

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **PBO Śląsk Sp. z o.o. (lider)** oraz **Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jastrzębie-Zdrój, Al. Józefa Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **D. Ś.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D. Ś. (lider)** oraz **Przedsiębiorstwo Budowlane Budopol Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **PBO Śląsk Sp. z o.o. (lider)** oraz **Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **PBO Śląsk Sp. z o.o. (lider)** oraz **Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **PBO Śląsk Sp. z o.o. (lider)** oraz **Wodpol Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec** na rzecz **Miasta Jastrzębie-Zdrój, Al. Józefa Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Postindustrialne dziedzictwo pogranicza - przebudowa z rozbudową obiektu na Centrum dziedzictwa postindustrialnego „Łaźnia Moszczenica” wraz z zagospodarowaniem terenu*”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 552114-N-2020 w 18 czerwca 2020 r. przez Miasto Jastrzębie-Zdrój, Al. Józefa Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie – konsorcjum firm w składzie: PBO ŚLĄSK Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec (lider) oraz WODPOL Sp. z o.o., ul. ks. Prałata Stanisława Słonki 24, 34-300 Żywiec (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec nieprawidłowej oceny ofert oraz nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającego naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w postępowaniu, tj. poprzez arbitralne uznanie, że wskazane w formularzu ofertowym odwołującego zadania:

1. nr 1 „Budowa nowego budynku oraz rozbudowa istniejącego budynku Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie”,
2. nr 3 „Przebudowa budynku w Alejach Ujazdowskich dla Centrum Współpracy i Dialogu” (część wschodnia) objętego programem wieloletnim pn. „Uniwersytet Warszawski 2016-2025”,
3. nr 4 „Konserwacja, modernizacja i adaptacja na cele kulturalne i edukacyjne zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego w Alejach Ujazdowskich 4 w Warszawie” (część zachodnia) realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020”,

nie spełniają warunków określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób pozwalający na przyznaniu odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy” (30%), co skutkowało przyznaniem odwołującemu w ramach kryterium doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy 0 punktów, podczas gdy ww. zadania spełniają wymagania zamawiającego określone w SIWZ, a tym samym oferta odwołującego winna otrzymać we wskazanym kryterium oceny ofert po 10 pkt za każde z ww. zadań, a w konsekwencji maksymalną liczbę punktów (30 punktów), a tym samym to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert określonych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10 marca 2021 r. oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wszystkich zadań wskazanych w tabeli umieszczonej w pkt 5 lit. c) formularza ofertowego złożonego przez odwołującego w postępowaniu,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem 14 pkt 1b) SIWZ w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy – 30% (D)” („Kryterium Doświadczenia”) zamawiający punktował doświadczenie zdobyte podczas realizacji dodatkowych usług polegających na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000 zł brutto, oddzielenie dla każdego zadania, polegające na zarządzaniu przez osobę wskazaną jako „kierownik budowy” tymi dodatkowymi zadaniami w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Podał, że 10 lipca 2020 r. (zestaw pytań nr 2) zamawiający dokonał modyfikacji rozdziału 14 pkt 1b) SIWZ wskazując, że punktowane będzie dodatkowe doświadczenie osoby wskazanej w formularzu ofertowym jako „kierownika budowy” polegające na nadzorowaniu przez tę osobę w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert dodatkowych zadań polegających na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000 zł brutto oddzielenie dla każdego zadania.

Uzupełnił, że odpowiadając na pytania do SIWZ (pytanie nr 3, zestaw nr 5) zamawiający wyjaśnił, że w ramach kryterium oceny ofert (D1, D2, D3) ocenie będzie podlegać doświadczenie w nadzorowaniu robót w charakterze kierownika budowy.

Dowód: Odpowiedzi na pytania – zestaw 2 (odpowiedź nr 1) oraz zestaw 5 (odpowiedź nr 3).

