

Sygn. akt: KIO 1772/23 KIO 1774/23

WYROK

z dnia 7 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Członkowie: Marek Bienias

Adriana Urbanik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2023 r. przez:

A.wykonawcę **SB Complex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Rzeszowie**(sygn. akt KIO 1772/23),

B.wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1774/23),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Miejską Przemyśl**
przy udziale:

A.wykonawcy **TEXOM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1772/23 i 1774/23,

B.wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1772/23

orzeka:

I.W sprawie KIO 1772/23

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SB Complex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Rzeszowie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SB Complex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Rzeszowie**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od **SB Complex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II.W sprawie KIO 1774/23

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 (t.j. Dz. U. z 2021 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.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 1772/23

KIO 1774/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Miejska Przemyśl (dalej: „Zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Kompleksu Basenów w Przemyślu”, nr postępowania: ZP.271.3.2023, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 10 marca 2023 r. pod numerem: 144630-2023-PL - 2023/S 050-144630.

Dnia 22 czerwca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie 513 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.; dalej jako: „Pzp”) odwołanie złożyli wykonawcy:

a)SB Complex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie – w sprawie o sygn. 1772/23,

b)ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. 1774/23.

W przypadku sprawy o sygn. 1772/23 odwołanie złożono wobec następujących czynności Zamawiającego:

1.czynności wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie pod adresem: Al. Pokoju 1, 31-548 Kraków (dalej: Texom) dokonanej poprzez opublikowanie przez Zamawiającego na Platformie Zakupowej „INFORMACJI O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY” w 12 czerwca 2023 r.;

2.czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego i dokonanej przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i przeprowadzenie przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez wadliwy wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, polegającym na nie przyznaniu Odwołującemu żadnej liczby punktów w Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej, Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) oraz Kryterium doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, pomimo faktu, że zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego w treści dokumentu pn. „WYKAZ OSÓB SKIEROWANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ DO REALIZACJI ZAMÓW PUBLICZNEGO SKŁADANY W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA BUDOWĘ KOMPLEKSU BASENÓW W PRZEMYŚLU” oraz zgodnie z treścią załączonych przez Odwołującego do oferty dokumentów bezspornie wynika, że Odwołujący spełnia wszelkie żądane przez Zamawiającego kryteria doświadczenia,

2)art. 116 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i przeprowadzenie przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert w sposób niewłaściwy w przedmiocie oceny zdolności zawodowych Odwołującego oraz niezgodny z treścią sekcji XXIII ust. 14 pkt 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) polegającym na nie przyznaniu Odwołującemu żadnej liczby punktów w Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej, Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) oraz Kryterium doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej z uwagi na bezzasadne przyjęcie przez Zamawiającego tezy, że „referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie, to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej” pomimo faktu, że zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego w treści dokumentu pn. „WYKAZ OSÓB SKIEROWANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ DO REALIZACJI ZAMÓW PUBLICZNEGO SKŁADANY W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA BUDOWĘ KOMPLEKSU BASENÓW W PRZEMYŚLU” oraz zgodnie z treścią załączonych przez Odwołującego do oferty dokumentów bezspornie wynika, że Odwołujący spełnia wszelkie żądane przez Zamawiającego kryteria doświadczenia,

3)art. 239 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i dokonanie przez Zamawiającego błędnej oceny oferty Odwołującego w Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej, Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) oraz Kryterium doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w których Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 punktów, podczas gdy w przytaczanych kryteriach oceny oferta Odwołującego powinna otrzymać maksymalną liczbę punktów tj. 20 punktów, z uwagi na fakt, że zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego w treści dokumentu pn. „WYKAZ OSÓB SKIEROWANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ DO REALIZACJI ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO SKŁADANY W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA BUDOWĘ KOMPLEKSU BASENÓW W PRZEMYŚLU” oraz zgodnie z treścią załączonych przez Odwołującego

oferty dokumentów bezspornie wynika, że Odwołujący spełnia wszelkie żądane przez Zamawiającego kryteria doświadczenia,

4)art. 240 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez ich niezastosowanie tj. Zamawiający dokonał badania i oceny oferty Odwołującego niezgodnie z kryteriami oceny określonymi w treści sekcji XXXVII i sekcji XXIII ust. 14 pkt 1) SWZ. Uzasadnienie badania oceny oferty złożonej przez Odwołującego bezsprzecznie wskazuje, że Zamawiający miał nieograniczoną swobodę w wyborze najkorzystniejszej oferty- całkowicie pomijając ww. kryteria oceny ofert vide Zamawiający nie przyznał Odwołującemu właściwej tj. maksymalnej ilości pkt z uwagi na to, że „referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie, to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej”- pomimo braku określenia tej kwestii w ww. postanowieniach SWZ, zgodnie z którymi oferta Odwołującego jawi się jako sporządzona w sposób właściwy która winna otrzymać w Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej, Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) oraz Kryterium doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej maksymalną liczbę punktów 20 pkt,

5)art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 oraz 240 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieprzejrzysty oraz nie zapewniający zachowania zasady równego traktowania wykonawców, z powodu dokonania oceny i badania oferty Zamawiającego w sposób sprzeczny z postanowieniami sekcji XXXVII i sekcji XXIII ust. 14 pkt 1) SWZ (Opis kryteriów ocen ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert),

6)art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 Pzp tj. poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z p.z.p. lub mającej na celu jej obejście co wyraża się w bezpodstawnym przyjęciu przez Zamawiającego pomimo braku uregulowania tej kwestii w treści SWZ, że „referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie, to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej”.

7)przepisów Tytułu XXXI k.c. w związku z art. 4 ust. 1 i ust 2 ustawy z dnia 06 marca 2018 r. Prawo Przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r. poz. 646) poprzez ich niezastosowanie i całkowite pominięcie Zamawiającego właściwej oceny referencji przedłożonych przez Odwołującego, pomimo, że Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą oraz wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej - co dowodzi, że referencje wystawione na Przedsiębiorcę (w tym wypadku JDG jak i Spółkę Cywilną) są właściwe, a Przedsiębiorcy mogą posługiwać się takimi referencjami.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania oraz o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w ramach którego oferta Odwołującego w Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej, Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) oraz Kryterium doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej otrzyma maksymalną liczbę punktów tj. 20 pkt.
- 2.dokonania wyboru oferty Odwołującego - SB Complex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie jako oferty najkorzystniejszej.
- 3.o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego wg norm prawem przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego. Zamawiający dokonując niezgodnych z przepisami Pzp czynności w przedmiocie badania i oceny oferty Odwołującego zaniżył liczbę pkt jaką winien otrzymać Odwołujący - którego oferta w ocenie Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą pod względem ceny. W związku z czym przypadku uwzględnienia odwołania i przeprowadzenia przez Zamawiającego ponownych czynności badania i oceny oferty Zamawiającego w sposób właściwy, jako najkorzystniejsza zostałaaby wybrana oferta Odwołującego. Brak wyboru oferty Odwołującego w zaistniałych okolicznościach skutkuje powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej, w tym dla wniesienia odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, tj. 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia, tj. przekazania w dniu 12 czerwca 2023 r. informacji o

wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w sekcji XXXVII. SPOSÓB OCENY OFERT SW Zamawiający określił sposób oceny ofert w przedmiocie oceny doświadczenia zawodowego w sposób następujący (pkt 6 przytaczanej sekcji):

„6. Zamawiający dokona oceny ofert w zakresie kryterium DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE (D) w następujący sposób:

1)doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej. Ilość opracowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, dokumentacji projektowych obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem:

a)2 dokumentacje - 0 pkt,

b)3 dokumentacje - 5 pkt,

c)4 dokumentacje lub więcej -10 pkt;

2)doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej). Ilość opracowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, dokumentacji projektowych obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m², z basenem o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem:

a)2 dokumentacje - 0 pkt,

b)3 dokumentacje - 5 pkt,

c)4 dokumentacje lub więcej -10 pkt;

3)doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Ilość pełnionych funkcji kierownika budowy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, na budowie obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m², z basenem o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem:

a) kierowanie 1 budową - 0 pkt,

b) kierowanie 2 budowami - 5 pkt,

c)kierowanie 3 budowami i więcej -10 pkt”

Dodatkowo w treści sekcji XXIII ust. 14 pkt. 1 określając kwestie dowodów w postaci referencji:

„14.Do oferty należy dołączyć:

1) w przypadku wpisania w ust. 4 w pkt 1 i/lub 2 i/lub 3 Formularza Oferty stanowiącego Załącznik Nr 1 do SWZ, że personel Wykonawcy posiada punktowane w kryteriach oceny ofert doświadczenie, do Oferty należy dołączyć dokumenty potwierdzające posiadane przez te osoby doświadczenie.

UWAGA: W przypadku niedołączenia do Oferty dowodów potwierdzających wskazane doświadczenie. Zamawiający nie przyzna punktów w odpowiednim kryterium oceny ofert.

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— oświadczenie Wykonawcy; (z treści dowodów musi wynikać jednoznacznie, iż postawione przez Zamawiającego warunki i wymagania zostały spełnione).

