieszczeń na potrzeby Diagnostyki Obrazowej w specjalności: konstrukcyjno - budowlanej (Zadanie 1) - branża budowlana, instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (Zadanie 2) - branża sanitarna, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (Zadanie 3) branża elektryczna i teletechniczna. Pakiet 1 dotyczył przebudowy wraz z rozbudową Budynku Głównego Szpitala na potrzeby Poradni oraz Izby Przyjęć Mazowieckiego Centrum Rehabilitacji „STOCER" Sp. z o.o. przy ul. Wierzejewskiego 12, 05-510 Konstancin-Jeziorna. Przedmiotem inwestycji w ramach tego była przebudowa i rozbudowa zlokalizowana w rejonie parterowej części budynku głównego Szpitala, w sąsiedztwie obecnie funkcjonującego Ambulatorium. W ramach przebudowy części budynku założeniem było zlokalizowanie nowej Izby przyjęć wraz z Poradnią. Dodatkowo planowana była budowa łącznika oraz zadaszenia dla karetek w rejonie wejścia głównego do Izby Przyjęć. Jeżeli chodzi o kubaturę, to z Projektu Wykonawczego Izby Przyjęć Konstancin (str. 18) wynika [stan projektowany], że kubatura brutto łącznika to 269,1 m3. Pakiet 2 dotyczył przebudowy budynku głównego szpitala w zakresie pomieszczeń na potrzeby Diagnostyki Obrazowej wraz z zapleczem socjalnym i zagospodarowaniem terenu w budynku Głównym Szpitala Mazowieckiego Centrum Rehabilitacji „Stocer" Sp. z o.o. przy ul. Wierzejewskiego 12, 05-510 Konstancin- Jeziorna. Jeżeli chodzi o kubaturę, to z Projektu Wykonawczego Diagnostyki obrazowej (str. 18) wynika [stan projektowany], że kubatura brutto obiektu to 2106,0 m3. Łącznie więc przebudowa mogła dotyczyć obiektu - i to nie jednego a dwóch - o kubaturze na poziomie około 2375 m3, a więc nie zostało spełnione wymaganie co wykazania przez Wykonawcę pełnienia kompleksowego nadzoru nad budową lub rozbudową lub odbudową lub nadbudową budynku wielokondygnacyjnego (min 2 kondygnacje nadziemne) dopuszczonego do użytkowania o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m3. Ponadto usługa realizowana przez Wykonawcę nie była całościowa, gdyż Wykonawca nie wykonywał wszystkich trzech zakresów, tylko dwa z nich, a mianowicie realizował: Zadanie 2, za cenę netto 32 000,00 zł, brutto 39 360,00 zł, czyli nadzór branży instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (zgodnie z rozstrzygnięciem z 10.05.2021 r.) oraz Zadanie 3, za cenę netto 24 000,00 zł, brutto 29 520,00 zł czyli nadzór branży instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (zgodnie z rozstrzygnięciem z 07.05.2021 r.). Zdaniem Odwołującego z powyższych dokumentów oraz SWZ dla tej inwestycji (Rozdział VII pkt 4 ppkt D2) nadzór był prowadzony za pośrednictwem dwóch branżowych specjalistów, a nie pięciu. W załączeniu: rozstrzygnięcie z 10.05.2021 na zad. Nr 2 Konstancin -Jeziorno rozstrzygnięcie z 07.05.2021 na zad. Nr 1; 3 Konstancin - Jeziorno sprostowanie Informacji z otwarcia ofert na Konstancin – Jeziorno. Na podstawie ww. informacji zdaniem Odwołującego można stwierdzić, że Wykonawca nie pełnił kompleksowej usługi nad realizacją zadania, na które powołuje się w wykazywanym zadaniu. Powyższe wskazuje, że Wykonawca nie posiada doświadczenia, na które się powołuje, a które pozytywnie ocenił Zamawiający. Mając powyższe na względzie, w odniesieniu do załączonych dokumentów, wskazać należy, że:

1) Wykonawca nie zajmował się nadzorem nad całością inwestycji wskazanej w Załączniku nr 12 do SWZ stanowiącym Wykaz usług;

2) Wykonawca nie pełnił kompleksowej funkcji Inwestora Zastępczego, gdyż nie był zobowiązany do wsparcia zamawiającego w przygotowaniu dokumentacji przetargowej na wyłonienie Generalnego Wykonawcy, Wykonawca nie sprawował nadzoru nad inwestycją za pośrednictwem 5 branżowych specjalistów;

