

WYROK
z dnia 16 stycznia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawcę P.B.D. Spółka Akcyjna z siedzibą w K. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Ruda Śląska

przy udziale wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.S. P.B.M.P. z siedzibą w Ś. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.S. P.B.M.P.

z siedzibą w Ś. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie Budowy mieszkań komunalnych przy ulicy Stromej/Bytomskiej w Rudzie Śląskiej wraz z wykonaniem projektu”

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.S. P.B.M.P. z siedzibą w Ś. w kryterium oceny ofert: w kryterium doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia i nie przyznawanie 2,5 punktu za wykazane doświadczenie kierownika budowy przy inwestycji budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ulicy Okrężnej.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.S. P.B.M.P. z siedzibą w Ś. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P.B.D. Spółka Akcyjna z siedzibą w K. tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.S. P.B.M.P. z siedzibą w Ś. na rzecz wykonawcy P.B.D. Spółka Akcyjna z siedzibą w K. kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Ruda Śląska - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa mieszkań komunalnych przy ulicy Stromej/ Bytomskiej w Rudzie Śląskiej wraz z wykonaniem projektu”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 października 2016 roku pod numerem ogłoszenia 332901.

27 grudnia 2016 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący - P.B.D. Spółka Akcyjna z siedzibą w K. - wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty czym Zamawiający naruszył:

- art. 93 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 5 ustawy — wybierając jako najkorzystniejszą ofertę P.B.M. P., M.S. (dalej: P.), niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza - biorąc pod uwagę treść kryterium oceny ofert, o kreślonej w SIWZ: (Rozdział XXV ust. 2 pkt e - doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia),
- art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy - wybierając najkorzystniejszą ofertę bez podania uzasadnienia faktycznego tego wyboru - ze streszczenia oceny i porównania złożonych ofert zamieszczonej w informacji o wyborze nie wynika na jakiej podstawie przyznano wybranemu oferentowi 7,5 pkt w kryterium doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia (w szczególności na jakiej podstawie przyznano 2,5 pkt w ramach kryterium doświadczenie kierownika budowy za zadanie nr 1 - Budowa Osiedla pod Platanami), co uniemożliwiło odwołującemu stwierdzenie na podstawie treści informacji o wyborze, jakie są faktyczne podstawy wyboru najkorzystniejszej oferty,
- w konsekwencji - art. 7 ust 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty; ponowne badanie i ocenę treści ofert, wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ wraz z prawidłowym uzasadnieniem tego wyboru.

Odwołujący wskazał, że ma interes do wniesienia odwołania, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, w postaci utraty korzyści związanych z uzyskaniem ww. zamówienia. W wyniku naruszenia ww. przepisów Zamawiający nie wybrał oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród złożonych w ww. przetargu, mimo że odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, wobec czego przy prawidłowym postępowaniu oferta odwołującego winna zostać wybrana.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Odwołujący wskazał, że dnia 21 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Budowę, mieszkań komunalnych przy ulicy Stromej/Bytomskiej w Rudzie Śląskiej wraz z wykonaniem projektu“. Odwołujący, po analizie ww. decyzji Zamawiającego, całości dokumentacji przetargowej oraz treści swojej oferty, jak również oferty P., uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, stwierdził, że wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu został dokonany niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że na podstawie rozdziału XXV SIWZ (*Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert*) Zamawiający miał przyznać Wykonawcy 10 punktów w kryterium doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia, tj. doświadczenie projektanta w branży architektonicznej oraz doświadczenie kierownika budowy. W celu uzyskania punktów w wyżej wymienionym kryterium, Wykonawca zobowiązany był wpisać wymagane dane w formularzu ofertowym (w punkcie 6.4.), przez podanie imienia i nazwiska, projektanta oraz kierownika budowy oraz wskazanie zakresu Wykonywanych przez te osoby czynności przy realizacji wskazanego w tabeli zadania. Ponadto Wykonawca miał opisać doświadczenie tych osób przez określenie wykonanych robót/usług, i wskazanie nazwy zadania wraz z terminem ich realizacji.

Wykonawca P. wskazał w treści oferty do realizacji przedmiotowego zamówienia, jako kierownika budowy p. C.K. oraz, jako projektanta, p. M.F..

Ponieważ w ofercie Wykonawcy P., w rubryce przeznaczonej do opisanie doświadczenia tych osób, zabrakło jednoznacznego wskazania, jakie są powierzchnie mieszkaniowych budynków wielorodzinnych deklarowanych do oceny zadań, zwróciliśmy się w trybie dostępu do informacji publicznej do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Chorzowie oraz do Urzędu Miasta Chorzów o udostępnienie ww. danych.

Dowód: Wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 25 listopada 2016 r.

Odwołujący uwzględniając treść oferty P. (doświadczenie personelu - dot. kryterium oceny ofert) oraz informacje uzyskane od Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Chorzowie oraz z Urzędu Miasta Chorzów, dotyczącymi dwóch zadań wskazanych w treści tej oferty, tj.:

- „Budowy osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem terenu - w, systemie Projektuj i Buduj”,
- „Projektem budowlanym zespołu budynków mieszkaniowych wielorodzinnych przy ul. Pokoju w Chorzowie”,

poinformował Zamawiającego, że opisane ww. ofercie zadania (str. 3 oferty) nie potwierdzają spełniania przez wskazane tam osoby, tj. p. C.K. oraz p. M.F. minimalnych wymogów, określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Rozdział XXV ust. 2 pkt e SIWZ) w zakresie kryterium oceny ofert - doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji tego zamówienia.

