

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę: **EBS BUD sp. z o. o., ul. Kostki Potockiego 2B/39, 02-958 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Ogrodnictwa – Państwowy Instytut Badawczy, ul. Konstytucji 3 Maja 1/3, 96-100 Skierniewice,**

przy udziale wykonawcy **Grupa Ekoenergia sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141d, 96-100 Skierniewice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego punktacji przyznanej w ramach kryterium oceny ofert – „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenie wykonawcy Grupa Ekoenergia sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących inwestycji wykonywanej na rzecz Gminy Kutno,
2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego: EBS BUD sp. z o. o., ul. Kostki Potockiego 2B/39, 02-958 Warszawa, w części 2/3 oraz zamawiającego: Instytut Ogrodnictwa – Państwowy Instytut Badawczy, ul. Konstytucji 3 Maja 1/3, 96-100 Skierniewice, w części 1/3, i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
- 3.2. zasądza od zamawiającego: Instytut Ogrodnictwa – Państwowy Instytut Badawczy, ul. Konstytucji 3 Maja 1/3, 96-100 Skierniewice, na rzecz odwołującego: EBS BUD sp. z o. o., ul. Kostki Potockiego 2B/39, 02-958 Warszawa, kwotę 5 467 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy).

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. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Instytut Ogrodnictwa – Państwowy Instytut Badawczy, ul. Konstytucji 3 Maja 1/3, 96-100 Skierniewice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn. Centrum Innowacyjnych i Zrównoważonych Technologii Ogrodniczych (CIZTO)”, numer referencyjny: 1/ZP/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.02.2022 r., nr 2022/S 028-070317.

Pismem z dnia 01.04.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grupa Ekoenergia sp. z o.o.

W dniu 11.04.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: EBS BUD sp. z o. o., ul. Kostki Potockiego 2B/39, 02-958 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia polegające na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty Grupa Ekoenergia sp. z o. o., która powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”,
- 2) dokonaniu błędnej oceny ofert polegającej na niezasadnym przyznaniu punktów spółce Grupa Ekoenergia w kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia”, mimo że osoby wskazane w wykazie osób nie posiadają określonego w swz doświadczenia, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp,
- 3) zaniechaniu wykluczenia spółki Grupa Ekoenergia z postępowania, mimo że wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, co stanowi naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp
- 4) wyborze oferty wykonawcy oferty spółki Grupa Ekoenergia jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona oraz nie uzyskała największej liczby punktów w kryteriach oceny ofert, zatem nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp,

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„I. NIESPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.

1. Doświadczenie Wykonawcy – zdolność techniczna lub zawodowa.

(...) Ekoenergia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, złożyła wykaz robót wraz z referencjami, wskazując przy tym na spełnienie warunku w opcji określonej w lit. a), wykonania dwóch robót budowlanych w systemie zaprojektuj i wybuduj polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto każdego z budynków. Co oznacza, że Ekoenergia chcąc spełnić warunek udziału w Postępowaniu powinna przedstawić dwie roboty budowlane we wskazanym systemie, gdzie wartość budynku wykonanego w ramach roboty wynosić będzie co najmniej 10 000 000,00 zł brutto każdy z nich (tj. wartość każdego z budynków) a nie każda z nich (czyli wartość każdej z robót).

Tymczasem Ekoenergia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu przedstawiła następujące roboty budowlane:

- a) „ZAPROJEKTOWANIE I BUDOWA CENTRUM PRZETWÓRSTWA PRODUKTÓW OGRODNICZYCH” zrealizowane na rzecz INSTYTUTU OGRODNICTWA-PAŃSTWOWEGO INSTYTUTU BADAWCZEGO o wartości 10 001 004, 68 zł brutto;
- b) „Budowa pasywnego budynku użyteczności publicznej przeznaczonego na cele dydaktyczne Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych im. Stanisława Staszica w Wieruszowie i Poradni Psychologiczno-Pedagogicznej w Wieruszowie" w formule „zaprojektuj i wybuduj" zrealizowane na rzecz Powiatu Wieruszowskiego o wartości 10 000 100, 00 zł brutto;

Odwołujący wskazuje, że wartość obu wskazanych robót nieznacznie przekracza wymaganą przez Zamawiającego wartość 10 000 000,00 zł brutto. W przypadku zadania w formule zaprojektuj i wybuduj należy bardzo wyraźnie rozgraniczyć wartość prac projektowych (w tym koncepcji, projektu budowlanego, projektu wykonawczego czy nadzoru autorskiego) i wartość realizowanego później na podstawie tej dokumentacji budynku. Wartość prac projektowych waha się w zależności od realizacji w przedziale 3-10 % całego zadania wykonywanego w formule zaprojektuj i wybuduj (bardzo często zamawiający narzucają granice tych kwot), w skrajnych przypadkach sięgając nawet kilkudziesięciu procent tej wartości. Oczekując na dokumenty z w/w postępowań o które wystąpiliśmy do referencyjnych Zamawiających już dziś możemy stwierdzić że niemożliwe jest, aby prace projektowe, w ramach tych robót zamykały się w kwocie 1004,68 zł, czy też 100 zł, co wskazuje na fakt że wartość przedmiotowych budynków jest znacznie mniejsza niż 10 000 000 zł brutto. (...)