Osoby podane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym będą brały udział przy realizacji zamówienia.

Dokonując oceny oferty Odwołującego w przedmiocie Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej, Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) oraz Kryterium doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Zamawiający dokonał następującej oceny i uzasadnienia oferty Odwołującego:

a)w kryterium oceny ofert „CENA” oferta otrzymała 36.76 punktu, które zostały obliczone zgodnie ze wzorem określonym w ust. 1,

b)w kryterium oceny ofert okres gwarancji I rękojmi oferta otrzymała 10 punktów, gdyż Wykonawca zaoferował okres gwarancji wynoszący 84 miesiące i zgodnie ze wzorem określonym w ust. 2 właśnie taką liczbę punktów należało przyznać ofercie,

c)w kryterium oceny ofert „doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej” oferta otrzymała 0 punktów, gdyż Wykonawca zadeklarował, że projektant posiadający uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu

składania ofert wykonał 4 dokumentacje projektowe obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m2 z basenem o niecce ze stali nierdzewnej, lecz weryfikacja dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej W jednym przypadku nie potwierdziło tego doświadczenia, gdyż:

- z referencji wystawionych przez CZ.P.B.P. S. A wynika, że referencje te zostały wystawione dla Pracowni Architektonicznej M.S., co nie potwierdza doświadczenia osoby wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, gdyż referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie, to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej,

- z referencji wystawionych przez Projekt Kępno Sp. z o.o. wynika, że referencje te zostały wystawione dla Pracowni Architektonicznej P.D. & M.S., co nie potwierdza doświadczenia osoby wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, gdyż referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie,

to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej,

- z listu referencyjnego wystawionego przez Urząd Miasta w Ostrowie Wielkopolskim wynika, że referencje te zostały wystawione dla Pracowni Architektonicznej M.S., co nie potwierdza doświadczenia osoby wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, gdyż referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie,

to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej,

- z referencji wystawionych przez Urząd Miejski w Żywcu wynika, że referencje te zostały wystawione dla Pracowni Architektonicznej M.S., co nie potwierdza doświadczenia osoby wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, gdyż referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie, to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej.

Biorąc pod uwagę powyższe. Zamawiający nie przyznał punktów ofercie w tym kryterium oceny ofert,

d)w kryterium oceny ofert „doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej)” oferta otrzymała 0 punktów, gdyż Wykonawca zadeklarował. Ze projektant posiadający uprawnienia do projektowania w specjalności Instalacyjnej (sanitarnej), w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał 4 dokumentacje projektowe obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m2 z basenem o niecce ze stali nierdzewnej lecz weryfikacja dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności sanitarnej w czterech przypadkach nie potwierdziło tego doświadczenia, gdyż Wykonawca nie przedłożył wraz z ofertą żadnych dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie przez projektanta wskazanego w formularzu ofertowym,

e)w kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej” oferta otrzymała 0 punktów, gdyż Wykonawca zadeklarował, że kierownik budowy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, był 3 razy kierownikiem budowy na budowie obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m2 z basenem o niecce ze stali nierdzewnej lecz weryfikacja dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie kierownika budowy w czterech przypadkach nie potwierdziło tego doświadczenia, gdyż:

—z referencji wystawionych przez TARNOWSKIE TERMY Sp. z o.o. nie wynika o jakiej powierzchni użytkowej był basen

— zamawiający wymagał powierzchni użytkowej minimum 3200 m2 nie wynika również, że kierowana budowa miała w swoim zakresie basen o niecce ze stali nierdzewnej,

—z referencji wystawionych przez KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Sp. Komandytowo Akcyjna nie wynika o jaki powierzchni użytkowej był basen — zamawiający wymagał powierzchni użytkowej minimum 3200 m2 nie wynika również, że kierowana budowa miała w swoim zakresie basen o niecce ze stali nierdzewnej

Zgodnie ze sposobem przyznawania punktów w tym kryterium za posiadanie doświadczenia przy budowie 1 basenu oferta powinna otrzymać 0 punktów i w związku z tym Zamawiający nie przyznał punktów w tym kryterium oceny ofert.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując czynności z zakresu badania i oceny złożonej przez niego oferty naruszył przepisy Pzp, poprzez przyznanie ofercie Odwołującego 0 pkt w Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej, Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) oraz Kryterium doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający oceniając potencjał zawodowy wykonawców powinien badać jaki zakres prac został rzeczywiście wykonany przez danego wykonawcę, a w przypadku braku takich danych w treści referencji - ma

obowiązek zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień co do zakresu rzeczywiście wykonanych prac w ponadto Zamawiający może skorzystać z uprawnienia do wystąpienia do podmiotu, który wystawił takie referencje, z wnioskiem o przekazanie mu niezbędnych informacji dotyczących realizacji umowy, odnoszących się do zakresu i rodzaju prac wykonywanych przez poszczególnego Wykonawcę czy wskazywaną przez niego kadrę w postaci Projektantów lub Kierowników. Odwołujący zauważył również, że pan M.S. *jako projektant posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej*, prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą: PRACOWNIA ARCHITEKTONICZNA M.S. min. w zakresie architektury (PKD 71.11.Z,) oraz w zakresie inżynier związane z nią doradztwo techniczne (PKD 71.12.Z) - oraz posiada wszelkie wymagane przez przepisy powszechnie obowiązującego prawa oraz Zamawiającego uprawnienia. W związku z czym bezspornie wskazać należy, że z uwagi na fakt, iż Pana M.S. jest przedsiębiorcą to wszelkie referencje będą wystawiane na niego jako przedsiębiorcę - co stoi w całkowitej sprzeczności z czynnościami w zakresie badania i oceny oferty przeprowadzonymi przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, że powołując się na doświadczenie wskazanych przez niego Projektantów zdobyte w ramach spółki cywilnej - czyni zadość wszelkim wymaganiom stawianym poprzez uzyskanie *referencji* - gdyż Wspólnik Spółki Cywilnej za wykonanie danej realizacji w całości ponosił solidarną odpowiedzialność. Oznacza to, iż każdy ze wspólników spółki cywilnej może posługiwać się referencjami wystawionymi na tę spółkę.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z treścią załączonych do odwołania załączników- wynika, że wskazywani przez Odwołującego w toku trwania postępowania przetargowego - wskazani przez Odwołującego w treści *formularza ofertowego* oraz „Wykazu..”- projektant posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej: w osobie Pana M.S.- opracował 4 (wpisać liczbę) dokumentacji projektowych obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej oraz, że projektant posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej): Pan M.C. - opracował 4 dokumentacji projektowych obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej i, że kierownik budowy posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej- Pan Ł.T. - pełnił funkcję kierownika budowy 3 na budowie obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 5 lipca 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołania podnosił, że nie naruszył przepisu art. 16 ust. 1 Pzp, gdyż wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu potraktował w sposób równy. Punkty, każdemu z wykonawców zostały przyznane w ten sam sposób na podstawie tych samych kryteriów oceny ofert oraz z zastosowaniem tego samego sposobu przyznawania punktów określonego w SWZ. Zamawiający faktycznie nie przyznał żadnej liczby punktów w *Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej*, *Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej)* oraz *Kryterium doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej*. Zamawiający wyjaśnia, że nie jest i nie był w posiadaniu złożonego przez Odwołującego załącznika o nazwie „**WYKAZ OSÓB SKIEROWANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ DO REALIZACJI ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO SKŁADANY W POSTĘPOWANIU O UDZIAŁ W ZAMÓWIENIU PUBLICZNEGO NA BUDOWĘ KOMPLEKSU BASENÓW W PRZEMYSŁU**” to dokument podmiotowy składany na wezwanie Zamawiającego, który ma potwierdzić spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie złożył tego dokumentu ani wraz z ofertą ani później, gdyż Zamawiający nie wymagał od Odwołującego złożenia takowego dokumentu, ze względu na to, iż oferta Odwołującego nie otrzymała najwyższej liczby punktów na podstawie kryteriów oceny ofert obowiązujących w postępowaniu. Odwołujący złożył wraz z ofertą między innymi następujące dokumenty:

- a)Ref1_Mariusz Szcz u raszek, Maciej Cyba_Czestochowa.pdf,
- b)Ref2_Mariusz Szczuraszek, Maciej Cyba_Kępno.pdf,
- c)Ref3_Mariusz Szczuraszek, Maciej Cyba_Ostrow.pdf,
- d)Ref4_MariuszSzczuraszek, Maciej Cyba_2ywiec.pdf,
- e)Ref5_KB_Świnoujście.pdf,
- f)Ref6_KB_Termy_Tamowskie.pdf,
- g)Ref7_KB_Koszalin.pdf,
- h)Ref8_KS_Bogdan Tamawski.pdf.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący całkowicie pomija fakt, iż Zamawiający w Rozdziale XXIII, w ust. 14 pkt 1 zawarł następującą informację:

„1) w przypadku wpisania w ust. 4 w pkt 1 i/lub 2 i/lub 3 Formularza Oferty stanowiącego Załącznik Nr 1 do SWZ, że

personel Wykonawcy posiada punktowane w kryteriach oceny ofert doświadczenie, do Oferty należy dołączyć dokumenty potwierdzające posiadane przez te osoby doświadczenie.

