Sygn. akt: KIO 2515/23

WYROK
z dnia 8 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę: **CZĘSTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Krapkowicki**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum), KB Inwest Sp. z o.o.z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B. wykonawcy **G.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Inżynierska "ALOG" G.G.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodną z przyjętymi kryteriami ocenę oferty wykonawcy G.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Inżynierska "ALOG" G.Gi nakazuje zamawiającemu - Powiatowi Krapkowickiemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym zmianę przyznanej liczby punktów ofercie wykonawcy G.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Inżynierska "ALOG" G.G. w kryterium oceny ofert „Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy" (D) poprzez przyznanie 10 punktów ofercie ww. wykonawcy w tym kryterium.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego CZĘSTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie w części 1/2 oraz zamawiającego Powiat Krapkowicki w części 1/2 i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego;
   3.2. zasądza od zamawiającego Powiatu Krapkowickiego na rzecz odwołującego CZĘSTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie kwotę 6 800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy), stanowiącą należną odwołującemu po stosunkowym rozdzieleniu część kosztów postępowania odwoławczego.

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 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2515/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Powiat Krapkowicki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", na realizację zadania pn.: *Budowa budynku Centrum Opiekuńczo-Mieszkalnego w Krapkowicach,* numer referencyjny ZP.272.11.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 lipca 2023 roku, numer: 2023/BZP 00324874/01. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 28 sierpnia 2023 roku wykonawca CZĘSTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie zwany dalej „odwołującym", wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wadliwym wyborze oferty wykonawcy FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G., jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów):

1. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty wykonawcy FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G. w zakresie kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (D)" w sposób niezgodny z opisem tego kryterium wynikającym z Rozdziału XXII pkt. 2 ppkt. 3) SWZ, co skutkowało nieuzasadnionym przyznaniem ofercie tego wykonawcy 20 punktów, podczas gdy wykonawca ten nie posiada co najmniej 3 punktowanych realizacji, a co najwyżej 2, za które powinien otrzymać maksymalnie 10 punktów – co doprowadziło do nieuzasadnionego uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G. oraz dokonania wyboru tej oferty, mimo że nie jest to oferta z najwyższą liczbą punktów,
2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G., mimo iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nieprawdziwe informacje przedstawione w ramach kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (D)".

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności:

a) odrzucenie oferty wykonawcy FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt ustawy Pzp, w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (wniosek najdalej idący);

b) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu mającego doprowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G. – zmianę przyznanej temu wykonawcy punktacji i przydzielenie mu 1 punktów w kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (D)",

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 25 lipca 2023 roku zamawiający wszczął postępowanie pn. Budowa budynku Centrum Opiekuńczo-Mieszkalnego w Krapkowicach. Jego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę budynku Centrum Opiekuńczo-Mieszkalnego w Krapkowicach na działkach nr 118,119, 123/4, 123/6, 123/8, k.m. 13, obręb ewidencyjny Krapkowice wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu wokół budynku. Budynek Centrum Opiekuńczo-Mieszkalnego przeznaczony jest dla osób dorosłych, ze szczególnymi potrzebami, ze znacznym lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności lub orzeczeniem traktowanym na równi z orzeczeniem o znacznym lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, poprzez zapewnienie usług zamieszkiwania w formie pobytu całodobowego i pobytu dziennego.

W dniu 23 sierpnia 2023 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G.. Odwołujący podkreślił, że nie zgadza się ze sposobem przydziału punktów, a w konsekwencji również z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w SWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia kierownika budowy:

Ponadto, zamawiający w SWZ wskazał, że przy wyborze oferty będzie kierował się następującymi kryteriami i wagami:

W zakresie kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (D)" zamawiający wskazał, że:

Odwołujący zauważył, że wykonawca w formularzu ofertowym miał wskazać osobę kierownika budowy oraz liczbę robót, w których nabył on wymagane przez zamawiającego doświadczenie – pod rygorem odrzucenia oferty jako niespełniającej warunków udziału w postepowaniu i niezgodnej z warunkami zamówienia, co oznacza, że w formularzu

zamawiający wymagał podania ilości doświadczenia zarówno liczonego do warunku, jak i do kryteriów.