W Rozdziale XXV SIWZ (*Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert*), w ust. 2 (pkt a - f), Zamawiający szczegółowo opisał co będzie punktował w procesie oceny ofert:

1. w zakresie doświadczenia **kierownika budowy** wymagano:

„ Ad. e) doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia:

- kierownik budowy, osoba z uprawnieniami w branży konstrukcyjno-budowlanej (można wskazać tylko jedną osobę na to stanowisko)- za każdą realizację zadania polegającego na pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego o powierzchni co najmniej 2 500 m² Zamawiający przyzna 2,5 pkt, maksymalnie 5 pkt za 2 i więcej takich budów (Zamawiający Mymaga osobistego wykonywania świadczenia przez tę osobę). W przypadku wskazania więcej niż jednej osoby, jako kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej. Zamawiający przyzna Wykonawcy 0 punktów. ”

Wykonawca P., w zakresie kryterium oceny ofert - doświadczenie kierownika budowy - zadeklarował w treści swojej oferty doświadczenie p. C.K. zdobyte w zadaniu „Budowa osiedla mieszkaniowego "Pod Platanami" w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem - w systemie Projektuj i Buduj". Zaś wpisana do jego oferty powierzchnia 18 721,87 m² dotyczyła całego zadania, na które składają się budynki jednorodzinne jak i wielorodzinne.

Pismem z dnia 14 grudnia 2016 r. zwróciliśmy uwagę Zamawiającemu, że wg informacji

uzyskanych z PINB W Chorzowie, w zadaniu tym powierzchnia jednego budynku wielorodzinnego wynosi 1 617,9 m², co jest opisane na str. 3-4 załącznika nr 1 do ww. pisma (informacje z PINB w Chorzowie). Tym samym Wykonawca ten nie spełnia minimalnego wymagania opisanego w kryterium oceny ofert dot. doświadczenie kierownika budowy, tj. budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego o powierzchni co najmniej 2 500 m².

2. w zakresie doświadczenia **projektanta w branży architektonicznej** wymagano:

„Ad. e) doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia:

*- projektant w branży architektonicznej (można wskazać tylko jedną, osobę na to stanowisko)
- za każdą zrealizowaną usługę polegającą na zaprojektowaniu budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z zagospodarowaniem terenu, o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 1 500 m² przez osobę wskazaną w rozdz. XIII pkt 3.2.1. SIWZ Zamawiający przyzna 2,5 pkt, maksymalnie 5 pkt za 2 / więcej takich usług (Zamawiający wymaga osobistego wykonywania świadczenia przez tę osobę). W przypadku wskazania więcej niż jednej osoby, jako projektanta w branży architektonicznej, Zamawiający przyzna Wykonawcy 0 punktów.”*

Wykonawca, P., w zakresie kryterium oceny ofert doświadczenie projektanta w branży architektonicznej, zadeklarował w treści swojej oferty doświadczenie p, M.F. zdobyte w zadaniu „Projekt budowlany zespołu budynków mieszkaniowych wielorodzinnych przy ul. Pokoju w Chorzowie”, Zaś wpisana do jego oferty powierzchnia użytkowa 5 502 tn², dotyczyła całego zadania, na które składają się cztery budynki wielorodzinne.

Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 14 grudnia 2016 r. zwrócił uwagę Zamawiającemu, że wg informacji uzyskanych z Urzędu Miasta Chorzów, w zadaniu tym powierzchnia jednego budynku wielorodzinnego wynosi 815,04 m², co określone zostało na str. 6-7 załącznika 2 do ww. pisma (informacje z UM Chorzów). Zgodnie z tą informacją Wykonawca P. nie spełnia minimalnego wymagania opisanego w kryterium oceny ofert dot. doświadczenia architekta tj. zaprojektowanie budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z zagospodarowaniem terenu, o powierzchni całkowitej budynku co najmniej 1 500 m².

Odwołujący wskazał, że W konsekwencji wykonawca P. w kryterium doświadczenie personelu, na 10 możliwych punktów, zgodnie z treścią SIWZ oraz zadeklarowanymi w swojej ofercie zadaniami, mógłby uzyskać jedynie 5 punktów, ponieważ dwa ww. zadania nie odpowiadają wymogom SIWZ w zakresie minimalnej powierzchni budynku.

Zamawiający dnia 21 grudnia 2016 roku, powołując się na art. 92 ust. 1 ustawy, poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty Wykonawcy P.,

której przyznano łączną ilość punktów 92,93 (w tym 55,43 pkt w kryterium cena, 10 pkt w kryterium rękojmia i gwarancja, 6 pkt w kryterium termin realizacji, 4 pkt w kryterium kara umowna, 7,5 pkt w kryterium doświadczenie personelu, 10 pkt w kryterium aspekt społeczny). Natomiast odwołującemu przyznano łącznie 92 punkty.

Odwołujący podniósł, że z powyższych danych zawartych w informacji o wyborze nie można wywnioskować na jakiej podstawie oferta wybrana jako najkorzystniejsza uzyskała 7,5 pkt w kryterium doświadczenie personelu, a w efekcie wysunęła się na prowadzenie w rankingu ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Ze „Streszczenia oceny i porównania ofert”, tabelarycznie przedstawionego przez Zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, wynika jedynie, że Wykonawca P. otrzymał punkty za trzy zadania wpisane w ofercie - w sumie 7,5 pkt - bez żadnego uzasadnienia, za które zadanie (spośród czterech wpisanych w ofercie) i dlaczego przyznano punkty, w szczególności jeśli chodzi o zadania kwestionowane pod względem wymogów SIWZ (Rozdział XXV, ust. 2 pkt e) na podstawie informacji pozyskanych z PINB w Chorzowie i UM Chorzowa.