UWAGA: W przypadku niedołączenia do Oferty dowodów potwierdzających wskazane doświadczenie, Zamawiający nie przyzna punktów w odpowiednim kryterium oceny ofert.

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 - oświadczenie Wykonawcy; (z treści dowodów musi wynikać jednoznacznie, iż postawione przez Zamawiającego warunki i wymagania zostały spełnione)."

W toku prowadzonego postępowania, żaden z wykonawców nie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie interpretacji ust. 14 pkt 1 w Rozdziale XXIII. Oznacza to, że wykonawcy zrozumieli treść omawianej informacji podanej dodatkowo drukiem pogrubionym. Wykonawcy doskonale zdawali sobie sprawę jakie będą konsekwencje niedołączenia do oferty dokumentów potwierdzających wskazanych w ofercie punktowanych kwalifikacji personelu wykonawcy. Tekst wpisany przez Zamawiającego pogrubioną czcionką ma zasadnicze znaczenie, gdyż wynika z niego nie tylko, iż Zamawiający nie przyzna punktów w przypadku, gdy wykonawca nie dołączy do oferty referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy ale wynika z niego również to, że zamawiający nie przyzna punktów również wtedy, gdy przedstawione dokumenty nie będą potwierdzały posiadanego doświadczenia. Zamawiający wskazał, że dokumenty postępowania jasno określają jakie przymioty winien mieć konkretny kierownik lub projektant, aby oferta wykonawcy otrzymała dodatkowe punkty wynikające z kryteriów oceny ofert. Zamawiający dał dużą swobodę wykonawcom przy przedstawianiu środków dowodowych potwierdzających deklaracje wykonawców zapisane w formularzu oferty. Wykonawcy (w tym Odwołujący) mieli możliwość złożenia referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie był w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. Zamawiający tak kształtując zapisy dotyczące środków dowodowych w kryteriach oceny ofert otworzył się na Wykonawców, „poszedł im na rękę” dopuszczając różne środki dowodowe.

Zamawiający wskazał również odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów Tytułu XXXI k.c. w związku z art. 4 ust. 1 i ust 2 ustawy z dnia 06 marca 2018 r. Prawo Przedsiębiorców, że osoba fizyczna prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą (np. w branży projektowej) może zlecić wykonanie zamówienia innemu projektantowi posiadającemu odpowiednie doświadczenie lub/i kwalifikacje niezbędne do zrealizowania zamówienia w tym celu podpisując z faktycznym wykonawcą umowę cywilno-prawną. W takiej sytuacji autorem projektu będzie „architekt X”, który wykonał dzieło na rzecz firmy projektanta, który prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą. W sytuacji, gdy prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą np. „Pracownia Architektoniczna Y” wystąpi o wystawienie referencji dla wykonawcy projektu - zamawiający ma podpisaną umowę z „Pracownią Architektoniczną Y” wówczas referencje zostaną wystawione na „Pracownię Architektoniczną Y”. Z informacji widniejących na projekcie będzie wynikało, że projekt wykonał „architekt X”, zaś z referencji będzie wynikało, że projekt wykonała „Pracownia Architektoniczna Y”. Czy osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą może się powoływać na doświadczenie „Pracowni Architektonicznej Y”? W ocenie Zamawiającego nie może, bo warunek odnosił się do osoby, konkretnej osoby fizycznej. Oczywiście osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą „Pracownia Architektoniczna Y” mogłaby powołać się na doświadczenie „Pracowni Architektonicznej Y”, gdyby chodziło o doświadczenie „Pracowni Architektonicznej Y”, a nie doświadczenie właściciela tejże pracowni architektonicznej.

Zamawiający wskazał także, że wspólnicy spółki cywilnej prowadzący wspólnie pracownię architektoniczną mogą (każdy z osobna) powoływać się na doświadczenie spółki cywilnej w sytuacji, gdy warunkiem jest doświadczenie spółki cywilnej. W niniejszym przypadku Zamawiający punktował doświadczenie „wspólników spółki cywilnej” nie zaś doświadczenie spółki cywilnej. W niniejszym przypadku każdy ze wspólników spółki cywilnej może się powoływać na swoje doświadczenie, które zostało nabyte w ramach tej spółki. Musi to być jednak doświadczenie konkretnej osoby, nie zaś doświadczenie spółki cywilnej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń,

a także stanowisk Stron postępowania i uczestników postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołań wynika z faktu, iż brak wyboru oferty Odwołującego w zaistniałych okolicznościach skutkuje powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie zgłosili wykonawcy:

1. TEXOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie,
2. ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

Strony nie zgłosiły opozycji przeciw przystąpieniu wyżej wymienionych wykonawców do postępowania odwoławczego. Izba postanowiła dopuścić TEXOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, pisma procesowego złożonego przez TEXOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz odpowiedzi na odwołanie.

Izba postanowiła nie dopuścić dowodów z dokumentów stanowiących załączniki do odwołania oraz dowodów przedłożonych przez przystępującego ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie z uwagi na to, że Zamawiający dokonując oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nie był w ich posiadaniu. Nie można w związku z tym zarzucać Zamawiającemu naruszenia przepisów Pzp odnosząc się do dokumentów, których treść była Zamawiającemu nieznana. Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestników postępowania i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający Gmina Miejska Przemyśl, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Kompleksu Basenów w Przemyślu”, nr postępowania: ZP.271.3.2023 W dniu 12 czerwca Zamawiający przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający dokonując czynności z zakresu badania i oceny złożonej przez Odwołującego oferty przyznał ofercie Odwołującego 0 pkt w Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej, Kryterium doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) oraz Kryterium doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

W kryterium oceny ofert „**doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej**” oferta Odwołującego otrzymała 0 punktów, gdyż Wykonawca zadeklarował, że projektant posiadający uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał 4 dokumentacje projektowe obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej, lecz weryfikacja dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej w jednym przypadku nie potwierdziło tego doświadczenia, gdyż:

- z referencji wystawionych przez CZ.P.B.P. S. A. wynika, że referencje te zostały wystawione dla Pracowni Architektonicznej M.S., co nie potwierdza doświadczenia osoby wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, gdyż referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie, to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej,
- z referencji wystawionych przez Projekt Kępno Sp. z o.o. wynika, że referencje te zostały wystawione dla Pracowni Architektonicznej P.D. & M.S., co nie potwierdza doświadczenia osoby wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, gdyż referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie, to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej,
- z listu referencyjnego wystawionego przez Urząd Miasta w Ostrowie Wielkopolskim wynika, że referencje te zostały wystawione dla Pracowni Architektonicznej M.S., co nie potwierdza doświadczenia osoby wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, gdyż referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie, to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej,
- z referencji wystawionych przez Urząd Miejski w Żywcu wynika, że referencje te zostały wystawione dla Pracowni Architektonicznej M.S., co nie potwierdza doświadczenia osoby wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, gdyż referencje powinny być wystawione imiennie na osobę wskazaną przez Wykonawcę w formularzu ofertowym lub gdy nie są wystawione imiennie, to z referencji powinno wynikać kto był autorem projektu branży architektonicznej,

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nie przyznał punktów ofercie Odwołującego w tym kryterium oceny ofert.

W kryterium oceny ofert „**doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania**

w specjalności instalacyjnej (sanitarnej)” oferta Odwołującego otrzymała 0 punktów, gdyż Wykonawca zadeklarował, że projektant posiadający uprawnienia do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej), w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał 4 dokumentacje projektowe obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej lecz weryfikacja dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności sanitarnej w czterech przypadkach nie potwierdziło tego doświadczenia, gdyż Wykonawca nie przedłożył wraz z ofertą żadnych dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie przez projektanta wskazanego w formularzu ofertowym.

W kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej” oferta Odwołującego otrzymała 0 punktów, gdyż Wykonawca zadeklarował, że kierownik budowy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, był 3 razy kierownikiem budowy na budowie obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej lecz weryfikacja dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie kierownika budowy w czterech przypadkach nie potwierdziło tego doświadczenia, gdyż:

- z referencji wystawionych przez TARNOWSKIE TERMY Sp. z o.o. nie wynika jakiej powierzchni użytkowej był basen – zamawiający wymagał powierzchni użytkowej minimum 3200 m² nie wynika również, że kierowana budowa miała w swoim zakresie basen o niecce ze stali nierdzewnej,
- z referencji wystawionych przez KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o., Sp. Komandytowo Akcyjna nie wynika jakiej powierzchni użytkowej był basen – zamawiający wymagał powierzchni użytkowej minimum 3200 m² nie wynika również, że kierowana budowa miała w swoim zakresie basen o niecce ze stali nierdzewnej

Zgodnie ze sposobem przyznawania punktów w tym kryterium za posiadanie doświadczenia przy budowie 1 basenu oferta powinna otrzymać 0 punktów i w związku z tym Zamawiający nie przyznał punktów w tym kryterium oceny ofert ofercie Odwołującego.