Stwierdził także, że wykonawcy byli zobowiązani wskazać zadania na potrzeby oceny ofert w Kryterium Doświadczenia w formularzu ofertowym (pkt 5 lit. c) formularza ofertowego). Oświadczył, że jako osobę skierowaną do pełnienia funkcji kierownika budowy wskazał J. S. – w formularzu ofertowym wskazał pięć zadań na potrzeby oceny oferty w

Kryterium Doświadczenia (2 zadania dotyczące spełnienia warunku udziału oraz 3 zadania dotyczące Kryterium Doświadczenia).

Dowód: Formularz ofertowy Odwołującego

Podał, że 11 grudnia 2020 r. zamawiający opublikował informację o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, w której poinformował, że trzy z pięciu wskazanych w formularzu ofertowym odwołującego zadań nie spełniają wymagań SIWZ, a w związku z tym odwołujący nie otrzymuje punktów w Kryterium Doświadczenia; zamawiający zakwestionował usługi wskazane w pkt 2, 4 i 5 formularza ofertowego, wskazując, że nie dotyczyły one przebudowy ani rozbudowy budynku lub jego części.

Oświadczył, że po rozpoznaniu na rozprawie 11 stycznia 2021 r. (sygn. akt KIO 3353/20) odwołania wniesionego przez odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zadania 3, 4 i 5 wskazanych w formularzu ofertowym.

Podał w dalszej kolejności, że 9 lutego 2021 r. zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie wszystkich zadań wskazanych w formularzu ofertowym.

Oświadczył, że 22 lutego 2021 r. złożył zamawiającemu wyjaśnienia poparte dowodami, odnoszące się do każdej z inwestycji wskazanych w formularzu oferty.

Dowód: Wyjaśnienia Odwołującego z 22 lutego 2020 r.

Wskazał wreszcie, że 10 marca 2021 r. zamawiający przekazał mu zawiadomienie o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o wynikach oceny ofert – z pism wynika, że przystępujący otrzymał maksymalną liczbę punktów (30 pkt) w Kryterium Doświadczenia, zaś odwołujący otrzymał 0 punktów tzn. żadne z 3 zadań wskazanych ponad warunki udziału w postępowaniu nie zostało przez zamawiającego zakwalifikowane jako spełniające kryteria określone w SIWZ.

Dowód: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, Informacja o wynikach oceny ofert.

Podał, że zamawiający kwestionuje następujące zdania wskazane w formularzu ofertowym odwołującego na których J. S., jako osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy dla zamówienia objętego postępowaniem, pełniła również funkcję kierownika budowy:

- a) Zadanie nr 1 - „Budowa nowego budynku oraz rozbudowa istniejącego budynku Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie” (dalej „zadanie ASP”),
- b) Zadanie nr 3 „Przebudowa budynku w Alejach Ujazdowskich dla Centrum Współpracy i Dialogu” (część wschodnia) objętego programem wieloletnim pn. „Uniwersytet Warszawski

2016-2025" (dalej „zadanie AU”),

c) Zadanie nr 4 - „Konserwacja, modernizacja i adaptacja na cele kulturalne i edukacyjne zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego w Alejach Ujazdowskich 4 w Warszawie" (część zachodnia) realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020" (dalej „zadanie OBUW”).

W odniesieniu do zadania ASP wskazał, że zamawiający stanął na stanowisku, że J. S. nie może legitymować się doświadczeniem kierownika budowy, ponieważ nie pełnił tej funkcji w całym okresie realizacji inwestycji, tj. od jej rozpoczęcia do jej zakończenia – o nabytym doświadczeniu w ramach pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie zadania można mówić, gdy w czasie trwania realizacji poszczególnych zadań wskazana osoba wykonywała obowiązki, o których mowa w art. 22 ustawy Prawo Budowlane, tj. *od protokolarnego przejęcia od inwestora terenu budowy, aż do zakończenia wszystkich czynności prowadzących do uzyskania przez inwestora pozwolenia na użytkowanie. Dopiero wówczas można mówić o pełnieniu funkcji kierownika budowy dla zadania.*