Wskazać należy, że Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu powinien ściśle kierować ustaloną treścią tych warunków. Jeżeli zatem Zamawiający wymagał, aby każdy z budynków użyteczności publicznej miał wartość 10 000

000,00 zł brutto, nie mógł uznać warunku za spełniony, gdy przedstawione dokumenty jednoznacznie nie potwierdzały tych okoliczności. Inna wykładnia warunku, na etapie oceny ofert prowadziłaby do uznania, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał modyfikacji treści SWZ po składaniu ofert, a w praktyce doprowadziłaby do sytuacji, w której wymaganie byłoby spełnione przez realizację w formule zaprojektuj zadania gdzie wartość budynku nie ma żadnego znaczenia i np. projekt kosztuje 1 mln, zagospodarowanie terenu 7 mln a budynek użyteczności publicznej 2 mln.

W tym miejscu należy przypomnieć że wymaganie Zamawiającego mówiło: „o wartości 10 mln brutto każdy (budynek)” a nie każda (robota budowlana w formule zaprojektuj i wybuduj) czyli nie odnosiło się do wartości całego zadania a budynku który był budowany lub przebudowywany. (...)

2. Doświadczenie personelu wykonawcy - zdolność techniczna lub zawodowa.

(...) Odwołujący podkreśla, że w złożonym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu wykazie osób, Ekoenergia jako kierownika budowy wskazała Pana Henryka (...), wskazując przy tym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, że ta osoba pełniła funkcję kierownika budowy w ramach projektu: „Poprawa efektywności energetycznej budynku użyteczności publicznej poprzez głęboką termomodernizację kompleksu oświatowego w miejscowości Dobre wraz z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii” dla Urzędu Gminy Dobre o wskazanej przez Wykonawcę wartości: 5 068 653,55 zł brutto.

Z uzyskanych od Urzędu Gminy Dobre informacji wynika, że wskazana przez Ekoenergia wartość robót jest nieprawidłowa. Wynagrodzenie w ramach umowy, na którą powołuje się wykonawca wynosiło bowiem 4 986 000, 00 zł brutto i było wynagrodzeniem ryczałtowym.

(...) Powyższe jednoznacznie wskazuje, że wartość umowy nie przekroczyła wymaganych przez Zamawiającego 5 000 000,00 zł. Ponadto z uzyskanych od Urzędu Gminy Dobre informacji wynika, że na przedmiot umowy składał się szereg robót w kompleksie budynków, których nie można uznać za jeden budynek w rozumieniu postawionego przez Zamawiającego wymagania. Zamawiający bowiem wprost wskazał, że wartość budynku użyteczności publicznej musi wynosić min. 5 000 000,00 zł. Jeżeli zatem zakres umowy był dużo szerszy, to budowa, czy przebudowa jednego budynku z pewnością nie mogła opiewać na 5 000 000,00 zł. Na uwagę zasługuje fakt, że Gmina Dobre uznała tylko prace dotyczące niewielkiej kotłowni wchodzącej w skład kompleksu oświatowego za spełniające wymagania „przebudowy”.

Na uwagę zwraca też nomenklatura którą posługiwał się projektant tej realizacji, który wykonał oddzielne projekty dla szkoły podstawowej i dla gimnazjum. Podsumowując należy stwierdzić z całą pewnością że żaden z obiektów realizowanych przy okazji tej inwestycji nie był „budową lub przebudową budynku o wartości 5 mln zł”.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należy, że osoba wskazana na potwierdzenie spełniania warunku, nie spełnia jednoznacznych wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ. (...) Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że jeżeli Ekoenergia nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę takiego wykonawcy zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy PZP.

II. Błędna ocena ofert – punktacja.

(...) Za każdą dodatkową inwestycję spełniającą powyższe wymagania Zamawiający miał przyznać 2 punkty. Osobą wymienioną w wykazie jako kierownik budowy jest Pan Henryk (...). Natomiast jako jedną z dodatkowych inwestycji, w ramach których jeden z budynków użyteczności publicznej miał mieć wartość co najmniej 5 000 000,00 zł był „Rozwój gospodarki turystycznej w Gminie Kutno poprzez wykorzystanie walorów przyrodniczych i dziedzictwa kulturowego” w zakresie wykonania Zadania nr 1- Infrastruktura turystyczna oraz Zadania nr 2 - Zagospodarowanie bezpośredniego otoczenia projektu” zrealizowany dla Gminy Kutno, o łącznej wartości 10 444 480,53 zł. (...)

Niemożliwe jest, aby przy tak szerokim zakresie prac, wartość budowy lub przebudowy któregośkolwiek z budynków w ramach inwestycji przekroczyła 5 000 000,00 zł brutto jak tego wymaga Zamawiający. Odwołujący wskazuje, że posiadane przez niego informacje oraz dokumentacja projektowa jednoznacznie wskazują, że zakres prac obejmował obowiązek rewitalizacji zabytkowych terenów zielonych o znacznej powierzchni, przebudowę 3 obiektów, realizację bardzo dużego zakresu pomp ciepła na terenie, kolektorów słonecznych o znacznej mocy, parkingów oraz innych prac. Zdaniem Odwołującego w ramach realizacji umowy żaden z budynków nie miał wartości wymaganej przez Zamawiającego.

Pomimo faktu iż Odwołujący nadal oczekuje na komplet dokumentów z niniejszego postępowania, to z otrzymanych już od Gminy Kutno, Harmonogramów Rzeczowo – Finansowych będących częścią umowy na to zadanie, jasno wynika że wartość prac budowlanych i instalacyjnych wykonanych dla budynków A i B wynosi maksymalnie ok. 5 910 000 zł brutto (pozycje harmonogramu 1.1, 1.2, 1.3, 1.8, 1.9, 2.1, 2.2 i 2.3). Ponadto ze znajdującej się na stronie zamawiającego z Kutna dokumentacji projektowej wynika że; oba budynki tj. A i B mają podobną powierzchnię – odpowiednio 424,79 m² i 333,99 m² co jasno wskazuje że prace dotyczące jednego z nich nie mogły opiewać na kwotę 5 mln brutto a Zamawiający w toku niniejszego postępowania zaniechał weryfikacji tych oczywistych przesłanek.