Z treści przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy, przywołanego przez Zamawiającego w informacji o wyborze ofert, jasno wynika, że informując o wyborze najkorzystniejszej oferty ma obowiązek podać nie tylko nazwę, siedzibę wykonawcy, którego ofertę wybrano, nazwy siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, punktację przyznaną w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, ale również ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne powyższego. Pomimo takiego brzmienia przepisu, Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie podał uzasadnienia faktycznego dla przyznanej punktacji w zakresie kryterium doświadczenia personelu, która zadecydowała o tym, że oferta wykonawcy P. została wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ oceniono ją wyżej od oferty odwołującego (o 0,93 punktu).

Na wniosek Odwołującego z dnia 16 grudnia 2016 roku o udostępnienie dokumentacji przetargowej na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy, Zamawiający przesłał dokumentację przetargową w formie elektronicznej dnia 21 grudnia 2016 roku, tj. po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Z przekazanej dokumentacji wynika, że Zamawiający wezwał Wykonawcę P. do wyjaśnień treści jego oferty w zakresie m.in. doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia w celu weryfikacji prawidłowości oceny ofert i ich rankingu. Zamawiający poprosił - w zakresie zadania „Projekt budowlany zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Pokoju w Chorzowie” - o określenie ile budynków zostało zaprojektowanych w ramach projektu oraz jaka jest powierzchnia każdego z tych budynków, a w zakresie zadania „Osiedle pod Platanami” - ile

budynków wielorodzinnych zostało wybudowanych w ramach inwestycji oraz jaka była powierzchnia każdego z nich.

Na skutek wyjaśnień Wykonawcy P., Zamawiający przyznał mu w tym kryterium 7,5 pkt (na 10 możliwych, w tym 2,5 pkt za zadanie „Osiedle pod Platanami”). Z protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 20 grudnia 2016 r. wynika, że projekt budowlany zespołu budynków wielorodzinnych przy ul. Pokoju w Chorzowie obejmował budowę 6 budynków, każdy o powierzchni 815,04 m² - tym samym Wykonawca P. nie przysługują punkty za to zadanie. Zatem Zamawiający nie przyznał za to zadanie punktów (mimo że w sumie ww. budynki mają powierzchnie użytkową 5 502 m², jak wpisano w ofercie), ponieważ poszczególne budynki nie spełniają wymagań co do minimalnej powierzchni każdego z nich (tj. 1 500 m²).

Natomiast odnośnie doświadczenia kierownika budowy, deklarowanego w zadaniu - Osiedle „Pod Platanami” - Zamawiający, z niezrozumiałych w ocenie Odwołującego względów, wbrew treści SIWZ, przyznał Wykonawcy P. 2,5 pkt, przyjmując, że przy ul. Okrężnej nr 132, 134, 136, 138, 140 w Chorzowie (Osiedle Pod Platanami, budynki 2A, 2B, 2C, 2D, 2E) znajduje się jeden budynek pięciosegmentowy, ponieważ jak napisał w protokole: *„Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „budynek mieszkalny wielorodzinny” komisja uznała, iż budynek wielorodzinny składający się z 5 odrębnych konstrukcyjnie segmentów, będący funkcjonalnie spójnymi odpowiada potocznej definicji „budynku”* - Zamawiający uznał tak, mimo że z przedstawionych mu decyzji administracyjnych o pozwoleniu na ich użytkowanie - wynika, że oddanych zostało 5 budynków wielorodzinnych (nr 2A, 2B, 2C, 2D, 2E). Dla uzasadnienia swojej kwalifikacji ww. 5 budynków, jako jednego „budynku”, Zamawiający w protokole przytoczył słownikową definicję segmentu: *„Jedna z wielu powtarzających się części składowych czegoś, jeden z domów stojących w rzędzie i połączonych bocznymi ścianami”*, przyjmując za wyjaśnieniami Wykonawcy, że powierzchnia, łączna ww. 5 segmentów wynosząca 8 089,50 m² (informacja z dokumentacji projektowej: 5x1 617,9 m² - 8 089,50 m²) spełnia wymogi SIWZ określone dla doświadczenia kierownika w zakresie minimalnej powierzchni budynku.

Odwołujący podniósł, że taka argumentacja Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w dokumentach wydanych przez organy administracji publicznej, dotyczących wybudowanych ww. obiektów, w których funkcjonują one jako 5 budynków wielorodzinnych, każdy o powierzchni całkowitej 1617,9 m², zatem nie spełniają ww. kryterium oceny ofert, określonego w SIWZ, ze względu na zbyt małą powierzchnię całkowitą budynku. Odwołujący wskazał, że Zamawiający miał do dyspozycji informacje zawarte w decyzjach o pozwoleniu na użytkowanie ww. budynków wielorodzinnych przy ul. Okrężnej w Chorzowie, tj. budynków nr: 2A, 2B (dec. nr 10/210 z dn. 15.03.2010 r.), 2C (dec. nr 42/2010 z dn. 17.09.2010 r.), 2D, 2E (nr 58/2010z dn. 21.12.2010 r.), z których wynika, że pozwolenia na użytkowanie

uzyskiwały poszczególne budynki o wskazanych numerach od nr 2A do nr 2E (nazywane przez Zamawiającego segmentami), a nie jeden budynek jako całość („budynek nr 2”), na który się powołuje w wyjaśnieniach Wykonawca P.. Z dokumentacji projektowej dotyczącej ww. zadania, uzyskanej z PINB w Chorzowie wynika, że powierzchnia całkowita każdego z ww. 5 budynków wynosi 1617,9 m², zatem nie spełnia minimum 2 500 m² żądanego w SIWZ.