Odwołujący wskazał, że wykonawca FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G. w formularzu ofertowym określił, ż posiada następujące doświadczenie:

Odwołujący stwierdził, że wykonawca podał, iż posiada doświadczenie w 3 realizacjach, które spełniają zarówno postawiony warunek, jak i podlegają ocenie i kwalifikują się do uzyskania punktów w kryterium oceny ofert. Odwołujący wskazał przy tym, że w warunku zamawiający wymagał doświadczenia w 1 realizacji, zaś przy kryterium, aby uzyskać maksymalną liczbę punktów należało posiadać doświadczenie w co najmniej 3 realizacjach. Według odwołującego, oznacza to, że wykonawca, który spełnia warunek i posiada jedną realizację otrzymuje 0 punktów w kryterium, zaś dopiero za drugą i trzecią realizację otrzymuje się dalsze punkty w kryterium (10 i 20 punktów).
Dalej odwołujący wyjaśnił, że następnie na wezwanie zamawiającego, wykonawca złożył wykaz, w którym podał, że kierownik budowy Ł.B. posiada doświadczenie w 4 realizacjach. Zdaniem odwołującego jest to niezgodne z treścią oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym, gdzie wykonawca podał, że kierownik posiada doświadczenie w 3 realizacjach. Według odwołującego, z tego też względu, zamawiający w ogóle nie powinien brać pod uwagę czwartej ze wskazanych realizacji, bowiem korekta oświadczenia wykonawcy dotyczącego kryteriów oceny ofert jest niedopuszczalna. W jego ocenie zamawiający może brać pod uwagę wyłącznie 3 pierwsze realizacje – tak jak wskazał to wykonawca w formularzu ofertowym. Natomiast realizacja nr 4 nie powinna być przez zamawiającego oceniana zarówno z uwagi na to, że nie została wskazana w formularzu ofertowym, jak i dlatego, że nie spełnia wymagania wartości min. 5 mln zł brutto.

Odwołujący podniósł, że nawet jeśli realizacja nr 4 miałaby być oceniana pod kątem wymagań określonych w SWZ, to nie spełnia ona wymogów postawionych przez zamawiającego, albowiem w zakres robót wykonywanych w ramach tej realizacji przez wykonawcę nie była wykonana wentylacja mechaniczna, instalacja wodno– kanalizacyjna, instalacja centralnego ogrzewania.

Zdaniem odwołującego, również realizacja nr 2 – „budynek Socjalny w Gogolinie”nie spełnia wymagań zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że zamawiający wymagał, aby doświadczenie zarówno w zakresie warunku, jak i kryterium, było zdobyte na budowie/przebudowie budynków zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130 lub budowie/przebudowie budynków szpitali i zakładów opieki medycznej sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 12, grupa 126, klasa 1264. Odwołujący zauważył, że wykonawca podał, że przedmiotowa inwestycja dotyczyła budynku zbiorowego zamieszkania. Jednak – według odwołującego - nie jest to budynek sklasyfikowany wg PKOB w Sekcji 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130, lecz jest to po prostu budynek mieszkalny wielorodzinny o PKOB 112 z mieszkaniami socjalnymi. Odwołujący wyjaśnił, że w grupie budynków zamieszkania zbiorowego w klasyfikacji PKOB 1130 są:
Budynki zbiorowego zamieszkania, w tym domy mieszkalne dla ludzi starszych, studentów, dzieci i innych grup społecznych, itp. domy opieki społecznej, hotele robotnicze, internaty i bursy szkolne, domy studenckie, domy dziecka, domy dla bezdomnych itp. – Budynki mieszkalne na terenie koszar, zakładów karnych i poprawczych, aresztów śledczych – Budynki rezydencji prezydenckich i biskupich, ale na pewno nie budynki mieszkalne z mieszkaniami socjalnymi.