Ponadto wskazać należy, że określone przez Zamawiającego kryterium jest jednoznaczne i wynika z niego wprost wymaganie co do wartości budynku użyteczności publicznej jaki miał być zrealizowany w ramach inwestycji. Inna interpretacja wskazanego kryterium prowadziłaby do nieuprawnionej zmiany treści SWZ po terminie otwarcia ofert. (...)

Mając na względzie powyższe, Zamawiający w sposób niezasadny przyznał punkty Ekoenergia w ramach omawianego kryterium, bowiem nie powinien przyznać on punktów za dodatkowe doświadczenie kierownika robót, za inwestycje zrealizowaną na rzecz Gminy Kutno. (...)

III. WPROWADZENIE W BŁĄD

Odwołujący podkreśla w tym miejscu, że zarówno informacje podane przez Ekoenergia w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, jak i informacje będące podstawą oceny ofert przez Zamawiającego w ramach ustalonych kryteriów zostały podane niezgodnie ze stanem faktycznym.

Zdaniem Odwołującego, Ekoenergia doskonale zdawała sobie sprawę z treści warunków udziału w Postępowaniu oraz tego w jaki sposób należy wykazać ich spełnienie. Licząc jednak na brak zainteresowania, analizy ze strony Zamawiającego przedstawiła informacje, które należy uznać za niezgodne ze stanem faktycznym, które wprowadziły Zamawiającego w błąd i bez wątpienia miały wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, o czym świadczy wybór oferty Ekoenergia jako najkorzystniejszej.

Informacje te opisał Odwołujący w treści zarzutów dotyczących niespełniania warunków udziału w Postępowaniu, czy też błędnej oceny ofert w ramach kryterium. Jaskrawym przykładem wskazania nieprawdziwych informacji jest wskazanie wartości inwestycji, na której kierownikiem budowy miała być osoba wskazana na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, gdy z treści Umowy, załączonej przez Odwołującego jako dowód, wynika wprost, że wynagrodzenie ryczałtowe w ramach umowy wynosiło poniżej 5 000 000,00 zł brutto, nie sposób zatem uznać, że Wykonawca będący profesjonalistą nie miał świadomości tego, że podaje informacje niezgodne z prawdą. (...)

Ekoenergia jako profesjonalny wykonawca, biorący udział w licznych postępowaniach przetargowych, musi mieć świadomość konsekwencji podawania nieprawdziwych informacji. Przed przystąpieniem do postępowania przetargowego, winno zweryfikować posiadane doświadczenie, w szczególności w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

(...) Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego Ekoenergia winna zostać wykluczona z Postępowania, a oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty spółki Grupa Ekoenergia,
- 2) wykluczenia spółki Grupa Ekoenergia z postępowania,
- 3) odrzucenia oferty spółki Grupa Ekoenergia,
- 4) dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,
- 5) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty odwołującego.

Pismem z dnia 15.04.2022 r. wykonawca Grupa Ekoenergia sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141d, 96-100 Skierniewice (dalej: „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 28.04.2022 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych, związanych z wybudowaniem Centrum Innowacyjnych i Zrównoważonych Technologii Ogrodniczych (CIZTO) wraz z zagospodarowaniem terenu.

W rozdziale III specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz”) w pkt 2.1) zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 6 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) wykonał należycie co najmniej (2) dwie roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: dziesięć milionów 00/100) każdy z nich, z czego w co najmniej jednym budynku część pomieszczeń przeznaczona była na laboratoria badawcze,

lub

b) wykonał należycie co najmniej (2) dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: dziesięć milionów 00/100) każda z nich, z czego w co najmniej w jednym budynku część pomieszczeń przeznaczona była na laboratoria badawcze oraz co najmniej (2) dwie usługi polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: dziesięć milionów 00/100) każda z nich, z czego w co najmniej w jednym budynku część pomieszczeń była zaprojektowana jako pomieszczenia przeznaczone na laboratoria badawcze,

lub

c) wykonał należycie co najmniej (1) jedną robotę budowlaną w systemie zaprojektuj i wybuduj polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: dziesięć milionów 00/100), w której część pomieszczeń przeznaczona była na laboratoria badawcze i wykonał należycie co najmniej (1) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: dziesięć milionów 00/100) w którym przynajmniej część pomieszczeń przeznaczona były na laboratoria badawcze oraz co najmniej (1) jedną usługę polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: dziesięć milionów 00/100), w którym część pomieszczeń była zaprojektowana jako pomieszczenia przeznaczone na laboratoria badawcze.

W rozdziale III swz w pkt 3.1) swz zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać, że dysponuje lub przy realizacji zamówienia będzie dysponował m.in.:

1) co najmniej jedną osobą posiadającą kwalifikacje do pełnienia funkcji kierownika budowy, tj. ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy dla co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł.

W rozdziale XII swz zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

- 1) Kryterium (C) – Cena oferty - 80%,
- 2) Kryterium (G) – Długość gwarancji na wykonanie robót budowlanych – 10%,
- 3) Kryterium (D) – Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia – 10%.