Dowód: uzyskana z PINB w Chorzowie informacja publiczna dotycząca powierzchni całkowitej poszczególnych budynków wybudowanych w ramach zadania ”Budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu - w systemie Projektuj i Buduj tj.: fragment dokumentacji projektowej, Decyzje o pozwoleniu na użytkowanie budynków nr 2A, 2B, 2C, 2D, 2E, kopie uzyskane z PINB w Chorzowie.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający w SIWZ określił wyraźnie wymogi dotyczące doświadczenia personelu skierowanego do wykonania zamówienia (projektanta i kierownika budowy), a o tym, że ma dla Zamawiającego znaczenie aby była to powierzchnia budynku (a nie budynków) oraz, że widzi różnicę między powierzchnią budynku a powierzchnią budynków, świadczy chociażby fakt, że Zamawiający po ogłoszeniu SIWZ zmienił jej treść (ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, nr 336002-2016, z dnia 03.11.2016 r.), wprowadzając w rozdziale XIII SIWZ pkt 3.1.1 zmianę treści - z żądanego doświadczenia wykonawców w budowie „budynek” o powierzchni minimalnej 2 500 m² - na budowę „budynek/ów” o powierzchni budynku/ów minimalnej 2 500m², tym samym dopuszczając w tym przypadku sumowanie powierzchni kilku budynków.

W zakresie kryterium doświadczenia kierownika budowy takiej zmiany SIWZ Zamawiający nie przewidział, zatem przy ocenie ofert powinien stosować kryteria oceny zgodnie z ich brzmieniem zapisanym w SIWZ (art. 91 ust. 1 Ustawy), a więc bez sumowania powierzchni kilku budynków dla uzyskania powierzchni minimalnej, tj. punktowanej według treści SIWZ (Rozdział XXV ust. 2 pkt e), zgodnie z zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (art. 7 ustawy).

Odwołujący wskazał, że prawidłowość jego twierdzeń, co do ilości budynków przy ul. Okrężnej 132-140; w Chorzowie potwierdza również, uzyskane z Wydziału Geodezji i Gospodarki Nieruchomościami Urzędu Miasta Chorzów, Zaświadczenie, że w bazie danych ewidencji gruntów i budynków, na działce o numerze ewidencyjnym 3070/429, obręb 0001, KM 8, położonej w Chorzowie przy ul. Okrężnej 132-140, ujawnionych jest 6 budynków - jeden budynek przemysłowy oraz 5 budynków mieszkalnych:

1. ul. Okrężna 132 - id budynku: 20609- funkcja budynku: budynek mieszkalny,

2. ul. Okrężna 134 - id budynku: 20610 - funkcja budynku: budynek mieszkalny,
 3. ul. Okrężna 136 - id budynku: 20621 - funkcja budynku: budynek mieszkalny,
 4. ul. Okrężna 138 - id budynku: 20623 - funkcja¹ budynku: budynek mieszkalny,
 5. ul. Okrężna 140 - id budynku: 20624 - funkcja budynku: budynek mieszkalny,
 6. przy ul. Okrężnej 138 - id budynku: 20622 - funkcja budynku: budynek przemysłowy.
- Dowód; Zaświadczenie z dnia 23 grudnia 2016 r.

W Wydziale Geodezji i Gospodarki Nieruchomościami Urzędu Miasta Chorzów Odwołujący uzyskał również mapę zasadniczą i mapę ewidencyjną, na których widać pod wskazanym adresem 5 budynków (nr 132, 134, 136, 138, 140) oraz kopie 2 sprawozdań technicznych (z pomiarów powykonawczych budynków przy ul. Okrężnej w Chorzowie), z których treści wynika, że wykonano pomiar powykonawczy najpierw 2 budynków mieszkalnych a następnie 3 budynków mieszkalnych oraz 1 budynku, który pełni funkcję ciepłowni.

Dowód: Mapa zasadnicza; Mapa ewidencyjna; Opis techniczny KERG590-003/2010; Opis techniczny KERG 590-022/2010-1 etap.

Postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego rządzą zasady wyrażone w rozdziale 2 ustawy. Wyrażają one idee przewodnie i kształtują przyjęty przez ustawodawcę model tego postępowania. Podstawowa zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażona w art. 7 ustawy stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, Charakter ogólny tej zasady doznaje uszczegółowienia m.in. w przepisach nakładających na Zamawiającego obowiązki, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w warunkach równości. Do przepisów takich należą między innymi te nakładające na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów określonych w SIWZ. Zamawiający w postępowaniu powinien zatem, wybierając najkorzystniejszą ofertę, stosować ustalone w SIWZ pozacenowe kryteria oceny ofert zgodnie z ich brzmieniem, bez dowolnej interpretacji pojęcia budynku - w sytuacji gdy organy administracji państwowej potwierdziły w tym przypadku istnienie kilku budynków tam gdzie Zamawiający przyjmuje jeden. Natomiast odwołujący miał prawo spodziewać się, że Zamawiający kreując kryterium pozacenowe dotyczące doświadczenia personelu, w którego treści wymagano określonej powierzchni minimalnej pojedynczego budynku (a nie zespołu budynków) na poziomie 2 500 m², będzie wymagał od wszystkich wykonawców takiego właśnie doświadczenia i je odpowiednio oceniał.

Odwołujący uwzględniając całokształt przedstawionej powyżej argumentacji, uznał, że decyzja Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty podjęta niezgodnie

z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ powoduje, że odwołanie jest uzasadnione i powinno być uwzględnione.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 grudnia 2016 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę M.S.a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.S. P.B.M.P. z siedzibą w Ś..

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2017 roku pismo „Odpowiedź na odwołanie” w którym Zamawiający oświadczył, że uwzględnił odwołanie w całości.

W dniu 5 stycznia 2017 roku wykonawca M.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.S. P.B.M.P. z siedzibą w Ś. został wezwany do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.