Odwołujący zauważył także, że w dokumentacji projektowej w Opisie technicznym projektant wprost pisze: „Projektowana inwestycja polega na budowie budynku mieszkalnego socjalnego, wielorodzinnego (galeriowego)...” powtarzając później wielokrotnie ten zapis.

Podkreślił też, że projektant zakwalifikował budynek jako: „Zabudowa mieszkaniowa wielorodzinna”, „Kategoria obiektu budowlanego XIII”. Kategoria ta obejmuje: Pozostałe budynki mieszkalne, podczas gdy budynki zamieszkania zbiorowego znajdują się w kategorii IX, X, XI i XIV – zgodnie z opisem technicznym – Metryka projektu budowlanego.

Następnie odwołujący dodał, że podobnie budynek został opisany przez projektanta konstrukcji w opisie technicznym konstrukcji już w pierwszym zdaniu w punkcie 1: „Przedmiotem niniejszego opracowania jest projekt budowlany w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych wynikających z zamierzenia inwestycyjnego, polegającego na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, socjalnego w Gogolinie.”.

Ponadto, odwołujący wskazał, że budynek z mieszkaniami socjalnymi w Gogolinie nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie doświadczenia kierownika budowy z jeszcze jednego powodu - brak w nim wentylacji mechanicznej. Zaprojektowana w nim została tradycyjna wentylacja grawitacyjna poprzez nawiewniki okienne i kratki wentylacyjne. Dotyczy to także takich pomieszczeń jak kotłownia czy klatki schodowe, tutaj również wentylacja będzie odbywać się poprzez wentylację naturalną. Na tym budynku wykonawca wykonywał wyłącznie tradycyjną wentylację grawitacyjną. Odwołujący podkreślił, że z dokumentacji technicznej tego obiektu wprost wynika, że jest to budynek

mieszkalny wielorodzinny oraz, że nie ma w niej śladu wykonania wentylacji mechanicznej. Potwierdzają to również przedmiary robót, w żadnym z nich nie ma instalacji wentylacji mechanicznej.

Konkludując odwołujący stwierdził, że wyłącznie realizacja nr 1 i 3 spełnia postawiony warunek oraz wymagania w zakresie kryterium, co oznacza, że wykonawca posiada tylko 2 realizacje spełniające warunek oraz wymagania w kryterium - z uwagi na co powinien otrzymać maksymalnie 10 punktów w kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (D)". Zamawiający zaś przyznał temu wykonawcy aż 20 punktów, z uwagi na co jego oferta znalazła się na pierwszym miejscu w rankingu złożonych ofert i została uznana za najkorzystniejszą.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że wykonawca FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G. pod nieprawdziwe informacje w zakresie swojego doświadczenia, bowiem podał realizacje, w zakres których bezsprzecznie nie wchodziła wentylacja mechaniczna (poz. 2 i 4) oraz jedna z inwestycji nie była realizowana w budynku zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanego wg PKOB w Sekcji 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130 (poz. 2). Według odwołującego, wykonawca próbował wprowadzić zamawiającego w błąd w zakresie tego, że wskazane inwestycje spełniają postawione przez niego wymagania. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 5/22, z którego miało wynikać, że Izba uznała, za czyn nieuczciwej konkurencji działanie polegające na podaniu nieprawdziwych informacji w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert i orzekła, że pomimo braku wskazania w dokumentacji zamówienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia (tj. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) istnieje w takiej sytuacji przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wnosi o odrzucenie oferty wykonawcy FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G. r podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem mimo że zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd to istnieją instrumenty prawne, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia.

Odwołujący podkreślił także, że zamawiający z uwagi na treść art. 128 ust. 3 ustawy Pzp nie może wezwać wykonawcy do uzupełnienia czy zmiany złożonego wykazu, bowiem ewentualne uzupełnienie dokumentów dotyczących doświadczenia kierownika budowy może służyć wyłącznie potwierdzeniu spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, nie może natomiast zostać wykorzystane w związku z oceną oferty i przyznaniem punktów w ramach zastosowanego kryterium oceny ofert. Natomiast w zakresie warunku z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających istotny wpływ na wynik postępowania wykonawca zniweczył swoje prawo do domagania się od zamawiającego wzywania do uzupełnienia dokumentów.