Izba nie podziela zarzutów podniesionych w odwołaniu. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie badaniu przez Izbę podlegają czynności Zamawiającego polegające na ocenie przedstawionych przez Odwołującego dokumentów mających potwierdzić doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej, doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej) oraz doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie spełnił wymogów pozwalających Zamawiającemu na przyznanie ofercie Odwołującego punktów w kryterium doświadczenia wskazanych wyżej projektantów oraz kierownika budowy.

W ocenie Izby nie sposób dopatrzeć się w działaniach Zamawiającego naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 oraz 240 Pzp. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że Zamawiający wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu traktował w sposób równy, przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji. Punkty, każdemu z wykonawców zostały przyznane w ten sam sposób, na podstawie tych samych kryteriów oceny ofert oraz z zastosowaniem tego samego sposobu przyznawania punktów określonego w SWZ. Postępowanie zdaniem Izby prowadzone było w sposób przejrzysty i zgodny z postanowieniami SWZ. Zamawiający w Rozdziale XXIII w ust. 14 pkt 1 jednoznacznie określił, że jeżeli personel wykonawcy posiada punktowane w kryteriach oceny ofert doświadczenie, to do oferty należy dołączyć dokumenty potwierdzające posiadane przez te osoby doświadczenie. W oparciu o to postanowienie, które jak słusznie zauważył Zamawiający, nie budziło wątpliwości wykonawców, gdyż nie wpłynęło żadne pytanie odnośnie wskazanego postanowienia SWZ, Zamawiający dokonał oceny. Odwołujący podnosi, że Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert naruszył podstawowe zasady Pzp. Nie wskazał jednak, na czym nierówne traktowanie wykonawców, nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji czy prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty miałyby polegać. Zamawiający nie przyznając Odwołującemu punktów w spornych kryteriach działał w oparciu o postanowienia SWZ. Nie była to zdaniem Izby kwestia w jakimkolwiek stopniu ocenna, dokonana według uznania Zamawiającego. To Odwołujący, znając treść SWZ złożył ofertę, do której nie załączył dokumentów wymaganych przez Zamawiającego do wykazania, że wskazane w ofercie osoby legitymują się doświadczeniem w wymaganych dziedzinach. Izba zgadza się z Zamawiającym, że dał on szerokie możliwości udokumentowania doświadczenia. W przypadku trudności w uzyskaniu stosownych referencji, wystarczającym dla spełnienia warunków było przedstawienie oświadczenia wykonawcy. Odwołujący takich oświadczeń nie przedłożył. Jak wynika z dokumentacji postępowania wszyscy pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu w przypadku nie posiadania referencji posłużyli się złożonymi oświadczeniami. Zamawiający zgodnie z treścią SWZ uznawał je i przyznawał stosowną liczbę punktów. Odwołujący nie może w związku z tym zarzucać Zamawiającemu naruszenia podstawowych zasad Pzp, podczas gdy sam doprowadził do sytuacji, w której punkty za doświadczenie projektantów

oraz kierownika budowy nie zostały mu przyznane.

Odnosząc się do pozostałych podniesionych w odwołaniu zarzutów, Izba wskazuje, że Zamawiający słusznie uznał, że Odwołujący nie wykazał, że wskazany przez niego projektant oraz kierownik budowy nie spełniają wymogów określonych przez Zamawiającego w SWZ. Z Rozdziału XXXVII ust. 6 SWZ wynika, że:

„6. Zamawiający dokona oceny ofert w zakresie kryterium DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE (D) w następujący sposób:

1)doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej. Ilość opracowanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, dokumentacji projektowych obiektu

krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem

2)doświadczenie projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej (sanitarnej). Ilość opracowanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, dokumentacji

projektowych obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem:

3)doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Ilość pełnionych funkcji kierownika budowy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na budowie obiektu krytej pływalni o powierzchni użytkowej minimum 3200 m² z basenem o niecce ze stali nierdzewnej z ruchomym dnem:”

Aby oferta otrzymała dodatkowe punkty projektant posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej musiał posiadać następujące przymioty:

a)posiadać uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej,

b)opracowania brane pod uwagę miały być wykonane w ciągu ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert,

c)zaprojektowane obiekty miały to być projektami obiektu krytej pływalni,

d)zaprojektowany obiekt pływalni miał mieć co najmniej 3.200 m²,

e)w obiekcie, o którym mowa w lit. d miał się znajdować basen o niecce ze stali nierdzewnej,

f)basen, o którym mowa w lit. e miał posiadać ruchome dno.

Dokładnie takie same przymioty, za wyjątkiem specjalności oraz przedmiotu (kierowanie budową/wykonanie dokumentacji) musiały posiadać pozostałe osoby, a z dokumentów dołączonych do oferty miało wynikać, iż osoby wskazane przez wykonawcę (w tym Odwołującego) posiadają przymioty, o których mowa wyżej.

W cytowanym postanowieniu SWZ wskazano wyraźnie, że doświadczenie ma dotyczyć osoby. Odwołujący jako profesjonalista w obrocie powinien zdawać sobie sprawę, że osoby dedykowane do realizacji zamówienia lub na których doświadczenie wykonawca się powołuje, to nie są podmioty gospodarcze. Izba podziela stanowisko przystępującego TEXOM Sp. z o.o., że z referencji przedstawionych przez Odwołującego nie wynika, że wymagane prace wykonywał pan M.S., ponieważ w ramach prowadzonej działalności gospodarczej mógł on zatrudniać inne osoby, które je wykonały. Izba zgadza się z Odwołującym, że skoro pan M.S. wykonał zamówienie w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, to posiadał takie referencje. Z referencji tych jednak nie wynika osobiste wykonanie prac na rzecz podmiotów, które wystawiły referencje. W tym celu Zamawiający wprowadził możliwość przedłożenia oświadczenia wykonawcy, które byłoby dokumentem wystarczającym, a nawet zastępującym referencje. W ocenie Izby świadczy to o niezwykle liberalnym podejściu Zamawiającego do oceny spornych kryteriów. Analogicznie wygląda kwestia dokonania przez Zamawiającego oceny referencji przedstawionych przez Odwołującego, a dotyczących prac wykonywanych w ramach spółki cywilnej. Jak słusznie wskazał Zamawiający wspólnicy spółki cywilnej prowadzący wspólnie pracownię architektoniczną mogą (każdy z osobna) powoływać się na doświadczenie spółki cywilnej w sytuacji, gdy warunkiem jest doświadczenie spółki cywilnej. W niniejszym postępowaniu Zamawiający punktował jednak doświadczenie osób tj. „wspólników spółki cywilnej” nie zaś doświadczenie spółki cywilnej. W związku z tym każdy ze wspólników spółki cywilnej może się powoływać na swoje doświadczenie, które zostało nabyte w ramach tej spółki. Musi to być jednak doświadczenie konkretnej osoby, nie zaś doświadczenie spółki cywilnej. Również w tym przypadku wystarczającym byłoby przedstawienie oświadczenia Odwołującego potwierdzającego wykonanie robót przez osobę wskazaną w ofercie. Na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący przedstawił dokumenty, które mogłyby skutkować przyznaniem mu spornych punktów w kryteriach dotyczących doświadczenia projektantów i kierownika budowy, jednak uczynił to dopiero na etapie postępowania odwoławczego, w związku z tym należy je uznać za spóźnione. Świadczy to jednak o tym, że Odwołujący był lub z łatwością mógł się znaleźć w posiadaniu dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że Zamawiający dokonywał oceny złożonych ofert w oparciu o posiadane dokumenty, a Odwołujący jako podmiot profesjonalny powinien zastosować się do zasad postępowania ustalonych przez Zamawiającego w SWZ.

W przypadku sprawy o sygn. 1774/23 odwołanie złożono wobec:

1)czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. dokonanej pismem Zamawiającego z 12 czerwca 2023 r. (Znak sprawy: ZP.271.3.2023);

2)czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby 5 pkt. w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej oraz od zaniechania czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby 10 pkt w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej;

3)czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert łącznie liczby 84,78 pkt. oraz od zaniechania czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert łącznie liczby 89,78 pkt.;

4)zaniechania czynności wezwania Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej;

5)zaniechania czynności wezwania Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej;

6)zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o.

Odwolujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1)w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. dokonanej pismem Zamawiającego z 12 czerwca 2023 r. (Znak sprawy: ZP.271.3.2023):

a)naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp (ewentualnie art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp) poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. w sytuacji, gdy Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert przyznano liczbę 5 pkt. zamiast 10 pkt. w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej i łącznie liczbę 84,78 pkt. zamiast 89,78 pkt. w ramach oceny ofert, tj. liczby punktów niższe niż wynikające z ustalonych w postępowaniu zasad i kryteriów oceny ofert, przez co oferta Wykonawcy ERBUD S.A. nie otrzymała liczby punktów najwyższej ze wszystkich złożonych ofert i nie została wybrana jako najkorzystniejsza;

b)naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. mimo tego, że Wykonawca TEXOM Sp. z o.o. nie został wezwany do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do obowiązku, który polega na tym, że wykonawca zapewni „co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub posiadającą ważne uprawnienia w ograniczonym zakresie, o ile zakres uprawnień obejmuje zakres wymagany do realizacji przedmiotu zamówienia i posiadającą aktualne zaświadczenie przynależności do właściwej Izby samorządu zawodowego, która pełniła funkcję na stanowisku kierownika budowy w realizacji minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej w tym 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie basenu z technologią uzdatniania wody z niecką ze stali nierdzewnej, o powierzchni użytkowej budynków minimum 3.200 m2 każdej roboty”;

c)naruszenie art. 128 ust. 4 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. mimo tego, że Wykonawca TEXOM Sp. z o.o. nie został wezwany do udzielenia wyjaśnień co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do obowiązku, który polega na tym, że wykonawca zapewni „co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub posiadającą ważne uprawnienia w ograniczonym zakresie, o ile zakres uprawnień obejmuje zakres wymagany do realizacji przedmiotu zamówienia i posiadającą aktualne zaświadczenie przynależności do właściwej Izby samorządu zawodowego, która pełniła funkcję na stanowisku kierownika budowy w realizacji minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej w tym 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie basenu z technologią uzdatniania wody z niecką ze stali nierdzewnej, o powierzchni użytkowej budynków minimum 3.200 m2 każdej roboty

d)naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. mimo zasadności jej odrzucenia z tego względu, że Wykonawca TEXOM Sp. z o.o. nie wykaza spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej;

e)naruszenie art. 239 ust 1 Pzp, art. 16 pkt 1 Pzp, art. 16 pkt 2 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. mimo naruszeń wskazanych powyżej w ppkt a)-d);

2)w odniesieniu do czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby 5 pkt. w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej oraz zaniechania czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby 10 pkt. w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do

kierowania robotami w specjalności Instalacyjnej sanitarnej;

a) naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp (ewentualnie art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp) poprzez przyznanie Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby 5 pkt zamiast 10 pkt. w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej i w konsekwencji naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp (ewentualnie art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp) poprzez przyznanie Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert łącznie liczby 84,78 pkt. zamiast 89,78 pkt., tj. liczb punktów niższych niż wynikające z ustalonych w postępowaniu zasad i kryteriów oceny ofert, przez co oferta Wykonawcy ERBUD S.A. nie otrzymała liczby punktów najwyższej ze wszystkich złożonych ofert i nie została wybrana jako najkorzystniejsza;

3)w odniesieniu do czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert łącznie liczby 84,78 pkt. oraz zaniechania czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert łącznie liczby 89,78 pkt.: a) naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp (ewentualnie art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp) poprzez przyznanie Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby łącznie liczby 84,78 pkt. zamiast 89,78 pkt., tj. liczby punktów niższej niż wynikająca z ustalonych w postępowaniu zasad i kryteriów oceny ofert, przez co oferta Wykonawcy ERBUD S.A. nie otrzymała liczby punktów najwyższej ze wszystkich złożonych ofert i nie została wybrana jako najkorzystniejsza:

4)w odniesieniu do zaniechania czynności wezwania Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej:

a) naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do obowiązku, który polega na tym, że wykonawca zapewni „co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub posiadającą ważne uprawnienia w ograniczonym zakresie, o ile zakres uprawnień obejmuje zakres wymagany do realizacji przedmiotu zamówienia i posiadającą aktualne zaświadczenie przynależności do właściwej Izby samorządu zawodowego, która pełni funkcję na stanowisku kierownika budowy w realizacji minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej w tym 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie basenu z technologią uzdatniania wody z nieką ze stali nierdzewnej, o powierzchni użytkowej budynków minimum 3.200 m2 każdej roboty

5)w odniesieniu do zaniechania czynności wezwania Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej:

a) naruszenie art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do obowiązku, który polega na tym, że wykonawca zapewni „co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub posiadającą ważne uprawnienia w ograniczonym zakresie, o ile zakres uprawnień obejmuje zakres wymagany do realizacji przedmiotu zamówienia i posiadającą aktualne zaświadczenie przynależności do właściwej Izby samorządu zawodowego, która pełni funkcję na stanowisku kierownika budowy w realizacji minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej w tym 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie basenu z technologią uzdatniania wody z nieką ze stali nierdzewnej, o powierzchni użytkowej budynków minimum 3.200 m2 każdej roboty

6)w odniesieniu do zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o.:

a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. mimo, że wskazany Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o.;

2)dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;

3)przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert w szczególności liczby 10 pkt. w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej;

4)przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert łącznie liczby 89,78 pkt.;

5)odrzucenia oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o., ewentualnie

wezwania Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia konkretnych warunków

udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej i odrzucenia oferty tego Wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu, ewentualnie wezwania Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) w celu wykazania spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej i odrzucenia oferty tego Wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu;

6) dokonania wyboru oferty Wykonawcy ERBUD S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z warunkami zamówienia postawionymi przez Zamawiającego i z treścią SWZ. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Oferta złożona przez Odwołującego powinna otrzymać najwyższą liczbę punktów w ramach oceny ofert ze wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu. Pomimo tego Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o., chociaż oferta wskazanego Wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi w szczególności na to, że: Wykonawca TEXOM Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a przynajmniej we wskazanych kwestiach powinny zostać przeprowadzone stosowne czynności wyjaśniające (ewentualnie uzupełniające/poprawiające) i wystosowane odpowiednie wezwania, po których powinno nastąpić odrzucenie oferty. Nadto w ramach oceny ofert Odwołujący otrzymał zbyt niską liczbę punktów w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej i w konsekwencji zbyt niską liczbę łączną punktów. W konsekwencji to oferta złożona przez Odwołującego powinna otrzymać najwyższą ze wszystkich ofert łączną liczbę punktów w ramach oceny ofert. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego byłaby potencjalnie wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący nie byłby zatem narażony na poniesienie ewentualnych negatywnych skutków niezasadnego i bezpodstawnego wyboru oferty innego wykonawcy, co potencjalnie skutkować może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. Uwzględnienie odwołania pozwoli Odwołującemu uzyskać przedmiotowe zamówienie i wynikające z niego korzyści. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, w tym dla wniesienia odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, tj. 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia, tj. przekazania w dniu 12 czerwca 2023 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w ramach oceny ofert została mu przyznana liczba jedynie 5 pkt. w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej (Pan G.C.), a w konsekwencji łącznie Odwołujący otrzymał liczbę jedynie 84,78 pkt. Odwołujący w ramach wskazanego kryterium oceny ofert powinien jednak otrzymać 10 pkt. w odniesieniu do wskazanej osoby w ramach wskazanego kryterium oceny ofert, a zatem łącznie w ramach oceny ofert Odwołujący powinien otrzymać liczbę 89,78 pkt.

Jak wskazał Odwołujący istotne jest to, że liczba punktów w ramach wskazanego kryterium oceny ofert uzależniona jest jedynie od liczby pełnionych funkcji kierownika robót, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na budowie obiektu krytej pływalni z technologią uzdatniania wody z niecką stali nierdzewnej (Rozdział XXXVII ust. 6 pkt 4 SWZ po zmianach). Przyznawanie punktów w ramach wskazanego kryterium w szczególności nie zostało natomiast powiązane ani z koniecznością pełnienia funkcji przez kierownika robót przez cały okres trwania wskazanego zadania referencyjnego, ani też z przedmiotem robót z branży sanitarnej realizowanych w ramach wskazanego zadania inwestycyjnego pod kierownictwem danego kierownika robót.