Wykonawca M.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.S. P.B.M.P. z siedzibą w Ś. w dniu 7 stycznia 2017 roku przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo „Sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu”. Do pisma tego zostały załączone dokumenty.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane na rozprawie przez Odwołującego i przeprowadziła dowód z:

- (dowód nr 1/1) - wyciąg z księgi wieczystej nr KA1C/00039038/1 stan dzień 10 stycznia 2017 r.
- (dowód nr 1/2) Referencja z dnia 4 czerwca 2012 roku wystawiona przez P. – D. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś. na rzecz Przedsiębiorstwa B.M. „P.” z siedzibą w Ś. potwierdzającą wykonanie w okresie od lipca 2008 roku do maja 2012 roku zadania pod nazwą „Budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu – w systemie Projektuj i Buduj”.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane na rozprawie przez uczestnika postępowania odwoławczego i przeprowadziła dowód z:

- (dowód nr 2) decyzja nr 17 i decyzja nr 21 Prezydenta Miasta Chorzowa zmieniające decyzje nr 138 z dnia 21 maja 2007 r.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego i załączone do wniesionego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba

dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie uwzględniła.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w rozdziale XXV – *Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert* zawarł następujące wymagania:

1. *Przy wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:*

(...)

e) doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia (IPdp) – 10 pkt

(...)

2. *Każdy z wykonawców w poszczególnych kryteriach otrzyma odpowiednią ilość punktów, wyliczoną w następujący sposób:*

(...)

„Ad. e) doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia:

- kierownik budowy, osoba z uprawnieniami w branży konstrukcyjno-budowlanej (można wskazać tylko jedną osobę na to stanowisko)- za każdą realizację zadania polegającego na pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego o powierzchni co najmniej 2 500 m² Zamawiający przyzna 2,5 pkt, maksymalnie 5 pkt za 2 i więcej takich budów (Zamawiający wymaga osobistego wykonywania świadczenia przez tę osobę). W przypadku wskazania więcej niż jednej osoby, jako kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej. Zamawiający przyzna Wykonawcy 0 punktów. ”

W punkcie 6 Kryteria pozacenowe odnoszące się do przedmiotu zamówienia w Formularzu oferty w ppk 6.4 (tabela) uczestnika postępowania odwoławczego podał – w zakresie kwestionowanego przez Odwołującego doświadczenia – dla Kierownika budowy, osoby z uprawnieniami w branży konstruktorsko – budowlanej Pana C.K. zadanie: *„Budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu – w systemie Projektuj i Buduj” powierzchnia całkowita 18 721,07m²; data wykonania: 07-2008 – 05.2012r.*

Zamawiający wezwał w dniu 15 grudnia 2016 roku uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia wyjaśnień między innymi w zakresie wskazanego doświadczenia dla kierownika budowy przy inwestycji „Budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu – w systemie Projektuj i Buduj” odnośnie tego ile budynków wielorodzinnych zostało wybudowanych w ramach inwestycji oraz jaka była powierzchnia każdego z tych budynków.

Uzyskał w dniu 15 grudnia 2016 roku wyjaśnienia w tym zakresie od uczestnika postępowania odwoławczego, w którym to wyjaśnieniu wykonawca wpisał między innymi, że dla budynków osiedla „Pod Platanami” wybudowanych przy ulicy Okrężnej wynoszą: „Etap 2 Budynek nr 2 – 5 segmentów o łącznej powierzchni całkowitej 8089,50 m²”. Uczestnika postępowania odwoławczego wskazał również: „Budynek wybudowany w Etapie 2 widnieje jako pięciosegmentowy. Zgodnie z projektem jest to jeden budynek postawiony na jednej działce posiadający jedną wspólną kotłownię oraz wspólne instalacje elektryczne i sanitarne. Działka nie została podzielona także po ukończeniu budowy, funkcjonuje na nim 1 wspólnota obejmująca wszystkie 5 segmentów.” W załączeniu zostały przedstawione zdjęcia obiektu oraz fragment projektu budowlanego.

Izba ustaliła, że zakres odwołania obejmuje, odnosi się do kwestionowanej, w tym odwołaniu, czynności przyznania uczestnikowi postępowania odwoławczego punktacji (2,5 pkt) w kryterium pozacenowym *doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia* w zakresie doświadczenia kierownika budowy w realizacji inwestycji „Budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu – w systemie Projektuj i Buduj”; w tym zakresie również Izba poddała odwołanie rozpoznaniu. Wskazywana w uzasadnieniu odwołania argumentacja dotycząca wykazanego do punktacji doświadczenia projektanta w branży architektonicznej w zadaniu „Projekt budowlany zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Pokoju w Chorzowie” nie była kwestionowana przez Odwołującego, na co wskazał sam Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania wskazując na protokół z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 20 grudnia 2016 roku, co również wskazał w trakcie rozprawy.

Izba zważyła:

I.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając*

wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

II.

Izba, działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 2 pkt 5 ustawy – *Ilekcrc w ustawie jest mowa o: 5) najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę: a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt.*

- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

- art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

- art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy – *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.*

III.

Izba wskazuje, że określone w SIWZ w rozdziale XXV – *Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert* kryteria ofert jakimi będzie kierował się Zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie podziału punktów był jednoznaczny.

Problem jaki stanowił podstawę wniesionego odwołania dotyczy jednego z określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny oferty w zakresie oceny posiadanego doświadczenia przez kierownika budowy, gdzie *za każdą realizację zadania polegającego na pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego o powierzchni co najmniej 2 500 m²* Zamawiający miał przyznać 2,5 pkt, maksymalnie 5 pkt za 2 i więcej takich budów.