Wobec powyższego – zdaniem odwołującego – odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2023 r. wykonawca G.G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Firma Inżynierska "ALOG" G.G. (dalej jako: „ALOG" lub „przystępujący I") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum) i KB Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Izba stwierdziła, że przystąpienia ww. wykonawców zostały dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 5 września 2023 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejodpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania. Także w dniu 5 września 2023 roku przystępujący I złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko pisemne w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem V ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") przedmiotem zamówienia jest: *wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę budynku Centrum Opiekuńczo-Mieszkalnego w Krapkowicach na działkach nr 118,119, 123/4, 123/6, 123/8, k.m. 13, obręb ewidencyjny Krapkowice wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu wokół budynku. Budynek Centrum Opiekuńczo - Mieszkalnego przeznaczony jest dla osób dorosłych, ze szczególnymi potrzebami, ze znacznym lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności lub orzeczeniem traktowanym na równi z orzeczeniem o znacznym lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, poprzez zapewnienie usług zamieszkiwania w formie pobytu całodobowego i pobytu dziennego.*

Zgodnie z rozdziałem X ust. 2 SWZ -*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.*
Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia:
1) Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (pełniącego funkcje kierownika budowy) posiadającego:
a) uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej od minimum 10 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert,
b) umiejętność posługiwania się biegle językiem polskim w mowie i piśmie
c) wykształcenie wyższe,
d) doświadczenie w kierowaniu jako kierownik budowy, w okresie ostatnich 5 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, robotami budowlanymi co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie/przebudowie budynków zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130 lub budowie/przebudowie budynków szpitali i zakładów opieki medycznej sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 12, grupa 126, klasa 1264 wraz z wykonaniem instalacji: wodno-kanalizacyjnej, wentylacji mechanicznej, elektrycznej i c.o. o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100).

W rozdziale XXII SWZ*Opis kryteriów oceny ofert, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.*
w ust. 2 zamawiający wskazał:

2. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami i wagami:

Lp.	*Nazwa kryterium*	*Waga kryterium (%)*
1	*Cena (C)*	*60*
2	*Okres gwarancji i rękojmi (G)*	*20*
3	*Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (D)*	*20*

w podpunkcie 3 zamawiający wskazał:

3) Kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy" (D)- waga 20 %.
a) Przedmiotowe kryterium dotyczy doświadczenia osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.
b) Ocena oferty w przedmiotowym kryterium dokonana zostanie na podstawie złożonej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym informacji o liczbie robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie budynków zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130 lub budowie/przebudowie budynków szpitali i zakładów opieki medycznej sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 12, grupa 126, klasa 1264 wraz z wykonaniem instalacji wodno- kanalizacyjnej, wentylacji mechanicznej, elektrycznej i c.o. w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert w których wyznaczona osoba brał udział w charakterze kierownika budowy.

Punkty w przedmiotowym kryterium zostaną przyznane zgodnie z poniższymi zasadami:

Liczba robót w których wyznaczona osoba brała udział jako kierownik budowy w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert	*Ilość punktów*
1	*0*
2	*10*
3 i więcej	*20*

UWAGA!
W przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże w formularzu ofertowym osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy bądź liczby robót w której wyznaczona osoba brała udział jako kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych/ kierownik budowy - Zamawiający odrzuci ofertę w trybie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i pkt 5 ustawy Pzp, to jest z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu i niezgodność z warunkami zamówienia.