W odniesieniu do zadania AU oraz zadania OBUW podał, że zamawiający stwierdził, że: *„W dzienniku budowy nr 405/17/2019 TOM II wydanym dnia 02.07.2019 r. widnieje zapis, że funkcję kierownika budowy pełnił pan J. S. Jednakże z dniem 23.08.2019 r. funkcja ta została przekazana panu J. J.. (...) Zamawiający nie może uznać doświadczenia pana J. S. nabytego podczas pełnienia obowiązków kierownika budowy dla inwestycji opisanej w pozwoleniu na budowę polegającej na przebudowie zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego przy Alejach Ujazdowskich 4 w Warszawie, ponieważ zgodnie z Prawem budowlanym zadanie to przejął, prowadził i zakończył Pan J. J.*

Odwołujący ocenił, że zamawiający dokonał interpretacji Kryterium Doświadczenia w sposób sprzeczny z literalnym brzmieniem treści SIWZ.

Podniósł, że ani w treści SIWZ, ani pytań i odpowiedzi do SIWZ zamawiający nie wskazał wymagania, aby wskazana osoba legitymowała się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy „od początku do końca” danego zadania. Stwierdził, że choć takie wymaganie jest spotykane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej jednak wymagane jest, aby taki wymóg i oczekiwanie zamawiającego co do okresu pełnienia funkcji zostało precyzyjnie określone – w tym przypadku w SIWZ w opisie sposobu oceny w Kryterium Doświadczenia.

Zaznaczył, że warunki określone w SIWZ po dacie składania ofert nie mogą podlegać zmianie, a w orzecznictwie Izby oraz orzecznictwie sądów okręgowych utrwalone jest stanowisko, że co do zasady opis sposobu oceny spełnienia zarówno warunków udziału jako kryteriów oceny należy interpretować literalnie; jeżeli opis sposobu oceny spełnienia

warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny jest nieprecyzyjny lub niejasny, to nie powinno to rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców, w takim przypadku warunek należy interpretować na korzyść wykonawcy, który w dobrej wierze podjął się wykazania jego spełnienia.

Podkreślił, że zarówno co do zadania ASP jaki i zadania OBUW zamawiający nie kwestionuje, że J. S. pełnił funkcję kierownika budowy (w przypadku zadania ASP J. S. pełnił tę funkcję w zastępie i podczas nieobecności R. G., co potwierdzają wpisy w dzienniku budowy dla ww. inwestycji oraz kierował i nadzorował prowadzone roboty budowlane, co potwierdzają oświadczenia Inwestora Akademii Sztuk Pięknych oraz oświadczenia J. S., w przypadku zaś Zadania OBUW J. S. pełnił funkcję praktycznie przez cały okres realizacji zadania, zaś J. J. objął funkcję kierownika budowy w końcowym etapie realizacji zadania, co wynika z daty przejścia obowiązków (23.08.2019 r.) oraz wpisu w dzienniku budowy (w aktach postępowania) oraz terminu realizacji inwestycji (od 22.01.2018 do 15.11.2019 r.).

Stwierdził, że zamawiający wywodzi brak doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy z braku wpisu potwierdzającego przejęcie przez J. S. zarówno obowiązków, jak i funkcji kierownika budowy oraz braku oznaczenia wpisów dokonywanych przez J. S. opisem funkcji „kierownik budowy”. Podniósł, że w dzienniku budowy widnieje jednak poświadczenie pana G., iż z dniem 6 lipca 2012 r. przekazał J. S. obowiązki kierownika budowy (dowód: dziennik budowy dla Zadania ASP - Załącznik nr 2 do wyjaśnień odwołującego z 22 lutego 2021 r.). W ocenie odwołującego fakt, że inwestycja budowlana nie może być prowadzona w przypadku braku kierownika budowy świadczy o tym, że J. S. faktycznie pełnił taką funkcję i bez znaczenia pozostaje argument zamawiającego, iż przy wpisach w dzienniku budowy brak jest oznaczenia pełnienia danej funkcji.