W ramach kryterium Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia (D), punkty miały być przyznawane zgodnie z zasadami wynikającymi z zamieszczonej w swz tabeli, w tym m.in.:

Lp.	Funkcja	Zakres doświadczenia punktowanego w ramach kryterium	Maksymalna liczba projektów (inwestycji) podlegająca punktacji	Liczba punktów
1.	Kierownik budowy	Nabył dodatkowe doświadczenie (ponad zakres minimalny określony w warunku udziału w postępowaniu) w pełnieniu funkcji jako	maksymalnie 2 dodatkowe inwestycje	maksymalnie 4,00 pkt za

	Kierownik budowy do kierowania robotami budowlanymi w okresie ostatnich 5 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert przy realizacji inwestycji dotyczących robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: pięć milionów 00/100) każdy z nich.		2 dodatkowe inwestycje (po 2 pkt za każdą inwestycję)
--	--	--	---

Przystępujący złożył ofertę, w której jako doświadczenie kierownika budowy wskazał:

- 1) w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – inwestycję pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynku użyteczności publicznej poprzez głęboką termomodernizację kompleksu oświatowego w miejscowości Dobre wraz z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii” o wartości 5.068.653,55 zł brutto,
- 2) w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert:
 - a) inwestycję pn. „Budowa przedszkola w Sędziejowicach” o wartości 12.541.698,06 zł brutto,
 - b) inwestycję pn. „Rozwój gospodarki turystycznej w Gminie Kutno poprzez wykorzystanie walorów przyrodniczych i dziedzictwa kulturowego” w zakresie wykonania Zadania nr 1 - Infrastruktura turystyczna oraz Zadania nr 2 - Zagospodarowanie bezpośredniego otoczenia projektu” o wartości 10.444.480,53 zł brutto.

Pismem z dnia 27.03.2022 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Przystępujący złożył m.in. wykaz robót, z którego wynika, że zdecydował się wykazać warunek zdolności zawodowej lub technicznej w zakresie doświadczenia zgodnie z opisem tego warunku w pkt 2.1) a) swz i w którym wskazał:

- 1) inwestycję pn. „Zaprojektowanie i budowa Centrum Przetwórstwa produktów ogrodniczych – Instytut Ogrodnictwa Państwowy Instytut Badawczy” o wartości 10.001.004,68 zł brutto,
- 2) inwestycję pn. „Budowa pasywnego budynku użyteczności publicznej przeznaczonego na cele dydaktyczne Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych im. Stanisława Staszica w Wieruszowie i Poradni Psychologiczno-Pedagogicznej w Wieruszowie” w formule zaprojektuj i wybuduj” o wartości 10.000.100,00 zł brutto.

Do wykazu robót przystępujący załączył referencje, których treść potwierdza ww. wartości robót.

Pismem z dnia 01.04.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego 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 zaniechania zamawiającego.

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

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych,

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

- a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zarzut dotyczący warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez przystępującego warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy, należy przypomnieć jego treść w wariantcie a), który wybrał przystępujący:

„(...) wykonał należycie co najmniej (2) dwie roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: dziesięć milionów 00/100) każdy z nich (...)”.

W świetle treści ww. warunku przede wszystkim należy zauważyć, że wyraźnie użyto w nim słowa „każdy” w rodzaju męskim. Tym samym z opisu warunku jednoznacznie wynika, że wartość 10 mln zł nie może odnosić się do każdej roboty, która jest rzeczownikiem rodzaju żeńskiego, ale musi odnosić się do każdego budynku, gdyż tylko budynek w tym warunku jest rzeczownikiem rodzaju męskiego. Jasne zatem jest, że „każdy” wykazany budynek ma mieć wartość 10 mln zł, nie zaś każda wykazana robota budowlana.

Nie można się przy tym zgodzić z zamawiającym i przystępującym, jakoby wykładnia ww. warunku znajdowała się we wzorze wykazu robót, gdzie w kolumnie trzeciej dotyczącej wartości wymaganej w warunku, zamawiający wskazał: „..... wartość zamówienia min. 10 000 000,00 zł brutto”. Zamawiający użył wprawdzie we wzorze wykazu robót słowa „zamówienie”, ale nie może ono być rozumiane jako odpowiednik „roboty budowlanej” wskazanej w warunku, gdyż pozostawałoby to w jawnej sprzeczności z treścią tego warunku. W treści warunku bowiem jasno i jednoznacznie zostało użyte słowo „każdy”, co nie może odnosić się do niczego innego, jak tylko do budynku. Tym samym, aby treść warunku i wzoru wykazu robót mogły być uznane za spójne ze sobą, użyte w wykazie robót słowo „zamówienie” może być rozumiane wyłącznie jako odpowiednik „budynek” o wartości 10 mln zł. Pomijając zatem kwestię braku konsekwencji zamawiającego w posługiwaniu się ww. pojęciami w celu opisanego warunku, przede wszystkim należy stwierdzić, że słowo „zamówienie” nie może być rozumiane inaczej, niż jako zamówienie opisane w warunku, czyli jako budowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 10 mln zł każdy z nich (tj. każdy z budynków).

Izba nie podzieliła także argumentacji zamawiającego, zgodnie z którą treść pytań wykonawców nr 1 i 2 oraz odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 17.02.2022 r. dowodzi, że wartość wymaganą w ww. warunku należy odnosić do robót budowlanych. Treść zadawanych przez wykonawców pytań nie może stanowić podstawy dokonywania wykładni warunku, bo podmiotem uprawnionym do formułowania warunków udziału w postępowaniu jest zamawiający, a nie wykonawcy. Z kolei udzielona przez zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 1 odnosiła się do okresu, z którego wykonawcy mogą wykazać wymagane doświadczenie, nie zaś do tego, czego dotyczy wymagana w ww. warunku wartość. Stąd też niezasadne jest wyciąganie z ww. odpowiedzi wniosków co do kwestii wartości wymaganej w ww. warunku.