Zamawiający natomiast, dokonując oceny ofert, w ocenie Odwołującego w sposób nieuprawniony przyjął, że osoba wskazana przez Odwołującego do funkcji kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej (Pan G.C.) nie powinna otrzymać punktów w odniesieniu do inwestycji referencyjnej „Budowa Centrum Sportów Wodnych w Chelmie”. Zamawiający dokonując takiej oceny w sposób nieuprawniony przyjął, że przyjęty przez niego zapis SWZ pozwala wywodzić, że punktowane doświadczenie wskazanej

osoby powinno odnosić się w szczególności wyłącznie do tzw. „sieci wewnętrznych instalacji sanitarnych” obiektu basenu realizowanych w związku z wykonywaniem danego zadania inwestycyjnego, a z wyłączeniem realizowanych w ramach danego zadania inwestycyjnego elementów sieci zewnętrznych instalacji sanitarnych związanych np. z przyłączeniem wykonywanego obiektu do sieci publicznych. Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach realizacji zadania inwestycyjnego instalacje sanitarne danego obiektu są także podłączane do sieci publicznych i na te potrzeby część sieci instalacji dot. danego obiektu jest realizowana na zewnątrz samego budynku czy obiektu. Nie ma przy tym jednak żadnych podstaw merytorycznych ani faktycznych, aby wykonywanie robót w tym zakresie nie mogło być zaliczone na potrzeby punktowanego doświadczenia kierownika tych robót. Wskazane roboty dotyczą bowiem wykonywania instalacji sanitarnych w ramach danego obiektu i zadania inwestycyjnego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zapisy SWZ nie dają Zamawiającemu podstaw do dokonywania takiej interpretacji na etapie punktowania i oceny ofert. Zamawiający w szczególności zdaniem Odwołującego nie przewidział, że na potrzeby przyznawania punktów za doświadczenie wskazanej osoby będzie chciał oceniać tylko konkretnie wybrane elementy (zakresy) robót sanitarnych, którymi kierował kierownik robót z branży sanitarnej (niezależnie od tego, że takie „wydzielenie” robót do oceny nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego ani prawnego). Nadto Zamawiający nie może w ocenie Odwołującego przy tym na etapie oceny ofert ani w ramach oceny ofert modyfikować przyjętych wcześniej zasad oceny ofert i przyznawania punktów. Ustalona treść warunków przetargowych (w szczególności SWZ) nie daje Zamawiającemu podstaw do prezentowania przez niego aktualnego stanowiska i pozbawienia punktów Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią SWZ Zamawiający wymagał (rozdział XXIX pkt 5) ppkt e) SWZ po zmianach) aby wykonawca składający ofertę zapewnił „co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy; posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub posiadającą ważne uprawnienia w ograniczonym zakresie, o ile zakres uprawnień obejmuje zakres wymagany do realizacji przedmiotu zamówienia i posiadającą aktualne zaświadczenie przynależności do właściwej Izby samorządu zawodowego, która pełniła funkcję na stanowisku kierownika budowy w realizacji minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej w tym 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie basenu z technologią uzdatniania wody z nieką ze stali nierdzewnej, o powierzchni użytkowej budynków minimum 3.200 m² każdej roboty”.

Odwołujący wskazał, że wykonawca TEXOM Sp. z o.o. wskazał do pełnienia wymienionej funkcji Pana A.M., dla którego jako inwestycja referencyjna na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazane zostało zadanie inwestycyjne oznaczone „Rozbudowa, przebudowa i modernizacja Szkoły Podstawowej w Sieniawie dla poprawy warunków edukacji, 37-530 Sieniawa ul. Rynek 4” (wg opisu Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. w złożonym wykazie „Rozbudowa, przebudowa Szkoły Podstawowej w Sieniawie w tym budowa basenu z technologią uzdatniania wody z nieką ze stali nierdzewnej”). Odwołujący podnosi, że ww. zadanie inwestycyjne nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca TEXOM Sp. z o.o., na potrzeby wykazania rzekomego posiadania przez osobę Pana A.M. wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, w sposób nieuprawniony łączy dwa budynki o różnych funkcjach i przeznaczeniu w jeden obiekt basenowy. Wykonawca TEXOM Sp. z o.o. wskazuje sumę powierzchni dot. zadania składającego się w rzeczywistości z dwóch budynków (hali sportowej oraz basenu), mimo że żaden z wymienionych budynków nie obejmuje budowy lub przebudowy basenu o powierzchni użytkowej budynku minimum 3.200 m². Realizacja zadania dot. „Rozbudowa, przebudowa i modernizacja Szkoły Podstawowej w Sieniawie dla poprawy warunków edukacji, 37-530 Sieniawa ul. Rynek 4” obejmowała w szczególności roboty dot. kilku budynków, tj. Hali Sportowej - Etap I (*Budowa Sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w Sieniawie wraz z zapleczem oraz przebudowa segmentu Szkoły Podstawowej⁴¹*) i budynku Pływalni - Etap 11 (*„Rozbudowa o basen kryty”*). Roboty dotyczące budynku basenu dot. w istocie budynku o powierzchni użytkowej ok. 700 do 800 m² i jest to jedynie niewielka część (pojedynczy - mniejszościowy etap) robót wykonanych w wymienionej realizacji. Wskazane zadanie inwestycyjne nie spełnia zatem w ocenie Odwołującego w szczególności wymogu roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie basenu z technologią uzdatniania wody z nieką ze stali nierdzewnej, o powierzchni użytkowej budynku minimum 3.200 m², z uwagi w szczególności na brak wymaganej powierzchni użytkowej. Wykonawca TEXOM Sp. z o.o. przedstawia natomiast wskazane zadanie inwestycyjne „Rozbudowa, przebudowa i modernizacja Szkoły Podstawowej w Sieniawie dla poprawy warunków edukacji, 37-530 Sieniawa ul. Rynek 4” w sposób sugerujący, jakoby głównym przedmiotem wymienionej realizacji był budynek basenu, który w istocie stanowił jedynie niewielką część wskazanej realizacji (etap mniejszościowy mający jedynie ok. 700 do 800 m²) i sztucznie podporządkowuje do tego budynku inne większe budynki nie pełniące jednocześnie żadnej funkcji towarzyszącej dla budynku basenu i nie mogące być rozpatrywane jako powierzchnia użytkowa budynku basenu. Wskazane zadanie inwestycyjne w Sieniawie nie prowadzi zdaniem Odwołującego do spełnienia przez osobę wskazaną przez TEXOM Sp. z o.o. ww. (i w konsekwencji przez TEXOM Sp. z o.o.) warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 5 lipca 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie podnosi, że biorąc pod uwagę zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, ogłoszenia o zamówieniu oraz treść art 239 Pzp dokonał wyboru oferty zgodnie z zasadami określonymi przez siebie w SWZ, tzn. wybrał ofertę wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu, którego oferta nie podlegała odrzuceniu w oparciu o kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ a tym samym nie naruszył art. 239 ust. 1 Pzp czy też art. 239 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 Pzp. Zamawiający potraktował wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego równo, z zachowaniem tych samych zasad określonych w SWZ, wszystkie czynności w postępowaniu wykonywane były w sposób przejrzysty; została zachowana również zasada proporcjonalności. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego jakoby zaniechał jakiegokolwiek obowiązku wynikającego czy to z treści SWZ, czy też Pzp. Zamawiający nie widzi podstaw do przyjęcia twierdzenia, że Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwać Przystępującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do obowiązku, który polega na tym, że wykonawca zapewni „co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń lub posiadającą ważne uprawnienia w ograniczonym zakresie, o ile zakres uprawnień obejmuje zakres wymagany do realizacji przedmiotu zamówienia i posiadającą aktualne zaświadczenie przynależności do właściwej Izby samorządu zawodowego, która pełniła funkcję na stanowisku kierownika budowy w realizacji minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej w tym 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie basenu z technologią uzdatniania wody z nieką ze stali nierdzewnej, o powierzchni użytkowej budynków minimum 3.200 m2 każdej roboty”, gdyż biorąc pod uwagę zapisy Rozdziału XXX ust. 14 SWZ Wykonawca w celu wykazania spełnienia przez siebie warunków udziału w postępowaniu był zobowiązany, na wezwanie zamawiającego złożyć „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia uwzględniającego co najmniej osoby, o których mowa w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowej wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia kierownika budowy, uprawnień, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wzór Wykazu stanowi Załącznik Nr 11 do SWZ. Przystępujący wypełnił ciężący na nim obowiązek i przedstawił Zamawiającemu wykaz, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym. Przekazany Zamawiającemu wykaz był prawidłowo podpisany oraz zawierał dane określone przez Zamawiającego w SWZ a ich zakres odpowiadał zakresowi wskazanemu w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, tj. „wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”. Dane zawarte w wykazie były przedstawione w sposób jasny i klarowny, potwierdzały, iż Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego. Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do prawdziwości czy też prawidłowości przedstawionych przez Przystępującego danych zawartych w omawianym wykazie. Zamawiający wskazał, że nie naruszył art. 128 ust. 4 Pzp, gdyż zgodnie z przepisem art. 128 ust. 4 Pzp, „Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu”. Zamawiający, jednakże musi mieć powody do żądania tychże wyjaśnień. Żądanie złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający rozumie i akceptuje informacje zawarte w podmiotowym środku dowodowym, w sytuacji, gdy informacje tam zawarte nie wzbudzają wątpliwości Zamawiającego, mogłoby zostać uznane za stawianie niepotrzebnych żądań - nękanie wykonawcy. Zamawiający może rozważać wezwanie do wyjaśnień, o których mowa w art. 128 ust. 4 w sytuacji, gdy ma wątpliwości dotyczące danych zawartych w dokumencie. Skoro więc w niniejszej sprawie Zamawiający nie miał wątpliwości dotyczących wykazu, nie wzywał Przystępującego do ich złożenia. Zamawiający zauważył, że w treści warunku udziału w postępowaniu, który brzmiał „Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu jeżeli wykaże, że w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będzie dysponował co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń lub posiadającą ważne uprawnienia w ograniczonym zakresie, o ile zakres uprawnień obejmuje zakres wymagany do realizacji przedmiotu zamówienia i posiadającą aktualne zaświadczenie przynależności