Wykonawca ALOG w złożonej ofercie oświadczył, że:
„Oświadczam, że osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia,

którego dotyczy niniejsze postępowanie tj.:
ŁUKASZ BŁACH
(podać imię i nazwisko osoby)
posiada doświadczenie jak poniżej:
Liczba robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie budynków zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130 lub budowie/przebudowie budynków szpitali i zakładów opieki medycznej sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 12, grupa 126, klasa 1264 wraz z wykonaniem instalacji: wodno-kanalizacyjnej, wentylacji mechanicznej, elektrycznej i c.o. o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert w których wyznaczona osoba brał udział w charakterze kierownika budowy ***3.***
(podać liczbę cyfrowo)
Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy stanowi kryterium oceny ofert. Szczegółowe informacje dotyczące sposobu oceny przedmiotowego kryterium zawarto w rozdz. XXII.2.3) SWZ.".

W dniu 18 sierpnia 2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę ALOG do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego 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.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca ALOG złożył m.in. wykaz osób (załącznik nr 7b do SWZ), w którym wskazał p. Łukasza Błacha jako kierownika budowy i wskazał, że posiada on doświadczenie w: *kierowaniu jako kierownik budowy, w okresie ostatnich 5 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, robotami budowlanymi co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie/przebudowie budynków zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130 lub budowie/przebudowie budynków szpitali i zakładów opieki medycznej sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 12, grupa 126, klasa 1264 wraz z wykonaniem instalacji: wodno-kanalizacyjnej, wentylacji mechanicznej, elektrycznej i c.o. o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100)*

przy realizacji następujących Inwestycji:

1.1 INWESTYCJA 1:
1) Nazwa: BUDOWA BUDYNKU HOSPICJUM PRZY UL.SZYMANOWSKIEGO 33a w KĘDZIERZYNIE-KOŹLU
2) Podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane: GMINA KĘDZIERZYN-KOŹLE URZĄD MIAS KĘDZIERZYN-KOŹLE UL. G.PIRAMOWICZA 32 47-200 KĘDZIERZYN-KOŹLE (nazwa i adres podmiotu)
3) Rodzaj robót budowlanych: BUDOWA (budowa/przebudowa)
4) Rodzaj budynku: BUDYNEK SZPITALI I ZAKŁADÓW OPIEKI MEDYCZNEJ
5) Wartość zamówienia: 7 237 797,13 ZŁ.BRUTTO
6) Okres pełnienia funkcji: OD 05.03.2018R. DO 30.06.2019R. (od dd/mm/rrrr do dd/mm/rrrr)

1.2 INWESTYCJA 2:
1) Nazwa: BUDOWABUDYNKU SOCJALNEGO WRAZ Z ZAGOSPODAROWANIEM TERENU W GOGC PRZY UL.KONOPNICKIEJ 5
2) Podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane: KOMUNALNE PRZEDSIĘBIORSTW WIELOBRANŻOWE GOGOLIN SP. Z O.O. 47-320 GOGOLIN UL.LIGONIA 15 (nazwa i adres podmiotu)
3) Rodzaj robót budowlanych: BUDOWA (budowa/przebudowa)
4) Rodzaj budynku: BUDYNEK ZBIOROWEGO ZAMIESZKANIA
5) Wartość zamówienia: 5 954 585,00 ZŁ.BRUTTO
6) Okres pełnienia funkcji: OD 08.11.2017R. DO 15.11.2018R. (od dd/mm/rrrr do dd/mm/rrrr)

1.3 INWESTYCJA 3:
1) Nazwa: TERMOMODERNIZACJA BUDYNKU GŁÓWNEGO DOMU POMOCY SPOŁECZNEJ W KĘDZIER KOŹLU WRAZ Z MONTAŻEM INSTALACJI FOTOWOLTAICZNEJ – II POSTĘPOWANIE
2) Podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane: STAROSTWO POWIATOWE W KĘDZIERZYN KOŹLU 47-220 KĘDZIERZYN-KOŹLE PL.WOLNOŚCI 13 (nazwa i adres podmiotu)
3) Rodzaj robót budowlanych: PRZEBUDOWA (budowa/przebudowa)
4) Rodzaj budynku: BUDYNEK ZBIOROWEGO ZAMIESZKANIA
5) Wartość zamówienia: 7 272 990,81 ZŁ.BRUTTO
6) Okres pełnienia funkcji: OD 04.05.2022R. DO 27.12.2022R. (od dd/mm/rrrr do dd/mm/rrrr)