Reasumując, nie budzi wątpliwości Izby, że słowo „każdy” odnosi się do każdego budynku, a zatem wymagana wartość 10 mln zł dotyczy budynku, a nie roboty budowlanej.

Niezależnie od powyższego, powstaje jednak pytanie, czy do wymaganej w warunku wartości budynku wykonawca mógł, czy nie mógł, doliczyć wartości wykonanej dokumentacji projektowej tego budynku. Izba dostrzega w tym zakresie potencjalną trafność argumentacji obu stron.

Z jednej strony rację ma odwołujący twierdząc, że w wartości budowy lub przebudowy budynku nie powinno się uwzględniać wartość dokumentacji projektowej dotyczącej tego budynku. Argumentację odwołującego potwierdza treść definicji budowy i przebudowy zawartych w art. 3 pkt 6 i 7a ustawy Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.), w których nie ma odniesienia do dokumentacji projektowej. Ponadto argumentacja odwołującego znajduje potwierdzenie w porównaniu treści warunku w wariantach a) do treści wariantów b) i c), w których zamawiający wprost przewidział możliwość wykazania spełnienia warunku m.in. poprzez doświadczenie w usługach polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej. Tymczasem w wariantach a) opis warunku nie przewidywał wprost takiej możliwości, zatem zasadna może być interpretacja odwołującego, zgodnie z którą do wartości 10 mln zł budynku nie można wliczać wartości dokumentacji projektowej dotyczącej tego budynku.

Z drugiej strony rację ma zamawiający i przystępujący, że wymagany w warunku budynek miał być wykazany w ramach roboty budowlanej, przy czym wymagane było, aby robota ta była wykonana w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Skoro zatem robota budowlana miała być wykonana w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, to można rozumieć warunek również w ten sposób, że konsekwentnie w wymaganej wartości budynku można było uwzględnić wartość dokumentacji projektowej wykonanej dla tego budynku.

W tym miejscu należy stwierdzić, że opis ww. warunku nie jest jednoznaczny co do tego, czy wymagana wartość budynku (10 mln zł) może, czy nie może obejmować wartości dokumentacji projektowej dotyczącej tego budynku. Warunek nie został opisany jasno we wskazanym zakresie i – jak pokazuje argumentacja stron – możliwe są różne jego interpretacje. Zgodnie natomiast z jednolitym orzecznictwem Izby, niejasności postanowień swz nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy. Oznacza to, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji tego, że zamawiający nieprecyzyjnie sformułował postanowienia swz.

Przystępujący w celu wykazania spełnienia ww. warunku przedstawił:

- inwestycję realizowaną na rzecz samego zamawiającego, przy czym z umowy nr 22/ZP/2019 z dnia 30.08.2019 r. wraz z aneksem nr 3 z dnia 02.04.2021 r. wynika, że wartość budowy Centrum Przetwórstwa Produktów Ogrodniczych wraz z dokumentacją projektową wyniosła 10.001.004,68 zł brutto,

- inwestycję realizowaną na rzecz Powiatu Wieruszowskiego, przy czym z umowy nr 131/2019 z dnia 20.08.2019 r. i oferty złożonej przez przystępującego wynika, że wartość budowy pasywnego budynku użyteczności publicznej wraz z dokumentacją projektową (w zakres której wchodziły też wymagane certyfikaty - § 3 ust. 2 pkt 1) lit. j) ww. umowy) wyniosła 10.000.100,00 zł brutto.

Jak już wyżej wskazano, Izba stwierdziła, że w świetle opisu ww. warunku nie ma możliwości jednoznacznego ustalenia, czy w wymaganej wartości budynku można było uwzględnić wartość dokumentacji projektowej dotyczącej tego budynku, czy nie. Wobec powyższego nie ma też podstaw do stwierdzenia, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia i w efekcie nie ma podstaw do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut dotyczący warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia kierownika budowy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez przystępującego warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia kierownika budowy, należy przypomnieć jego treść:

„co najmniej jedną osobą (...) posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy dla co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł”.

Przystępujący w celu wykazania spełnienia ww. warunku przedstawił dla kierownika budowy doświadczenie dotyczące kompleksu oświatowego w miejscowości Dobre o wartości 5.068.653,55 zł brutto.

Po pierwsze, należy zauważyć, że wprawdzie z dowodów złożonych przez odwołującego wynika, że wartość ww. inwestycji wyniosła 4.986.000,00 zł brutto, ale z dowodów złożonych przez zamawiającego i przystępującego wynika, że oprócz umowy z dnia 09.06.2017 r. dotyczącej zamówienia podstawowego, Gmina Dobre zawarła z przystępującym dwie kolejne umowy dotyczące tej inwestycji, tj. umowę z dnia 25.08.2017 r. i umowę z dnia 28.08.2017 r. na roboty dodatkowe, co skutkowało zwiększeniem wynagrodzenia wykonawcy łącznie do kwoty 5.068.653,55 zł brutto. Oznacza to, że łącznie z wykonanymi robotami dodatkowymi, wartość inwestycji w miejscowości Dobre przekroczyła wartość wymaganą w opisie warunku.