3) wykazane zadanie nie było realizowane w ramach świadczenia kompleksowej usługi Inwestora Zastępczego. Wykonawca zobowiązany był do sprawowania samego nadzoru inwestorskiego i rozliczenia zadania - nie brał udziału w przygotowaniu dokumentacji przetargowej na wyłonienie Generalnego Wykonawcy;

4) zgodnie z 5 pkt 4 wzoru umowy: „Czynności wszystkich Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego będą koordynowane przez inspektora w specjalności konstrukcyjno - budowlanej. Oznacza to, że Wykonawca nie musiał koordynować pracy inspektorów ani dokonywać rozliczenia inwestycji, gdyż to zostało przekazane inspektorowi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej;

5) zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany był zapewnić specjalistów z czterech (4) branż: budowlanej. Sanitarnej, elektryczna i teletechniczna, natomiast w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie Zamawiający wymagał doświadczenia w nadzorze nad inwestycją za pośrednictwem 5 branżowych specjalistów;

6) Wykonawca w ramach nadzorowanych zadań pełnił nadzór w zakresie tylko 2 branż, tj. branży instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, oraz branży instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

7) kubatura obiektu nie przekroczyła 5000 m3;

8) ponadto inwestycja ta została wskazana w kryterium oceny ofert w doświadczeniu T.Z. oraz J. K., gdzie wymagania były tożsame z wymaganiami Rozdziału 6 pkt 1 ppkt 4 SWZ a różnica tylko dotyczyła pełnionych funkcji na tych zadaniach. Odwołujący - mając powyższe na względzie - stwierdził, że wyżej wymieniona inwestycja wskazana przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków tego postępowania nie spełnia wymagania SWZ w zakresie funkcji, rodzaju oraz parametru budynku.

Następnie Odwołujący wskazał, że jego zdaniem zachodzi przesłanka dająca Zamawiającemu prawo wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, bowiem Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd twierdząc, że spełnia warunki udziału postepowaniu, że posiada odpowiednie doświadczenie. Z informacji przedstawionych powyżej wynika, że przy realizacji inwestycji dotyczącej pełnienia funkcji inwestora zastępczego przy realizacji zadania pt. Rozbudowa, przebudowa i adaptacja pomieszczeń na potrzeby diagnostyki obrazowej, izby przyjęć i poradnio budynku szpitala przy ul. Wierzejewskiej 12 w Konstancinie-Jeziornie nie nabył doświadczenia, na które się powołuje. Dodatkowo mylące i wprowadzające w błąd są referencje przedłożone jako dowód należytego wykonania usługi. Zamawiający - Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER" Sp. z o.o. potwierdził w piśmie z dnia 07.06.2023 r., że Wykonawca w ramach zadania pn. Rozbudowa, przebudowa i adaptacja pomieszań na potrzeby diagnostyki obrazowej, izby przyjęć i poradni w budynku szpitala przy ul. Wierzejskiego 12 w Konstancinie - Jeziorna prowadził nadzór dla pomieszczeń o kubaturze 5 842,74 m3. Z referencji tych nie wynika, że kubatura dotyczyła budynku wielokondygnacyjnego, nie wiadomo, które z pomieszczeń miało jaką kubaturę, zwłaszcza, że Wykonawca realizował dwa z trzech zadań. Z opisu zadań oraz przedłożonych projektów wykonawczych wynika, że łączna kubatura obiektów mogła być na poziomie około 2375 m3. Nie jest więc możliwe, aby Wykonawca prowadził nadzór budynku wielokondygnacyjnego o kubaturze większej niż 5000 m3. Zamawiający nie mając świadomości, jak faktycznie przebiegał nadzór i jakie były warunki prowadzenia nadzoru w Konstancinie - Jeziorna niewłaściwe ocenił ofertę Wykonawcy oraz przedłożone przez niego referencje. W związku z tym, że ww. informacje miały istotny wpływ na decyzję podjętą przez Zamawiającego Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Powyższe uchybienie w ocenie Odwołującego powoduje, że jednocześnie Zamawiający naruszył art. 16 ustawy Pzp uznając, że Wykonawca posiada wystarczające doświadczenie, a które w rzeczywistości nie odpowiada opisowi warunków oferty i jej oceny, naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Do odwołania zostały załączone: OPZ Konstancin.pdf; Projekt umowy Konstancin.pdf; Projekt wykonawczy diagnostyka obrazowa.pdf; Projekt wykonawczy Izba Przyjęć.pdf referencje MZR STOCER 07.06.2023.pdf Rozstrzygnięcie II - I do postępowania na Konstancin.pdf; Rozstrzygnięcie zad. 2 Konstancin.pdf; Rozstrzygnięcie zad. 1; 3 Konstancin.pdf; Sprostowanie - Informacja z otwarcia ofert Konstancin.pdf; SWZ Konstancin.pdf