Uczestnika postępowania odwoławczego wskazał między innymi kierownika budowy Pana C.K. i jego doświadczenie w zadaniu *„Budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu – w systemie Projektuj i Buduj”* powierzchnia całkowita 18 721,07m².

Spór w tej sprawie dotyczy tego, czy uczestnik postępowania odwoławczego wykazał, że w ramach podanej inwestycji Pan Kawa pełnił funkcję kierownika budowy przy budowie budynku wielorodzinnego o powierzchni co najmniej 2 500 m².

Niezbędnym dla rozstrzygnięcia tej sprawy jest ocena, czy wskazany kierownik budowy w zakresie realizacji zadania *„Budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu – w systemie Projektuj i Buduj”* Etap II potwierdza wykonanie funkcji kierownika budowy przy budowie jednego

budynku składającego się z 5 segmentów o powierzchni całkowitej 8 089,50 m² czy też stanowił budowę 5 budynków wielorodzinnych o powierzchni każdego 1 617,9 m².

Zasadnie zostało podniesione, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „budynek” mieszkalny wielorodzinny określając wymagania w kryterium oceny oferty dla kierownika budowy.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawa z 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2016 roku poz. 290 ze zmianami; dalej „Pr.b.”) przez budynek należy rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach (art. 3 pkt 2 Pr.b.). W doktrynie przedmiotu podnosi się, że na gruncie ustawy Prawo budowlane i zawartych tam definicji budynki nie stanowią kategorii jednorodnej a ich szczególną odmianę stanowi „budynki mieszkalne jednorodzinne”. Zgodnie z definicją ustawową budynkiem mieszkalnym jednorodzinny (art. 3 pkt 2a Pr.b.) jest budynek wolno stojący albo budynek w zabudowie bliźniaczej, szeregowej lub grupowej, służący zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych, stanowiący konstrukcyjnie samodzielną całość, w którym dopuszcza się wydzielenie nie więcej niż dwóch lokali mieszkalnych albo jednego lokalu mieszkalnego i lokalu użytkowego o powierzchni całkowitej nieprzekraczającej 30% powierzchni całkowitej budynku. Komentatorzy podkreślają również, że jako budynki mieszkalne jednorodzinne traktuje się dwie kategorie budynków tzn. budynki wolnostojące bądź budynki w zabudowie bliźniaczej, szeregowej lub grupowej. Tym samym *a contrario* – każdy budynek mieszkalny inny niż jednorodzinny będzie budynkiem wielorodzinnym.

Odwołujący w podnoszonej argumentacji twierdził, że budynek zrealizowany w ramach ww. zadania w Etapie II to w zasadzie 5 budynków mieszkalnych wielorodzinnych oraz jeden budynek przemysłowy, natomiast uczestnik postępowania odwoławczego podnosił, że jest to jeden budynek mieszkalny wielorodzinny składający się z segmentów.

W ocenie Izby stanowisko prezentowane przez Odwołującego argumentacja podniesiona na rozprawie oraz zawnioskowane dowody potwierdzają słuszność podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Izba wskazuje, że zgodnie z Decyzją nr 138 z dnia 21 maja 2007 roku o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę osiedla mieszkaniowego o niskiej i średniej intensywności zabudowy w Chorzowie przy ulicy Okrężnej obejmującego budynki wielorodzinne nr 1 (1A); nr 2 (2A-2E); nr 3 (3A-3C); nr 4 (4A-4C); domy jednorodzinne w zabudowie szeregowej nr 1-5; nr 6-12; nr 13-20; nr 21-34; z realizacją osiedla w trzech etapach (dalej: Decyzja 138), we wskazanych w decyzji informacjach o podstawowych

parametrach technicznych zawarto informację, że budynek wielorodzinny nr 2 będzie pięcioklatkowy 2A, 2B, 2C, 2D, 2E gdzie jedna klatka ma 10 lokali mieszkalnych i wbudowany garaż 10-stanowiskowy a łączna powierzchnia użytkowa wynosi 1617,9 m². Izba wskazuje, że zarówno Odwołujący jak i uczestnik postępowania odwoławczego odnosili się do ww. decyzji. Dla rozpoznania tej sprawy istotne znaczenie ma również wskazana i załączona do wniesionego sprzeciwu Decyzja nr 9 z dnia 11 grudnia 2009 roku zmieniająca decyzję nr 138 z dnia 21 maja 2007 roku pozwolenia na budowę osiedla mieszkaniowego o niskiej i średniej intensywności zabudowy w Chorzowie przy ulicy Okrężnej obejmującego budynki wielorodzinne nr 1 (1A); nr 2 (2A-2E); nr 3 (3A-3C); nr 4 (4A-4C); domy jednorodzinne w zabudowie szeregowej nr 1-5; nr 6-12; nr 13-20; nr 21-34; z realizacją osiedla w trzech etapach w ten sposób, że zmieniony został zatwierdzony projekt budowlany w zakresie Etapu II obejmującego budowę budynku wielorodzinnego nr 2, pięcioklatkowego (2a-2e) z dobudowaną kotłownią (dalej: Decyzja nr 9). Pozostałe warunki określone w decyzji w pozwoleniu na budowę nr 138 z dnia 21 maja 2007 roku oraz w decyzji nr 17 z dnia 11 sierpnia 2008 roku. W uzasadnieniu tej decyzji zostało podane, że inwestor zamierza dokonać istotnego odstępstwa od zatwierdzonego projektu budowlanego w związku z czym konieczne stało się uzyskanie decyzji o zmianie pozwolenia na budowę.