Po drugie, odwołujący podniósł, że opis warunku i wymagana w nim wartość dotyczyły budynku, podczas gdy przystępujący przedstawił kompleks składający się z dwóch budynków. W tym miejscu należy zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, że „kompleks oświatowy” nie jest pojęciem tożsamym z pojęciem „kompleksu budynków”.

Pojęcie „kompleks oświatowy” odnosi się bowiem do celu, któremu służy dana inwestycja, bez względu na to, co obejmuje, natomiast „kompleks budynków” odnosi się konkretnie do zdefiniowanego w ww. ustawie Prawo budowlane pojęcia „budynku”. Użycie zatem w nazwie ww. inwestycji sformułowania „kompleks oświatowy” nie przesądza o spełnieniu, bądź niespełnieniu ww. warunku.

W przypadku inwestycji w miejscowości Dobre mamy, zdaniem Izby, do czynienia z jednym budynkiem. Nie świadczy o tym wprawdzie przedstawiona przez zamawiającego opinia GUNB z dnia 26.05.2015 r., gdyż została ona wydana w konkretnym celu rozwiania wątpliwości dotyczących prowadzenia książki obiektu budowlanego, a zatem ma zastosowanie tylko w tym wąskim zakresie. Niemniej jednak o realizacji jednego budynku w miejscowości Dobre świadczy złożone przez przystępującego opracowanie projektanta, w którym określono zadanie jako „Poprawa efektywności energetycznej budynku użyteczności publicznej (...)”, a w pkt 2 i 3 wskazano, że obiekt składa się z budynku Szkoły Podstawowej wraz z salą gimnastyczną oraz budynku Gimnazjum, ale wskazano też, że „Gimnazjum stanowi rozbudowę budynku szkolnego, połączony łącznikiem na poziomie I piętra”. Obiekt był zatem traktowany przez projektanta jako jeden budynek użyteczności publicznej, a część gimnazjalna nie ma charakteru odrębnego, ale stanowi rozbudowę budynku Szkoły Podstawowej i jest z nią połączona. Informacje wynikające z ww. opracowania potwierdzają złożone przez zamawiającego i przystępującego: rzuty obiektu na poziomie I piętra oraz stanowisko inwestora, czyli wójta Gminy Dobre, wyrażone w piśmie z dnia 15.04.2022 r. oraz w referencjach, w których kubaturę całej inwestycji wskazano jako kubaturę „budynku”. Natomiast treść pisma wójta Gminy Dobre z dnia 01.04.2022 r. złożonego jako dowód przez odwołującego, niczego w omawianym zakresie nie wyjaśnia. Z kolei w harmonogramie rzeczowo-finansowym realizacji robót, złożonym przez odwołującego, posłużono się wieloma sformułowaniami dotyczącymi ww. inwestycji, w tym: „część wschodnia (stara)”, „część północna”, „budynek Gimnazjum”, „budynek sali gimnastycznej”, „budowa kotłowni gazowej w budynku szkolnym”, „instalacje elektryczne”, „instalacja fotowoltaiczna”, czyli sformułowaniami nie ograniczającymi się tylko do podziału na Szkołę Podstawową wraz z salą gimnastyczną i Gimnazjum. Oznacza to, że dokument ten został sporządzony z intencją pokazania podziału i postępu prac, w tym także prac dotyczących wszystkich części obiektu, nie zaś z intencją ustalenia, z ilu budynków składa się obiekt.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że inwestycja w miejscowości Dobre dotyczyła jednego budynku użyteczności publicznej o wartości przekraczającej 5 mln zł brutto, co oznacza, że przystępujący wykazał spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia kierownika budowy. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut dotyczący oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego oceny oferty przystępującego w ramach kryterium oceny ofert: Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, należy przypomnieć, że wykonawca miał otrzymać po 2 punkty za każdą wskazaną inwestycję stanowiącą doświadczenie kierownika budowy (ponad zakres minimalny określony w warunku udziału w postępowaniu) „*przy realizacji inwestycji dotyczących robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto (słownie złotych: pięć milionów 00/100) każdy z nich*”.

Analogicznie, jak w przypadku warunku doświadczenia wykonawcy, należy zauważyć, że w opisie ww. kryterium wyraźnie użyto słowa „każdy” w rodzaju męskim. Wymagana wartość 5 mln zł brutto nie może zatem odnosić się do każdej roboty, która jest rzeczownikiem rodzaju żeńskiego, ale musi odnosić się do każdego budynku, gdyż tylko budynek w opisie tego kryterium jest rzeczownikiem rodzaju męskiego. Tym samym jasne jest, że żeby dostać punkty w ww. kryterium trzeba było wykazać dodatkowe doświadczenie kierownika budowy w zakresie budowy lub przebudowy budynku o wartości min. 5 mln zł brutto, nie zaś roboty budowlanej o wartości min. 5 mln zł.

Również, analogicznie jak w przypadku warunku doświadczenia wykonawcy, nie można przyjąć, że wzór wykazu usług, w którym użyto sformułowania: „wartość zamówienia”, świadczy o tym, że dodatkowe punkty można było uzyskać za roboty budowlane o ww. wartości. Niekonsekwencja zamawiającego w używaniu pojęć w tym zakresie nie może prowadzić do sytuacji, w której wzór wykazu usług byłby całkowicie sprzeczny z treścią kryterium, w którym użycie słowa „każdy” w sposób jasny i precyzyjny odnosi się do wartości jednego budynku. Tym samym jednoznaczność opisu kryterium prowadzi do wniosku, że „zamówienie” w wykazie usług należy rozumieć jako zamówienie opisane w tym kryterium, czyli budowę lub przebudowę budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 5 mln zł brutto.