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający stwierdził m.in., że w dniu 26 września 2023 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo NBQ Sp. z o.o.podważające spełnienie przez Wykonawcę PROJECT MANAGEMENT INTERTECN sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu w zakresie usługi wskazanej w poz. 2 wykazu usług, co wiąże się także z brakiem doświadczenia przez osoby wskazane w wykazie osób, które uczestniczyły w wykonywaniu przedmiotowej usługi. W związku z powyższym Zamawiający wystąpił pismem z dnia 26 września 2023 r. do PROJECT MANAGENENT INTERTECNO sp. z o.o.prośbą o złożenie stosownych wyjaśnień i odniesienie się do pisma NBQ Sp. z o.o. W dniu 27 września 2023 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których ponownie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W szczególności została wyjaśniona kwestia kubatury budynków oraz zakresu wykonywanych prac.

Zamawiający stwierdził, że weryfikacja podmiotowa wykonawcy odbywa się na dwóch etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszy etap jest dokonywany w oparciu o aktualne na moment upływu terminu składania ofert oświadczenia wstępne (te wykonawca składa wraz z ofertą), które mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Drugi etap jest dokonywany przed zawarciem umowy, w oparciu o aktualne na dzień złożenia dokumenty składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Złożone środki dowodowe odpowiadały wymogom ustanowionym w SWZ oraz w przepisach ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Złożone wyjaśnienia dodatkowo potwierdzają informacje zawarte w złożonych środkach dowodowych. Tym samym nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że Wykonawca wykazał realizację usługi, która nie powinna być brana pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż w świetle złożonych oświadczeń, dokumentów, referencji i wyjaśnień, Wykonawca potwierdził

spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a zarzuty nr 1 i 3 wskazane w petitum odwołania są bezzasadne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że nie przewidział tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji nie miał podstaw do badania jej zaistnienia. Wobec powyższego Zamawiający nie mógł naruszyć wskazanego przepisu.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że stosownie do art. 555 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. W związku z tym zarzuty przedstawione dopiero na rozprawie, w tym dotyczący braku odrzucenia oferty PROJECT MANAGENENT INTERTECNO sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, n mogły być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Ad zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1, 2 ustawy Pzp

Stosownie do art. 239 ust. 1, 2 ustawy Pzp: 1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem*.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo dokonał wyboru oferty PROJECT MANAGENENT INTERTECNO s z o.o. jako najkorzystniejszej, przyznając jej maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert, ponieważ wykonawca ten jego zdaniem wskazał realizację inwestycji, która nie powinna być punktowana w ramach kryteriów oceny ofert.

W ocenie Zamawiającego natomiast dokonał on wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z SWZ.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że Odwołujący stawia zarzut dotyczący nienależnego, jego zdaniem, przyznania ofercie PROJECT MANAGENENT INTERTECNO sp. z o.o. punktów w kryterium oceny of Doświadczenie personelu kluczowego, a pomija postanowienia SWZ, które dotyczą kryteriów oceny ofert.

Tymczasem w rozdziale 16 ust. 4 pkt 2) lit a) – d) Zamawiający określił, że w kryterium doświadczenie personelu kluczowego (DPK) Wykonawca może otrzymać maksymalnie 40 pkt w tym za:

1)doświadczenie koordynatora zarządzającego zespołem inspektorów nadzoru (DKZ) - maksymalnie 10 pkt,

2)doświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno - budowlanej (IKB) - maksymalnie 10 pkt,

3)doświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (IS) - maksymalnie 10 pkt,

4)doświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (IE) - maksymalnie 10 pkt.

Ocena ofert w tym kryterium była dokonywana na podstawie informacji wskazanych przez wykonawców w Formularzu „Doświadczenie personelu kluczowego" (dalej także: „Formularz"), stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, gdzie wykonawca mógł wskazać z imienia i nazwiska osoby wyznaczone do pełnienia funkcji oraz w tabelach nr 1, 2, 3 i 4 podać dane dotyczące zadań *„(od rozpoczęcia zadania do jego zakończenia - przez cały okres wykonywania usługi), a każda świadczona usługa dotyczyła nadzoru inwestorskiego nad budową lub rozbudową lub przebudowa lub nadbudową budynku o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m^3."*, w których pełnili rolę:

1)koordynatora zarządzającego zespołem inspektorów,

2)inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno – budowlanej,

3)inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

4)inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Punkty przyznawane były za ukończone i odebrane usługi wykazane w ww. Formularzu (w tabeli nr 1, 2, 3 i 4).