Izba wskazuje, że w trakcie rozprawy zostały złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego, w poczet materiału dowodowego (dowód nr 2) kopie Decyzji nr 17 i Decyzje nr 21 Prezydenta Miasta Chorzowa zmieniające decyzje nr 138 z dnia 21 maja 2007 r. jednocześnie wskazał pełnomocnik, że ww. decyzje nie dotyczą budynku nr 2, który jest przedmiotem sporu – Izba uznała, że dla rozpoznania sprawy ww. decyzje dopuszczone na rozprawie w poczet materiału dowodowego nie mają znaczenia, bowiem nie odnoszą się do zakresu jaki obejmują zarzuty odwołania.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Decyzja nr 9 zmieniająca decyzję nr 138 z dnia 21 maja 2007 roku pozwolenia na budowę osiedla mieszkaniowego w Chorzowie przy ulicy Okrężnej jest decyzją z dnia 11 grudnia 2009 roku natomiast fragment projektu wykonawczego dla Etapu II – budynek wielorodzinny nr 2 jaki przedstawił uczestnika postępowania odwoławczego wraz ze zgłoszonym sprzeciwem został opracowany w sierpniu 2008 roku (data opracowania), załączony opis techniczny (20 października 2008 rok) oraz strona tytułowa pełno branżowego projektu budowlanego osiedla domów mieszkalnych o niskiej i średniej intensywności zabudowy z wbudowanymi garażami „Osiedle pod Platanami” Chorzów ul. Okrężna dla obiektu Budynek wielorodzinny nr 2 (2A-2E) Etap II z lutego 2009 roku.

Izba stwierdziła, że wskazany w Decyzji nr 9 z dnia 11 grudnia 2009 roku zespół projektowy nie jest taki sam jak ten wskazany na stronie tytułowej pełno branżowego projektu budowlanego (autorzy projektu zamiennego). Izba podkreśla również, że do przedstawionej kopii wymienionej w zdaniu poprzednim decyzji, nie załączono kopii chociażby pierwszej strony projektu budowlanego stanowiącego załącznik do decyzji (zgodnie z tym co wskazuje decyzja). Izba wskazuje w tym miejscu na oświadczenie złożone w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego o treści, *zgodnie z decyzją nr 138 wybudowany został budynek wielorodzinny, w toku postępowania nie były wydane żadne decyzje zmieniające i wyjaśnia, że projekt nie był zmieniany, a realizacja prac kierownika budowy kończy się wraz z zakończeniem budowy i podpisaniem i zdaniem dziennika budowy*. W ocenie Izby to oświadczenie nie znajduje uzasadnienia i sprzeczne jest z innymi oświadczeniami i złożonymi dokumentami. Uczestnik postępowania odwoławczego argumentował, że *Pan C.K. zrealizował swoje obowiązki zgodnie z pozwoleniem z decyzji nr 138, co skutkowało uzyskaniem 2,5 pkt w ocenie punktowej*, jednocześnie pomija uczestnik postępowania odwoławczego fakt zmiany Decyzji 138.

Izba wskazuje, że niewątpliwie do zmiany Decyzji 138 doszło, natomiast nie został wykazany dokumentami przez uczestnika postępowania odwoławczego zakres dokonanej zmiany Decyzją nr 9. Natomiast, Odwołujący dokumentami jakie załączył do odwołania jak również złożył w poczet materiału dowodowego wskazał, że w ramach ww. inwestycji w Etapie II wybudowano w efekcie pięć budynków wielorodzinnych o powierzchni użytkowej każdego z nich (z garażami) 1617,9m².

Odwołujący przedstawił fragment dokumentacji projektowej, którą pozyskał od Powiatowego Inspektora Budowlanego w Chorzowie (w wyniku informacji udzielonych w odpowiedzi na wnioski o udostępnienie informacji publicznej), z którego wynika, że w Etapie II realizowanych było pięć budynków wielorodzinnych. Zaznaczyć należy, że Powiatowy Inspektor nadzoru Budowlanego jest organem nadzoru budowlanego, który wydaje decyzje w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący załączył do odwołania: Decyzję nr 10 /2010 z 15 marca 2010 roku zgodnie z którą Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego udzielił *pozwolenia na użytkowanie przed wykonaniem wszystkich robót budowlanych dla części inwestycji objętej wnioskiem Inwestora tj.: osiedla mieszkaniowego o niskiej i średniej intensywności zabudowy w Chorzowie przy ul. Okrężnej obejmującego budynki wielorodzinne nr 2A, 2B*; Decyzję nr 42 /2010 z 1 września 2010 roku zgodnie z którą Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego udzielił *pozwolenia na użytkowanie przed wykonaniem wszystkich robót budowlanych dla części inwestycji objętej wnioskiem Inwestora tj.: osiedla mieszkaniowego o niskiej i średniej intensywności zabudowy w*

Chorzowie przy ul. Okrężnej obejmującego budynki wielorodzinne nr 2C; Decyzję nr 58/2010 z 21 grudnia 2010 roku zgodnie z którą Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego udzielił pozwolenia na użytkowanie przed wykonaniem wszystkich robót budowlanych dla części inwestycji objętej wnioskiem Inwestora tj.: osiedla mieszkaniowego – budynek wielorodzinny nr 2D, nr 2E w Chorzowie przy ulicy Okrężnej 138, 140.