Jednocześnie należy zauważyć, że o ile w opisie warunku doświadczenia wykonawcy wskazano także, że budynek ma być wykazany w ramach roboty budowlanej wykonanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, co uzasadniało rozważania, czy w wartości budynku można uwzględniać wartość dokumentacji projektowej dotyczącej tego budynku, o tyle w opisie ww. kryterium brak jest jakiegokolwiek odniesienia do projektowania, czy innych elementów realizacji inwestycji. Tym samym nie ma wątpliwości, że wymagana w opisie ww. kryterium wartość 5 mln zł odnosi się wyłącznie do wartości jednego budynku.

Przystępujący w wykazie usług wskazał jako jedną z dwóch inwestycji stanowiących dodatkowe doświadczenie kierownika budowy inwestycję wykonywaną na rzecz Gminy Kutno o wartości 10.444.480,53 zł brutto.

Jak słusznie wskazał odwołujący, inwestycja ta składała się z trzech budynków, w tym z dwóch głównych: A (dwór z XIX w.) i B (Ośrodek Kultury), a ponadto na budynku C (kotłowni) wykonano instalacje fotowoltaiczne. Budynki te nie były ze sobą w żaden sposób połączone i we wszystkich dokumentach figurują jako odrębne, stąd też nie zachodzi żadna podstawa do rozważań, czy można je uznać za jeden budynek, jak miało to miejsce w przypadku inwestycji wykazanej w celu spełnienia warunku doświadczenia kierownika budowy.

Nawet przy ograniczeniu oceny przedmiotowej sytuacji do dwóch głównych odrębnych budynków, tj. A i B, powstaje pytanie, czy którykolwiek z nich miał wartość co najmniej 5 mln zł. W tym miejscu należy zauważyć, że dokumenty takie jak:

- przedstawione przez odwołującego: projekt budowlany zamienny z 2015 r., projekt wykonawczy architektura i konstrukcja z 2009 r., harmonogram rzeczowo-finansowy (niezależnie od tego, że przystępujący kwestionuje ich aktualność), projekt budowlany, mapa sytuacyjno-wysokościowa do celów projektowych,
 - przedstawione przez przystępującego: poświadczenie (referencje) od Gminy Kutno, harmonogram rzeczowo-finansowy, umowa nr 25/2018 z dnia 17.05.2018 r., protokół odbioru końcowego prac nr 8, specyfikacja istotnych warunków zamówienia,
- nie zawierają informacji pozwalających na ustalenie, jaka była odrębna wartość budynku A i budynku B.

Jedynie z przedstawionego przez przystępującego załącznika nr 12 do jego pisma procesowego, tj. z opracowania własnego w postaci tabeli, w której wyszczególniono określone prace i wskazano ich koszt w podziale na budynek A i B, wynika że wartość budynku A wyniosła 6.126.107,85 zł brutto, natomiast wartość budynku B – 3.229.291,83 zł (kwota ok. 1 mln zł brakująca do wskazanej w wykazie usług wartości 10.444.480,53 zł prawdopodobnie dotyczy robót na budynku C, którego w ogóle nie uwzględniono w tym opracowaniu). Należy przy tym zauważyć, że wartość tylko niektórych z wyszczególnionych w ww. tabeli prac znajduje potwierdzenie w załączonych również przez przystępującego kosztorysach ofertowych (m.in. kosztorysy dotyczące robót budowlanych, instalacji c.w.u., instalacji sanitarnych, instalacji dla klimatyzacji, instalacji elektrycznych). Tylko niektóre bowiem kosztorysy zostały sporządzone odrębnie dla budynku A i budynku B. Pozostałe kosztorysy zostały sporządzone wspólnie dla obu budynków, zatem wynikające z nich kwoty dotyczą robót na obu budynkach. W przedstawionej w załączniku nr 12 tabeli przystępujący dokonał podziału kwot wynikających z tychże wspólnych kosztorysów na budynek A

i budynek B dopisując przy tym: „Rozkład proporcjonalny”. Jak wynika z ww. opracowania, przystępujący dokonał ww. „rozkładu proporcjonalnego” wg powierzchni netto obu budynków. Powierzchnia budynku A wyniosła 424,79 m², powierzchnia budynku B wyniosła 333,99 m², zatem z sumy powierzchni - 758,78 m², przystępujący ustalił proporcje jako 55,98% dla budynku A i 44,02% dla budynku B. Wg tych procentowych wartości przystępujący podzielił następnie wartości wynikające z kosztorysów wspólnych na poszczególne budynki. Należy jednak zauważyć, że zakres i wartość koniecznych do wykonania robót, np. z zakresu instalacji grzewczo-chłodniczych, nie musi być adekwatna do powierzchni danego budynku. Ilość i wartość takich robót zależy m.in. od stanu technicznego, w jakim znajdują się te instalacje, czy od zmian zaprojektowanych w tym zakresie dla danego budynku. W efekcie rzeczywiste zaangażowanie określonych prac na danym budynku nie musi odpowiadać powierzchni tego budynku, bo z uwagi na stan techniczny budynku i zakres planowanych zmian możliwa jest sytuacja, w której w budynku o mniejszej powierzchni może być do wykonania o wiele więcej prac danego rodzaju. Tym samym przedstawione przez przystępującego wartości wyliczone wg „rozkładu proporcjonalnego” ustalonego w wyżej opisany sposób, tj. proporcjonalnie do powierzchni budynków, nie mogą być uznane za wiarygodne i nie mogą stanowić dowodu, że wartość budynku A rzeczywiście wyniosła 6.126.107,85 zł brutto. Należy przy tym podkreślić, że te wartości, które są możliwe do ustalenia na podstawie kosztorysów odrębnych dla budynku A i budynku B, są niższe niż wymagane min. 5 mln zł brutto dla każdego z budynków osobno. Tym samym wartości wynikające wyłącznie z kosztorysów odrębnych nie pozwalają na ustalenie, że przystępujący wykazał wymaganą w kryterium inwestycję, w której wartość budynku wyniosła min. 5 mln zł. Z kolei wartości wynikające z kosztorysów wspólnych podzielone na dwa budynki wg ww. „rozkładu proporcjonalnego” są niewiarygodne i w związku z tym nie dają podstaw do przyjęcia, że po ich doliczeniu do wartości wynikających z kosztorysów odrębnych którykolwiek budynek miał wymaganą wartość min. 5 mln zł. W związku z tym treść załącznika nr 12 do pisma procesowego przystępującego, czyli ww. opracowanie własne, nie stanowi dowodu na spełnienie wymogu wynikającego z ww. kryterium oceny ofert i w efekcie na zasadność przyznania przystępującemu 2 punktów w tymże kryterium.