Wykonawca PROJECT MANAGEMENT INTERTECNO Sp. z o.o. załączył do oferty oświadczenie w formie formularza *Doświadczenie personelu kluczowego* (dalej: „Formularz"), w którym oświadczył, że osoby wyznaczone do realizacji przedmiotowego zamówienia na stanowiskach: koordynatora zarządzającego zespołem inspektorów nadzoru, inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych i inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadają wymagane uprawnienia budowlane oraz doświadczenie. Jednocześnie odpowiednio w tabelach 1-4 wskazał doświadczenie tych osób, przedstawiając nazwy zadań wraz z lokalizacją, kubaturą budynku, terminem wykonania i nazwy podmiotu, na rzecz którego zostały wykonane.

Za skierowanie do pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego osoby posiadającej ww. uprawnienia budowlane i wykazanie jej doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego o ww. zakresie, *Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:*

- nadzór nad 1 robotą budowlaną - 1 pkt

- nadzór nad 2 robotami budowlanymi - 4 pkt

- nadzór nad 3 robotami budowlanymi - 7 pkt

- nadzór nad 4 robotami budowlanymi - 10 pkt

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający oceniając doświadczenie personelu kluczowego powziął wątpliwość czy usługi wskazane w formularzu wskazane w tabeli 1 poz. 1, w tabeli 2 poz. 1, w tabeli 3 poz. 4 i w tabeli 4 poz. 3 są zgodne z wymaganiami postawionymi w SWZ i pismem z 16 września 2023 r. wezwał Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Wykonawca pismem z 18 sierpnia 2023 r. oświadczył, że ww. usługi są zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Stosownie do postanowień SWZ Zamawiający przyznając punkty w kryterium doświadczenia personelu kluczowego mógł zgodnie rozdziałem 16 ust. 4 pkt 2 lit a) – d) SWZ opierał się na oświadczeniu Wykonawcy złożonym w Formularzu. Jak wynika z treści Formularza złożonego przez Wykonawcę, został on złożony w celu potwierdzenia doświadczenia osób, które zostaną skierowane do realizacji przedmiotowego zamówienia, o których mowa w ww. kryterium oceny ofert. W każdej tabeli zostały wskazane co najmniej cztery zadania. W związku z tym Zamawiający miał podstawę do przyznania Wykonawcy 40 punktów w kryterium doświadczenie personelu kluczowego.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby kwestionowana przez Odwołującego inwestycja w Konstancinie-Jeziorna pn. Przebudowa i modernizacja Mazowieckiego Centrum Rehabilitacji STOCER ul. Wierzejewskiego 12, 05-510 Konstancin Jeziorna, o kubaturze wskazanej w Formularzu, tj. 5 842 m3, nie mogła być brana pod uwagę, w zakresie punktacji w kryterium oceny ofert Doświadczenie personelu kluczowego w odniesieniu do pana T. Z. - inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych wskazana w tabeli 3. poz. 4. czy pana Jerzego Kurowskiego – inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wskazana w tabeli 4. poz. 3.

Argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest nieprzekonująca.

Po pierwsze, Odwołujący w odniesieniu do punktacji ofert, opiera swoje stanowisko nie na opisie kryterium oceny ofert, lecz na opisie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, którego opis różni się od opisu kryteriów oceny ofert. Wskazana przez Odwołującego odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 3 do SWZ dotyczące przebudowy, również dotyczy warunku udziału w postępowaniu. Nadto ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu była dokonywana na podstawie wykazu usług, stanowiącego załącznik nr 12 do SWZ, a więc odrębnego od oświadczenia składanego w Formularzu według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ dla potrzeb oceny oferty w kryterium oceny ofert Doświadczenie personelu kluczowego.

Po drugie, przedłożone przez Odwołującego materiały, pobrane ze strony internetowej Inwestora spornej

inwestycji w Konstancinie - Jeziorna, nie są wystarczające do podważenia oceny Zamawiającego w zakresie oceny oferty Wykonawcy w kryterium oceny ofert, dokonanej w oparciu o wymagane w SWZ podmiotowe środki dowodowe. Jak wskazał Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, dotyczą one projektów, a nie ostatecznego brzmienia umowy, a ocena powinna być dokonana w oparciu o rzeczywiste czynności wykonywane przez Wykonawcę. Odwołujący, pomimo, iż to na nim spoczywał ciężar dowodu, nie przedłożył dokumentów, z których w sposób nie budzący wątpliwości wynikałoby, że wskazany przez Wykonawcę personel nie pełnił wskazanej w Formularzu funkcji, a złożone przez Wykonawcę oświadczenia dotyczące kubatury nie miały oparcia w rzeczywistym stanie rzeczy.