Izba wskazuje, że w trakcie rozprawy uczestnik postępowania odwoławczego wskazał, że *niezrozumiałym jest wykonanie budynku zgodnie z pozwoleniem jako budynku wielorodzinnego, a następnie uznanie go za pięć odrębnych budynków.* W ocenie Izby również należałoby to uznać za niezrozumiałe, jednakże materiał dowodowy jaki został przedstawiony w sprawie pozwala stwierdzić, że w trakcie realizacji inwestycji doszło do zmiany w zakresie Etapu II i w wyniku tej zmiany – która nie jest przecież niemożliwa – doszło do zmiany, w wyniku której w zakresie Etapu II, co mogło nastąpić z różnych przyczyn, zrealizowana została inwestycja w której wybudowanych zostało pięć budynków mieszkalnych wielorodzinnych. Potwierdzają taki stan rzeczy ww. decyzje o pozwolenia na użytkowanie. Izba jedynie dla porządku wskazuje, że Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego wydając takie decyzje musi przeprowadzić obowiązkową kontrolę (art. 59 ust.1 Pr.b.). Podkreślenia wymaga, że celem prowadzonej kontroli jest stwierdzenie prowadzenia budowy zgodnie z ustaleniami i warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę i dokonywana jest na wezwanie inwestora (art. 59a Pr.b.).

W trakcie rozprawy pełnomocnik uczestnika postępowania odwoławczego podniósł, że *argumentacja odwołującego odnosi się do etapu po wykonaniu budynku, który odbierany był w etapach, co wynikało ze stosunków zobowiązaniowych jakimi obligowany był wykonawca – uczestnik, co też wiązało się z numerami ewidencyjnymi.* W zasadzie logiczne stanowisko uczestnika postępowania w ocenie Izby właśnie przesądza o braku wykazania przesłanek, które uprawniają do przyznania punktów w kryterium oceny ofert za realizację inwestycji *„Budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu – w systemie Projektuj i Buduj”* (Etap II) dla kierownika budowy. Odwołujący odnosił się do dokumentów powykonawczych, w tym Opisków Technicznych załączonych do odwołania, z których jednoznacznie wynika, że dokonano pomiaru powykonawczego budynków, przyłączy oraz infrastruktury drogowej i zgodnie z informacjami zawartymi w tej dokumentacji wykonany został pomiar powykonawczy pięciu budynków mieszkalnych i jednego budynku, który pełni funkcję ciepłowni. Z dokumentów tych nie wynika, że wybudowany został jeden budynek składający się z pięciu segmentów i oddawany był w etapach – dokumenty te, jak również pozostałe przedstawione przez Odwołującego wskazują, że wybudowanych było pięć budynków

mieszkalnych wielorodzinnych w ramach Etapu II ww. inwestycji. Dokumentacja powykonawcza, mapy, jak również wyciąg z księgi wieczystej i ewidencji budynków są ze sobą spójne i wskazują na wielość budynków mieszkalnych wielorodzinnych wykonanych w ramach Etapu II ww. inwestycji, a nie jeden budynek.

W tej sprawie znamieną jest również informacja jaka została zawarta w Referencji z dnia 4 czerwca 2012 roku wystawionej przez P. Deweloper Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ś. na rzecz Przedsiębiorstwa B.M. P. z siedzibą w Ś. a dotyczącej realizowanej w okresie od lipca 2008 do maja 2012 roku inwestycji „Budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ul. Okrężnej wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu – w systemie Projektuj i Buduj” , z której to Referencji wynika w sposób jednoznaczny, że w Etapie II zrealizowano *pięć budynków mieszkalnych wielorodzinnych 2A, 2B, 2C, 2D, 2E wraz z kotłownią gazową dla ww. budynków oraz infrastrukturą towarzyszącą.* Za niewiarygodną i nie znajdującą uznania Izba uznała argumentację uczestnika postępowania odwoławczego, że Referencja ta zawiera oczywistą omyłkę. W ocenie Izby nie sposób uznać treści zwartych w Referencji za oczywistą omyłkę w świetle dowodów przedstawionych i zawnioskowanych przez Odwołującego. Izba podkreśla, że Referencja ta została wydana bezpośrednio po zrealizowaniu inwestycji w czerwcu 2012 roku i została załączona przez uczestnika do złożonych dokumentów. Za niewiarygodne należy uznać, że składana jest Referencja, która potwierdza niezgodnie ze stanem faktycznym fakt realizacji inwestycji, który jest kluczowy dla wykonawcy ją przedstawiającego. Tym bardziej nierealistyczna jest argumentacja o istnieniu omyłki, że prezesem spółki wystawiającej referencje jest wykonawca – uczestnik postępowania odwoławczego – który tą Referencją się posłużył w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w wyniku przyznania punktów w kryterium oceny ofert doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia. W tym zakresie doszło również do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.S. P.B.M.P. z siedzibą w Ś. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie Budowy mieszkań komunalnych przy ulicy Stromej/Bytomskiej w Rudzie Śląskiej wraz z wykonaniem projektu” oraz nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.S.

P.B.M.P. z siedzibą w Ś. w kryterium oceny ofert: w kryterium doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia i nie przyznawanie 2,5 punktu za wykazane doświadczenie kierownika budowy przy inwestycji budowa osiedla mieszkaniowego „Pod Platanami” w Chorzowie przy ulicy Okrężnej.

Izba nie uwzględniała zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zgodnie z powołanym przepisem Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. W ocenie Izby przepis ten w sposób jasny i klarowny wskazuje jaki jest zakres informacji, które Zamawiający obowiązany jest przedstawić biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 21 grudnia 2016 roku Zamawiający zawarł wszystkie wskazane powyżej elementy, w tym podał punktację przyznaną każdemu z wykonawców w poszczególnych kryteriach jak również punktację łączną co uczynił w formie tabelarycznej. Przepis ten nie konstruuje i nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wskazywania innych informacji.

W związku z powyższym w ocenie Izby nie doszło do naruszenia wskazanego przez Odwołującego przepisu. Jednocześnie - czemu wyraz dał w uzasadnieniu odwołania jak również na rozprawie Odwołujący - informacje niezbędne do uzasadnienia zarzutu odwołania zawarte zostały w dokumentacji postępowania, która na wniosek Odwołującego została mu udostępniona przez Zamawiającego niezwłocznie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