do właściwej Izby samorządu zawodowego, która pełniła funkcję na stanowisku kierownika budowy w realizacji minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej w tym 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie basenu z technologią uzdatniania wody z niecką ze stali nierdzewnej, o powierzchni użytkowej budynków minimum 3.200 m² każdej roboty" zamawiający nie postawił wymagania, iż aby spełnić ten warunek udziału w postępowaniu wykonawca musi wykazać, iż będzie dysponował kierownikiem budowy, który nadzorował budowę lub przebudowę budynku, którego powierzchnia użytkowa miałaby co najmniej 3.200 m². Zamawiający wskazał w treści warunku, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże (...) o powierzchni użytkowej budynków minimum 3.200 m². Używając liczby mnogiej słowa „budynek” Zamawiający dopuścił, że kompleks basenowy będzie mógł się składać z kilku budynków pełniących między innymi funkcję basenu. Jak wynika z treści warunku Zamawiający nie wskazał, iż uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że kierownik budowy brał udział przy budowie lub przebudowie między innymi basenu o konkretnej powierzchni lustra wody, dlatego też nietrafnym jest twierdzenie Odwołującego, iż basen jest tylko częścią inwestycji, która została wskazana przez Przystępującego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający podnosi, że nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp, gdyż oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu, ani na podstawie wskazanej przez Odwołującego przesłanki, ani też na podstawie innych przesłanek odrzucenia wskazanych w szczególności w art. 226 ust. 1 Pzp. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż nie odrzucił oferty wykonawcy (Przystępującego), gdyż ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy. Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego a w związku z tym zarzut Odwołującego, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jest zdaniem Zamawiającego nietrafiony a co za tym idzie nie można zarzucać Zamawiającemu, iż dokonał obrazy przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp.

Zamawiający zauważył, że niesłusznie twierdzi Odwołujący, że w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej Zamawiający powinien uznać doświadczenie nabyte przy budowie Centrum Sportów Wodnych w Chełmie i przyznać Odwołującemu nie 5, lecz 10 pkt co spowodowałoby, że Odwołujący otrzymałby 89,78 pkt. Zamawiający wskazał, że określił warunek (dla celów kryteriów oceny ofert), który zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż będzie dysponował osobą kierownika robót sanitarnych, który wykaże się konkretną liczbą pełnionych funkcji kierownika robót, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na budowie obiektu krytej pływalni z technologią uzdatniania wody z niecką stali nierdzewnej. Tak skonstruowany warunek nie oznacza wcale, że każdy kierownik branży sanitarnej pełniący swoje obowiązki na budowie obiektu krytej pływalni z technologią uzdatniania wody z niecką stali nierdzewnej nabędzie wymagane przez zamawiającego doświadczenie. Kluczową kwestią jest to czego dotyczy warunek. Warunek dotyczy basenu. Odwołujący wskazał kierownika robót sanitarnych który wprawdzie przebywał na placu budowy basenu, jednakże nie miał z budową basenu nic wspólnego. Osoba wskazana przez Odwołującego nadzorowała jedynie mały wycinek - nadzorowała budowę kanalizacji na etapie, gdy budowa basenu jako takiego jeszcze się nie rozpoczęła. Nie można więc uznać, że kierownik robót sanitarnych nadzorujący budowę kanalizacji nabył doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, dotyczące budowy basenu. Doświadczenie wskazane przez Odwołującego mogłoby być doświadczeniem wymaganym w postępowaniu, którego przedmiotem jest budowa sieci kanalizacji. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że proponowany przez niego kierownik robót sanitarnych odpowiadał za roboty branży sanitarnej przy budowie basenu. Odwołujący wcale nie negował, iż Jego” kierownik robót sanitarnych nadzorował jedynie budowę kanalizacji zewnętrznej. Twierdzi jednak, że na poczet doświadczenia zamawiający powinien zaliczyć mu również nadzorowanie w zakresie branży sanitarnej w okresie, w którym nie przebywał już w ogóle na budowie, nie odpowiadał za nadzorowane prace - brak odpowiednich wpisów w Dzienniku Budowy. Z przedmiotowego dziennika wynika bezspornie, że w czasie, gdy była prowadzona budowa basenu z technologią wody oraz niecką ze stali nierdzewnej - osoba wskazana przez Odwołującego nie pełniła faktycznie (zgodnie z wpisami w dzienniku budowy teoretycznie) funkcji kierownika robót sanitarnych i nie ponosiła za to odpowiedzialności; świadczą o tym wpisy w dzienniku budowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Odnosząc się do wniosku złożonego na rozprawie przez Zamawiającego oraz Przystępującego dotyczącego odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp, jako że zostało złożone przez podmiot nieuprawniony Izba nie stwierdziła podstaw do jego uwzględnienia. Izba ustaliła bowiem, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołań wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego byłaby potencjalnie wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący nie byłby zatem narażony na poniesienie ewentualnych negatywnych skutków niezasadnego i bezpodstawnego wyboru oferty innego wykonawcy, co potencjalnie skutkować może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. Uwzględnienie odwołania pozwoli Odwołującemu uzyskać przedmiotowe zamówienie i wynikające z niego korzyści. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, w tym dla wniesienia odwołania. Jednocześnie odnosząc się do przedstawionego podczas rozprawy argumentu Zamawiającego, że brak interesu Odwołującego wynika również z faktu, że w przypadku uwzględnienia złożonego przez niego odwołania Zamawiający będzie zmuszony do unieważnienia postępowania, Izba wskazuje, że to oświadczenie traktować, jako grę procesową Zamawiającego. Pełnomocnicy Zamawiającego nie przedstawili żadnego oświadczenia w tej kwestii podpisanego przez osoby do tego umocowane. Co więcej kwestia ewentualnego zwiększenia środków na realizację danego zamówienia jest rozpoznawana w sytuacji, gdy oferta najkorzystniejsza zawiera cenę wyższą, aniżeli kwota przeznaczona przez zamawiającego na realizację zamówienia. Jak słusznie zauważył Odwołujący cena nie była jedynym kryterium oceny ofert składanych w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Gdyby przyjąć tok rozumowania Zamawiającego, każdy wykonawca, który złożył ofertę zawierającą cenę wyższą, aniżeli kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia nie miałby prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca TEXOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

Strony nie zgłosiły opozycji przeciw przystąpieniu wyżej wymienionego wykonawcy do postępowania odwoławczego. Izba postanowiła dopuścić TEXOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego uczestnika postępowania.

Izba postanowiła nie dopuścić dowodów z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego oraz Przystępującego z uwagi na to, że Zamawiający dokonując oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nie był w ich posiadaniu. Nie można w związku z tym zarzucać Zamawiającemu naruszenia przepisów Pzp odnosząc się do dokumentów, których treść była Zamawiającemu nieznaną.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający Gmina Miejska Przemyśl, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Kompleksu Basenów w Przemyślu”, nr postępowania: ZP.271.3.2023 W dniu 12 czerwca Zamawiający przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie uznając, że spełnienia on warunki udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej. Jednocześnie Zamawiający dokonując oceny oferty złożonej przez Odwołującego kryterium oceny ofert w kryterium oceny ofert „**doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej**” oferta otrzymała 5 punktów, gdyż Wykonawca co prawda zadeklarował, że do realizacji przedmiotu zamówienia skieruje kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej, który w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, trzykrotnie był kierownikiem robót sanitarnych na budowie obiektu krytej pływalni z technologią uzdatniania wody, z nieką ze stali nierdzewnej, ale Zamawiający przyznał punkty za jedynie dwukrotne kierowanie robotami branży sanitarnej, gdyż Wykonawca (ERBUD S.A.) wykazał doświadczenie kierownika robót branży sanitarnej, który kierował robotami branży sanitarnej na budowie Centrum Sportów Wodnych w Chelmie, a Zamawiający zauważył, że inny Wykonawca (TEXOM Sp. z o.o.) również wskazał, że kierownik budowy branży sanitarnej również nabył doświadczenie na budowie obiektu krytej pływalni z technologią uzdatniania wody, z nieką ze stali nierdzewnej podczas tej samej budowy. W związku z tym Zamawiający powziął wątpliwość czy faktycznie na budowie tego samego obiektu swoje usługi świadczyło dwóch kierowników robót branży sanitarnej. W związku z tymi wątpliwościami Zamawiający zwrócił się do