Po trzecie, na potwierdzenie należytego wykonania usługi, Wykonawca załączył dokument, stanowiący oświadczenie wiedzy, wystawiony przez Mazowieckie Centrum Rehabilitacji STOCER Sp. z o.o., z którego wynika m.in., iż PROJECT MANAGEMENT INTERTECNO Sp. z o.o. pełniła funkcję Inwestora Zastępczego wraz z prowadzeniem wielobranżowego nadzoru inwestorskiego dla zadania pn. Rozbudowa, przebudowa i adaptacja pomieszczeń na potrzeby diagnostyki obrazowej, izby przyjęć i poradni w budynku szpitala przy ul. Wierzejewskiego 12 w Konstancinie-Jeziornie, że kubatura to 5.842,74 m/3.

Po czwarte, należy podzielić stanowisko Zamawiającego, że w świetle przepisów ustawy Pzp oświadczenie Wykonawcy zawarte w Wykazie usług stanowi podmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Natomiast referencje, stanowią dowód, że określone usługi zostały wykonane należycie i składane są przez wykonawców na tę właśnie okoliczność. Referencje nie muszą zawierać szczegółowych informacji co do zakresu zadania, którego dotyczą. Istotne jest, aby na ich podstawie można było ustalić, że dotyczą zadania wskazanego przez wykonawcę w Wykazie usług i potwierdzają jego należytą realizację.

Na koniec rozważań w zakresie pierwszego z zarzutów odwołania, zauważenia wymaga, że Odwołujący oczekuje nakazania Zamawiającemu ponownego przeliczenia punktów w omawianym kryterium oceny ofert i ich odjęcie za zadanie w Konstancinie-Jeziorna, pomijając przy tym, że nawet jeśliby ofercie Wykonawcy zostały odjęte punkty (w sumie 6 pkt) za ww. zadanie, to nie miałoby to wpływu na wynik postępowania. Nadal bowiem oferta Wykonawcy uzyskałaby najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert. Jak wynika bowiem z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty:

Najwyższą łączną liczbę punktów, uwzględniając kryteria oceny ofert i przypisaną im wagę, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, otrzymał Wykonawca, który złożył ofertę nr 1. Poniższa tabela wskazuje przyznaną liczbę punktów ofercie niepodlegającej odrzuceniu.

Nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację				
Nr oferty	*Nazwa (firma) lub nazwisko oraz adres wykonawcy*	*Liczba pkt w kryterium*		*Łączna liczba punktów*
		Cena brutto za realizację zamówienia	*Doświadczenie personelu kluczowego*	
1.	*PROJECT MANAGEMENT INTERTECNO Sp. z o.o. ul. Rakowiecka 36 02-532 Warszawa*	*60*	*40*	*100*
2.	*ZBM S.A. ul. Cybernetyki 19B 02-677 Warszawa*	*55,45*	*0*	*55,45*
3.	*BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. al. Jerozolimskie 155 lok. U3 02-326 Warszawa*	....		
4.	*NBQ Sp. z o.o. ul. Tadeusza Wendy 10C 70-655 Szczecin*	*41,41*	*28*	*69,41*

W związku z tym zarzut nr 1 odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut nr 2 odwołania dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) 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

Stosownie do art. 109 ust. 2 . *Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.*

Powyższe wskazuje, że przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 Pzp są fakultatywnymi przesłankami. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu ich zaistnienia pojawia się wówczas, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie i poinformuje o tym w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział zastosowania przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W związku z tym, jak słusznie zauważył Zamawiający, nie mógł on naruszyć tego przepisu.

Zarzut postawiony przez Odwołującego jest zatem nietrafiony.

Ad zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 16 ustawy Pzp

Art. 16 ustawy Pzp stanowi: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny*

Pomimo wskazania jako naruszonego całego ww. przepisu, zdaniem Odwołującego naruszenie tego przepisu nastąpiło na skutek naruszenia jego pkt 1, tj. poprzez zaniechanie i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, bowiem Zamawiający uznał, że Wykonawca posiada wystarczające doświadczenie, w sytuacji, gdy zdaniem Odwołującego nie odpowiada ono *opisowi warunków oferty i jej oceny*.

Odwołujący nie wykazuje, że Zamawiający np. w analogicznej sytuacji w sposób różny ocenił oferty złożone przez poszczególnych wykonawców. Zarzut ten pozostaje natomiast w związku z ww. zarzutami odwołania, które nie znalazły potwierdzenia.

W związku z tym również ten zarzut należy uznać za nieuzasadniony.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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) w wysokości określonej w złożonej przez Zamawiającego fakturze.

Przewodniczący: ……