Uzupełnił, że powyższe potwierdza również oświadczenie inwestora – Akademii Sztuk Pięknych (Załącznik nr 4 do wyjaśnień odwołującego z 22 lutego 2021 r.), zgodnie z którym *J. S. (...) kierował i nadzorował roboty budowlano-remontowe w obiekcie ASP w Warszawie przy ul. Wybrzeża Kościuszkowskiego 37/39 o wartości ponad 48 mln zł (brutto), także pełniąc funkcję Kierownika Budowy zgodnie z wpisem w dzienniku budowy Pana R. G. z dnia 06.07.2012 r.*

Podsumował, że zamawiający dokonał zawężającej i sprzecznej z treścią SIWZ interpretacji opisu oceny Kryterium Doświadczenia, wywodząc w sposób nieuprawniony, że doświadczeniem w kierowaniu i nadzorowaniu robót może legitymować się wyłącznie osoba, która pełniła funkcję kierownika robót od początku do końca realizacji zadania.

W odniesieniu do zakwestionowanego przez zamawiającego charakteru zadania ASP, tj. że stanowiło ono przebudowę – *z przedstawionych przez odwołującego dokumentów nie wynika wprost, czego dokładnie dotyczyła inwestycja mająca potwierdzić doświadczenie kierownika; wprawdzie w dokumentacji technicznej i wyjaśnieniach mówi się o rozbudowie,*

jednak umowa oraz pozwolenie na budowę określają inwestycję jako budowę nowego obiektu wraz z rozbudową wobec czego można uznać to zadanie za zgodne z wymaganiami zamawiającego, lecz tylko w zakresie samej rozbudowy budynku, przy czym wykonawca nie odpowiedział zamawiającemu jaką wartość stanowi rozbudowa (o co zamawiający wnosił w piśmie z 09.02.2021 r.), tym samym zamawiający zadania nie uznał.

Odwołujący stwierdził, że zadanie ASP realizowane w latach 2011-2013 obejmowało zakresem prace związane z przebudową i rozbudową istniejącego budynku ASP zlokalizowanego w Warszawie przy ul. Wybrzeża Kościuszkowskiego 37/39, a wartość inwestycji w kwocie 48 648 094,65 zł w całości wiązała się z rozbudową istniejącego obiektu, który obecnie stanowi jeden kompleks budynków wzajemnie ze sobą połączonych.

Oświadczył, że wprawdzie w nazwie zadania pojawia się „budowa nowego budynku”, jednak faktyczny zakres prac polegał na tym, iż istniejący obiekt został rozbudowany, poprzez dołączenie nowego budynku, tak, że oba budynki tworzą jedną całość (obiekt), co wypełnia definicję rozbudowy w rozumieniu Prawa budowlanego.

Ocenił, że w istocie rozbudowa nie polegała na powstaniu odrębnego nowego obiektu, a zmianie uległy parametry budynku już istniejącego, poprzez jego powiększenie, co w świetle art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego należy traktować jako rozbudowę istniejącego obiektu.

Wskazał także, że zdjęcie satelitarne (Załącznik nr 5 do wyjaśnień odwołującego z 22 lutego 2021 r.) pokazuje jeden obiekt składający się z połączonych budynków, co oznacza, że inwestycja w rzeczywistości stanowi jeden kompleks użytkowy, a prowadzone roboty były de facto rozbudową istniejącego obiektu. Uzupełnił, że w planie zagospodarowania terenu pn. *Rozbudowa, remont i nadbudowa ASP* (Załącznik nr 6 do wyjaśnień odwołującego z 22 lutego 2021 r.) oraz w opisie do projektu Budowlano-Architektonicznego (Załącznik nr 7 do wyjaśnień odwołującego z 22 lutego 2021 r.) w pkt. 1.1 i 1.2 stwierdza się, że inwestycja polegała na „rozbudowie”: *Budynek Akademii zlokalizowany jest na działce przy ulicy Wybrzeże Kościuszkowskie 37/39, należącej do uczelni. Projekt przewiduje rozbudowę istniejącego gmachu o nowe skrzydło. (...) Rozbudowany kompleks ma mieścić pomieszczenia dydaktyczne, administracyjne i pomocnicze (...)*