1.4 INWESTYCJA 4:
1) Nazwa: TERMOMODERNIZACJA DOMU POMOCY SPOŁECZNEJ „NASZ DOM" w GLIWICACH UL.DERKACZA 10
2) Podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane: GLIWICE-MIASTO NA PRAWACH POWAITU 4 100 GLIWICE UL.ZWYCIĘSTWA 21 (nazwa i adres podmiotu)
3) Rodzaj robót budowlanych: PRZEBUDOWA (budowa/przebudowa)
4) Rodzaj budynku: BUDYNEK ZBIOROWEGO ZAMIESZKANIA
5) Wartość zamówienia: 2 990 952,27 ZŁ.BRUTTO
6) Okres pełnienia funkcji: OD 02.07.2020R. DO 09.02.2021R. (od dd/mm/rrrr do dd/mm/rrrr)

Pismem z dnia 23 sierpnia 2023 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. wyborze oferty nr 3, złożonej przez wykonawcę FIRMA INŻYNIERSKA ALOG mgr inż. G.G.. Ofercie tej w ramach kryterium 3: *Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy* – zamawiający przyznał 20 pkt.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając dowody oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

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

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty wykonawcy G.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Inżynierska "ALOG" G.G. (dalej jako: „ALOG lub „przystępujący I") w zakresie kryterium *„Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (D)"* w sposób niezgodny z opisem tego kryterium, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego uznania za najkorzystniejszą oferty tego wykonawcy i jej wyboru, mimo że nie jest to oferta z najwyższą liczbą punktów.

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

Odwołujący we wniesionym odwołaniu kwestionował 2 inwestycje powoływane w ramach doświadczenia kierownika budowy, wskazanego przez wykonawcę ALOG. Jak wynikało z odpowiedzi na odwołanie Inwestycja nr 4 w ogóle nie była brana pod uwagę przez zamawiającego, a nadto odwołujący wycofał swoje odwołanie z zakresie w jakim odnosiło się ono do Inwestycji nr 4.

Zatem, spór jaki zawisł pomiędzy stronami w istocie dotyczył kwestii oceny Inwestycji nr 2 wykazanej przez wykonawcę ALOG w wykazie osób (załącznik nr 7b do SWZ) przy opisie doświadczenia kierownika budowy. Inwestycja nr 2 to inwestycja dotycząca budynku socjalnego wraz z zagospodarowaniem terenu w Gogolinie (dalej jako: „budynek w Gogolinie").

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że przedmiotowa inwestycja nie spełnia wymagań opisanych przez zamawiającego.

Po pierwsze, nie jest ona inwestycją polegającą na budowie/przebudowie budynku zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanego wg PKOB w Sekcji 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130, co wywodził i zamawiający, i przystępujący.

Zgodnie z załącznikiem Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych (PKOB) do rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowalnych (PKOB) z dnia 30 grudnia 1999 roku (Dz. U. Nr 112, poz. 1316, ze zm.) Sekcja 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130 obejmuje:
- budynki zbiorowego zamieszkania, w tym domy mieszkalne dla ludzi starszych, studentów, dzieci i innych grup społecznych, np. domy opieki społecznej, hotele robotnicze, internaty i bursy szkolne, domy studenckie, domy dziecka, domy dla bezdomnych itp.;

- budynki mieszkalne na terenie koszar, zakładów karnych i poprawczych, aresztów śledczych;
- budynki rezydencji prezydenckich i biskupich.

Wyjaśnić również należy, że:
- Sekcja 1 dotyczy budynków,
- dział 11 dotyczy budynków mieszkalnych,
- grupa 112 dotyczy budynków o dwóch mieszkaniach i wielomieszkaniowych, w tym grupa ta obejmuje klasę 1122 dotyczącą budynków o trzech i więcej mieszkaniach (i tu jest wyłączenie, że klasa ta nie obejmuje budynków zbiorowego zamieszkania),
- zaś grupa 113 dotyczy budynków zbiorowego zamieszkania i obejmuje klasę 1130.