Już tylko na marginesie należy zwrócić uwagę, że w ww. opracowaniu własnym przystępującego uwzględniono też wartość zagospodarowania terenu wokół budynków (drogi, chodniki, parking) w wysokości ponad 700.000,00 zł, w tym ponad 400.000,00 zł dla budynku A (wg „rozkładu proporcjonalnego”), podczas gdy z opisu kryterium wynika, że wymagana wartość ma dotyczyć tylko budynku. O ile prace ziemne/porządkowe lub konstrukcje pod panele fotowoltaiczne można ew. uznać za prace związane z budynkiem, o tyle drogi, chodniki, parking, są samodzielnymi obiektami.

W świetle wyżej wskazanych ustaleń Izba stwierdziła, że zarzut wykazania przez przystępującego inwestycji wykonanej na rzecz Gminy Kutno składającej się z więcej niż jednego budynku, z których żaden nie miał wartości min. 5 mln zł brutto, nie został obalony. Przystępujący nie wykazał, że kierownik budowy posiada doświadczenie w budowie lub przebudowie jednego budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 5 mln zł brutto, co oznacza, że przystępujący nie powinien otrzymać dodatkowych 2 pkt w ww. kryterium oceny ofert. Dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało uwzględnione.

W związku z powyższym należy także wskazać, że w zakresie inwestycji wykonywanej na rzecz Gminy Kutno przystępujący przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do tego, że inwestycja nie składała się tylko z jednego budynku i że w związku z tym podana w wykazie usług kwota nie dotyczy tylko jednego budynku, przy czym brak dowodów, aby którykolwiek z tych budynków miał wartość min. 5 mln zł brutto. Wobec jasnej treści ww. kryterium, działanie przystępującego musiało wynikać co najmniej z lekkomyślności lub niedbalstwa i niewątpliwie nie tylko mogło mieć, ale nawet miało wpływ na decyzje zamawiającego, gdyż oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Dlatego Izba stwierdziła, że wobec przystępującego zachodzi podstawa wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Jednocześnie nie znajduje zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ponieważ dotyczy on jedynie kwestii wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, natomiast nie dotyczy kryteriów oceny ofert.

Wobec powyższego, mimo stwierdzenia wadliwości czynności zamawiającego w zakresie liczby przyznanych przystępującemu punktów ww. kryterium, Izba nie nakazała zmiany tej punktacji poprzez jej zmniejszenie o 2 punkty, ponieważ jak już wyżej wskazano, wobec przystępującego zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Tym samym nakazywanie zmiany liczby przyznanych punktów w ww. kryterium byłoby niecelowe, skoro i tak przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania, a w konsekwencji jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a także w oparciu o dowody i stanowiska stron oraz przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 6 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b), 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).

Odwołujący podniósł 3 zarzuty, z których;

- zarzut dotyczący warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy został oddalony,
- zarzut dotyczący warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia kierownika budowy został oddalony,
- zarzut dotyczący oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert został uwzględniony.

Tym samym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie jednego zarzutu i oddaliła je w zakresie dwóch zarzutów. Stąd też zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w zakresie jednego zarzutu, zaś odwołujący – w zakresie dwóch zarzutów.

Na koszty postępowania odwoławczego składają się:

- wpis od odwołania – 20.000,00 zł,
- wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego - 3.600,00 zł,
- wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – 3.600,00 zł,

co razem daje kwotę 27.200,00 zł. Zamawiający odpowiada zatem za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 9.066,67 zł (1/3 z 27.200,00 zł), zaś odwołujący w wysokości – 18.133,34 zł (2/3 z 27.200,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 23.600,00 zł (wpis od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien w wysokości 18.133,34 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600,00 zł, a powinien w wysokości 9.066,67 zł. Zasądzona od zamawiającego na rzecz odwołującego kwota - 5.466,67 zł skutkuje zatem poniesieniem przez strony kosztów w wysokości, w jakiej odpowiadają one za wynik postępowania odwoławczego ($3.600,00 + 5.466,67 = 9.066,67$ oraz $23.600,00 - 5.466,66 = 18.133,34$). Przy czym zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia, koszty rozdzielone stosunkowo zostały przez Izbę zaokrąglone w górę do pełnych złotych, tj. do kwoty 5.467,00 zł.

Przewodniczący