Chełmskiego Parku Wodnego i Targowiska Miejskie Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmie przy ulicy Lubelskiej 133A, który był inwestorem tejże budowy, o przesłanie kopii dziennika budowy. Z treści przedmiotowego dziennika budowy wynikało, że na tej budowie było dwóch kierowników robót branży sanitarnej, z tym, że kierownik robót wskazany przez ERBUD S.A. nie kierował robotami sanitarnymi w zakresie budowy obiektu krytej pływalni z technologią uzdatniania wody i niecki ze stali nierdzewnej w ramach inwestycji „Budowa Centrum Sportów Wodnych w Chełmie” jak to zostało zapisane w oświadczeniu, a jedynie w zakresie tylko części sieci zewnętrznych na początkowym etapie tej inwestycji. Wpisy w Dzienniku Budowy Nr 32/15 dotyczą jedynie odcinków sieci i studzienek kanalizacji deszczowej i sanitarnej, czyli robót zewnętrznych. Z wpisów w Dzienniku Budowy jednoznacznie wynika, iż całość prac, którymi kierował kierownik budowy branży sanitarnej wskazany przez ERBUD S.A. została wykonana w około 1,5 miesiąca i kierownik ten nie zdobył doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, a mianowicie doświadczenia polegającego na pełnieniu funkcji kierownika robót w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na budowie obiektu krytej pływalni z technologią uzdatniania wody, z niecką ze stali nierdzewnej, gdyż zakres nadzorowanych robót był zupełnie inny niż ten jaki powinien być zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że nie twierdzi, że zgłoszony przez ERBUD S.A. kierownik budowy branży sanitarnej nie brał udziału przy budowie Centrum Sportów Wodnych w Chełmie, stwierdził jedynie, że nabyte doświadczenia nie spełnia wymagań, które zostały określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia, a w związku z tym Zamawiający nie przyznał dodatkowych 5 punktów w tym kryterium oceny ofert za doświadczenie na budowie Centrum Sportów Wodnych w Chełmie. Ponadto Zamawiający stwierdził, że robotami budowlanymi branży sanitarnej na budowie Centrum Sportów Wodnych w Chełmie kierował kierownik wskazany przez TEXOM Sp. z o.o. i ofercie tego Wykonawcy przyznał punkty w zakresie tego kryterium oceny ofert.

Izba nie podziela zarzutów podniesionych w odwołaniu. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie badaniu przez Izbę podlegają czynności Zamawiającego polegające na ocenie czy Zamawiający w sposób uprawniony nie przyznał Odwołującemu w kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej” dodatkowych 5 punktów oraz czy przystępujący TEXOM Sp. z o.o. spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega również na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający powinien był wezwać przystępującego do udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, a w konsekwencji czy oferta przystępującego powinna podlegać odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. dokonanej pismem Zamawiającego z 12 czerwca 2023 r. (Znak sprawy: ZP.271.3.2023), a tym samym naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. mimo tego, że Wykonawca TEXOM Sp. z o.o. nie został wezwany do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej oraz naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. mimo tego, że Wykonawca TEXOM Sp. z o.o. nie został wezwany do udzielenia wyjaśnień co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, a w konsekwencji naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. mimo zasadności jej odrzucenia z tego względu, że Wykonawca TEXOM Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej oraz art. 239 ust 1 Pzp, art. 16 pkt 1 Pzp, art. 16 pkt 2 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. mimo naruszeń wskazanych w odwołaniu Izba wskazuje, że w przypadku zarzutów dotyczących oferty przystępującego mamy do czynienia z przedmiotowymi środkami. Dotyczą one kryteriów oceny ofert, a co za tym idzie nie podlegają one uzupełnieniu na podstawie art. 107 ust. 3 Pzp. Mielibyśmy bowiem do czynienia z niedopuszczalną zmianą treści oferty. Zamawiający w związku z tym nie był uprawniony, ani zobowiązany do wezwania przystępującego do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy TEXOM Sp. z o.o. mimo, że wskazany Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej Izba wskazuje, że przystępujący wykazał spełnienie tych warunków. Odwołujący kwestionuje spełnienie przez przystępującego jednego z warunków udziału w postępowaniu podnosząc, że co do inwestycji pn. „Rozbudowa, przebudowa Szkoły Podstawowej w Sieniawie, w tym budowa basenu z technologią uzdatniania wody z niecką ze stali nierdzewnej” przystępujący „w sposób nieuprawniony łączy dwa budynki o różnych funkcjach i przeznaczeniu w jeden obiekt basenowy” oraz że suma powierzchni dotyczy zadania składającego się z dwóch budynków (hali sportowej oraz

basenu). Jak wynika z Rozdziału XXIX pkt 5 lit. e) SWZ: „Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu jeżeli wykaże, że w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będzie dysponował co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń lub posiadającą ważne uprawnienia w ograniczonym zakresie, o ile zakres uprawnień obejmuje zakres wymagany do realizacji przedmiotu zamówienia i posiadającą aktualne zaświadczenie przynależności do właściwej Izby samorządu zawodowego, która pełniła funkcję na stanowisku kierownika budowy w realizacji minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej w tym 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie basenu z technologią uzdatniania wody z niecką ze stali nierdzewnej, o powierzchni użytkowej budynków minimum 3.200 m² każdej roboty”. Zamawiający nie wymagał, że aby spełnić ten warunek udziału w postępowaniu wykonawca musi wykazać, iż będzie dysponował kierownikiem budowy, który nadzorował budowę lub przebudowę budynku, którego powierzchnia użytkowa miałaby co najmniej 3.200 m². Zamawiający wskazał w treści warunku, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże (...) o powierzchni użytkowej budynków minimum 3.200 m². Używając liczby mnogiej słowa „budynki” Zamawiający dopuścił, że kompleks basenowy będzie mógł się składać z kilku budynków pełniących między innymi funkcję basenu. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w treści warunku Zamawiający nie wskazał, iż uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że kierownik budowy brał udział przy budowie lub przebudowie między innymi basenu o konkretnej powierzchni lustra wody, dlatego też nietrafnym jest twierdzenie Odwołującego, iż basen jest tylko częścią inwestycji, która została wskazana przez przystępującego do celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba wskazuje ponadto, że w postawionym przez Zamawiającego warunku jest mowa o budynkach o powierzchni 3.200 m², a nie o basenie o powierzchni 3.200 m². Co więcej kompleks basenowy zazwyczaj nie składa się z jednego budynku. Zwykle jest to kompleks budynków pełniących różne funkcje.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby 5 pkt. w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej oraz zaniechania czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert liczby 10 pkt. w ramach kryterium dot. doświadczenie kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności Instalacyjnej sanitarnej, a w konsekwencji przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert łącznie liczby 84,78 pkt. oraz zaniechania czynności przyznania Wykonawcy ERBUD S.A. w ramach oceny ofert łącznie liczby 89,78 pkt Izba wskazuje, że w działaniach Zamawiającego nie sposób dopatrzeć się naruszenia przepisów Pzp. Bezsporne między stronami niniejszego postępowania jest to, że w ramach inwestycji realizowanej przez zamawiającego Chełmski Park Wodny i Targowiska Miejskie Sp. z o.o. w Chełmie pn. „Budowa Centrum Sportów wodnych w Chełmie”, funkcje budowlane kierownika robót w specjalności instalacyjno-sanitarnej pełniły dwie osoby: pan G.C. oraz pan T.B.. Pierwszy z nich został wskazany w treści oferty przez Odwołującego, zaś drugi został wskazany w treści oferty przez Przystępującego. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że Zamawiający dokonał słusznej oceny doświadczenia obu kierowników robót przyznając punkty za inwestycję zrealizowaną w Chełmie przystępującemu. Kierownik robót wskazany przez Odwołującego (Pan G.C.) nie posiada bowiem w ocenie Izby doświadczenia wymaganego zgodnie z SWZ przez Zamawiającego. Nie kierował on robotami sanitarnymi w zakresie budowy obiektu krytej pływalni z technologii uzdatniania wody i niecki ze stali nierdzewnej, a jedynie wykonywał prace zewnętrzne związane głównie z wykonaniem instalacji odprowadzającej deszczówkę. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XXXVII pkt 6 ppkt 4 SWZ:

„Zamawiający dokona oceny ofert w zakresie kryterium DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE (D) w następujący sposób:

4) doświadczenie kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej sanitarnej. Ilość pełnionych funkcji kierownika budowy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, na budowie obiektu krytej pływalni z technologią uzdatniania wody, z niecką ze stali nierdzewnej:

- a) kierowanie 1 budową - 0 pkt,
- b) kierowanie 2 budowami - 5 pkt,
- c) kierowanie 3 budowami i więcej -10 pkt.”

Z powyższego wymagania jednoznacznie wynika, że Zamawiający dodatkowo punktował kierownika robót specjalizacji sanitarnej, który posiadał doświadczenie na budowie obiektu krytej pływalni z technologią uzdatniania wody, z niecką ze stali nierdzewnej. W ocenie Izby niemożliwe byłoby uznanie, że pan G.C. posiada doświadczenie na budowie obiektu krytej pływalni. Wszystkie czynności, które wykonywał bowiem były czynnościami zewnętrznymi, przygotowawczymi, a jako takie nie stanowiłyby dla Zamawiającego wartości dodanej, która byłaby dodatkowo punktowana. Faktem jest, jak przyznał podczas rozprawy Zamawiający, że gdyby przystępujący nie posługiwał się w złożonej ofercie doświadczeniem

pana T.B. uzyskanym w ramach inwestycji w Chełmie, uznałby doświadczenie pana G.C., jednak z uwagi na okoliczności, postępowanie Zamawiającego należy, które w konsekwencji doprowadziło do przyznania Odwołującemu mniejszej ilości punktów w kategorii kierownika robót specjalizacji sanitarnej ocenić należy jako niezwykle staranne.

Reasumując Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie,

a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowań odwoławczych stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.