Faktem jest, że klasa 1130 stanowi katalog otwarty wyszczególnionych w niej budynków, o czym niewątpliwie świadczy sformułowanie „itp.". Jednakże nie można uznać, że budynek obejmujący tylko i wyłącznie lokale mieszkalne, nawet jeśli są to lokale socjalne, w których zamieszkują również osoby niepełnosprawne jest budynkiem zbiorowego zamieszkania, sklasyfikowanym wg PKOB w Sekcji 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130.

Sam zamawiający, przyznał w toku rozprawy, że budynek w Gogolinie jest budynkiem, w którym wyłącznie znajdują się socjalne lokale, przyznawane osobom znajdującym się w trudnej sytuacji życiowej, w tym osobom z orzeczeniem o niepełnosprawności.

Należy podkreślić, że budynki zbiorowego zamieszkania zostały wyszczególnione w klasyfikacji PKOB i sklasyfikowane odrębnie od klasy 1122 – tj. budynków o trzech i więcej mieszkaniach.

Jak słusznie zwracał uwagę odwołujący, a czemu nie zaprzeczył zamawiający, budynków zamieszkania zbiorowego dotyczą odmiennie regulacje między innymi ze względu na restrykcje w zakresie przepisów pożarowych czy w ogóle wymagań w zakresie instalacji w takim budynku. Są to bowiem obiekty, gdzie następuje duża rotacja osób (hotele, bursy), bądź też zamieszkują osoby wymagające szczególnej opieki (domy dziecka, domy pomocy społecznej).

Co więcej, sam zamawiający w toku rozprawy przyznał, że wymaganie określone przez niego w SWZ dotyczyło właśnie budynków zbiorowego zamieszkania (ewentualnie budynków szpitali i zakładów opieki medycznej, tj. klasy 1264), a nie zwykłych domów wielorodzinnych/ wielomieszkaniowych. Jednocześnie zamawiający wskazywał, że o klasyfikacji danego budynku jako budynku zbiorowego zamieszkania przesądza to, że to dana gmina decyduje o tym, kto zamieszka w takim budynku, zaś w przypadku „zwykłych" budynków wielorodzinnych decydujące znaczenie ma wola danej osoby, która dokonuje zakupu mieszkania. Z taką argumentacją nie sposób się zgodzić. O klasyfikacji i funkcji danego budynku jako budynku zbiorowego zamieszkania nie stanowi okoliczność, że mieszkania w takim budynku są wynajmowane przez gminę (w tym przypadku Gminę Gogolin) w trybie określonym we właściwej uchwale i, że prawo do zawarcia umowy najmu lokalu socjalnego mają osoby spełniające kryteria, określone we właściwej uchwale (w tym przypadku w: Uchwale XXXV/382/2021 Rady Miejskiej w Gogolinie z dnia 25 marca 2021 roku w sprawie zasad wynajmowania lokali wchodzących w skład mieszkaniowego zasobu Gminy Gogolin).

Reasumując, skoro zamawiający postawił określone wymagania w zakresie robót budowlanych, jakimi miał się wykazać Kierownik budowy w ramach doświadczenia, które podlegało dodatkowej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, to powinien tych wymagań bezwzględnie przestrzegać na etapie oceny ofert. A nie ulega wątpliwości, że Inwestycji nr 2 zamawiający nie powinien brać pod uwagę przy przyznawaniu punktów w ramach kryterium 3, tj.: *Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (D),* skoro nie dotyczy ona budowy/przebudowy budynku zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 11, grupa 113, klasa 1130 lub budowy/przebudowy budynków szpitali i zakładów opieki medycznej sklasyfikowanych wg PKOB w Sekcji 1, dział 12, grupa 126, klasa 1264.

Przedmiotowa Inwestycja nr 2 nie powinna być także brana pod uwagę przy ocenie oferty przystępującego, także z tego względu, że nie spełnia kolejnego wymogu postawionego przez zamawiającego, a mianowicie w budynku tym nie została wykonana wentylacja mechaniczna.

Nie ulega wątpliwości, że w budynku w Gogolinie była wykonana wentylacja grawitacyjna – co wynika i z dokumentacji projektowej, którą przedstawił odwołujący, a także co przyznali i zamawiający, i przystępujący. Natomiast i zamawiający, i przystępujący powoływali się na okoliczność, że poszczególne mieszkania zostały wyposażone w kuchenkę elektryczną, z okapem mechanicznym i wyciągiem grawitacyjnym zewnętrznym, jak również powoływali się na zamieszczenie w rzutach pomieszczeń symboli graficznych wentylatorów mechanicznych oraz zaprojektowanie w kuchniach wypustów elektrycznych do podłączenia wentylatorów.

W ocenie Izby wskazane elementy wentylacji mechanicznej, wykonanej w poszczególnych pomieszczeniach, nie

odpowiadają warunkowi postawionemu przez zamawiającego, a który dotyczył budowy/przebudowy budynku wraz z wentylacją mechaniczną. Zamawiający i przystępujący nie przedstawili dowodów, które podważyłyby wartość dowodową dowodów przedstawionych przez odwołującego (w tym opisów technicznych) wskazujących, że w budynku w Gogolinie zaprojektowano i wykonano w istocie wentylację grawitacyjną.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający nie powinien brać pod uwagę, przy ocenie oferty przystępującego, Inwestycji nr 2 wskazanej w Załączniku nr 7b do SWZ*Wykaz osób*, a w konsekwencji winien uznać, że tylko 2 spośród 4 inwestycji wskazanych przez tego wykonawcę w ramach doświadczenia Kierownika Budowy odpowiadają wymaganiom przez niego postawionym w treści SWZ (Inwestycja nr 4 była uznana jako nie spełniająca warunków zamawiającego), co oznacza, że ofercie wykonawcy G.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Inżynierska "ALOG" G.G., należałoby przyznać tylko 10 punktów w ramach kryterium*Doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika budowy (D).*

Odnosząc się do kwestii powołania się przez przystępującego w formularzu ofertowym na 3 realizacje (wyłącznie liczbowo), a następnie przedstawienie w ramach wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych 4 realizacji, to w tym zakresie Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż wskazanie w formularzu ofertowym trzech realizacji, nie wyklucza wskazania większej ilości realizacji robót w uzupełnionym wykazie i przyznania maksymalnej liczby punktów za te 3 realizacje, nawet jeśli, roboty spełniające warunek nie byłyby wskazane w kolejności chronologicznej. Nie jest to niezgodne z treścią oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym, co podnosił odwołujący.

Natomiast w ocenie Izby odwołujący nie wykazał wszystkich przesłanek zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji (poprzez przedstawienie nieprawdziwych informacji w ofercie przystępującego), w związku z czym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności odwołujący nie wykazał stopnia winy przystępującego. Odwołujący uzasadniając przedmiotowy zarzut odniósł się szeroko do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a w odniesieniu do niniejszej sprawy jedynie stwierdził, że wykonawca próbował wprowadzić zamawiającego w błąd w zakresie tego, że wskazane inwestycje spełniają postawione przez niego wymagania.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w punkcie 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp i w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego oraz zamawiającego mając na uwadze proporcję zarzutów uwzględnionych i oddalonych, tj. 1:1 (jeden zarzut uwzględniony i jeden zarzut oddalony), w związku z czym rozdzieliła koszty stosownie do wyniku postępowania odwoławczego obciążając nimi zamawiającego i odwołującego w części 1/2.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł, uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł, stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 6 800,00 zł stanowiącą należną odwołującemu po stosunkowym rozdzieleniu część kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w punkcie 3 sentencji.

Przewodniczący:……