Oświadczył, że jako wartość inwestycji polegającej na rozbudowie należy przyjąć kwotę 48 648 094,65 zł brutto jako odnoszącą się do całości wykonanych robót.

Podsumował, że całość tej inwestycji stanowiła rozbudowę istniejącego obiektu, a zatem inwestycja ta mogła być wskazana jako spełniająca wymogi co do doświadczenia kierownika zgodnie z SIWZ jako roboty polegające na: *rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000 zł brutto.*

W odniesieniu do stanowiska zamawiającego co do charakteru zadania AU oraz

zadania OBUW, zgodnie z którym stanowią one w istocie jedno zadanie, ponieważ były realizowane w ramach jednej umowy i były objęte jednym pozwoleniem na budowę – stanowiły jedno zadanie podzielone na 2 etapy, w konsekwencji nie mogą być traktowane rozdzielnie odwołujący ocenił, że zamawiający dokonał zawężającej interpretacji pojęcia „zadania” użytego w opisie oceny Kryterium Doświadczenie i wywiódł, że „zadanie” musi być realizowane w oparciu o odrębne umowy lub w oparciu o odrębne pozwolenia na budowę, co nie wynika z treści opisu kryterium.

Oświadczył, że zadania były realizowane odrębnie, w konsekwencji czego mogą być traktowane jako dwa odrębne zadania w rozumieniu opisu Kryterium Doświadczenie.

W odniesieniu do zadania AU powołał się na Protokół Końcowego Odbioru Bezusterkowego z 15.11.2019 r., gdzie przedmiot odbioru stanowi „Pawilon i Łącznik Wschodni - ETAP II”, Oświadczenie 2B z 04.10.2019r. (Załącznik nr 20), Oświadczenie Kierownika Budowy z 11.01.2018 r. o przyjęciu obowiązku kierownika budowy (Załącznik nr 16), Ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane nr 2017/S 211-437447 (Załącznik nr 21), gdzie podano: w sekcji 11.1.4), że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dla dwóch projektów. Ponadto oba etapy są finansowane z innych środków (etap I jest finansowany ze środków UE tj. Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego, etap II jest wykonywany w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020r.) W sekcji 11.2.4) znajduje się informacja, że przedmiot zamówienia obejmuje dwa odrębne obiekty: część zachodnią (pawilon zachodni, łącznik zachodni szklarnia), część wschodnią (pawilon wschodni, łącznik wschodni i kotłownia).

Powołał się także na umowę o roboty budowlane nr DZP-362-151/2017 z 11.01.2018 r. (Załącznik nr 14) – § 1 pkt. 2 stanowi „Projekt obejmuje dwa etapy: Etap I i Etap II, realizowane w różnych terminach, zawiadomienie do Państwowej Powiatowej Inspekcji Sanitarnej z 04.10.2019 r. (Załącznik nr 22) o zakończeniu budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego.

Dla Zadania Ogród Botaniczny powołał się na:

Ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane nr 20T7/S 211-437447 (Załącznik nr 21), gdzie podano w sekcji 11,1,4), że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dla dwóch projektów. Ponadto oba etapy są finansowane z innych środków (etap I jest finansowany ze środków UE tj. Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego, etap II jest wykonywany w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020r.) W sekcji 11.2.4) znajduje się informacja, że przedmiot zamówienia obejmuje dwa odrębne obiekty: część zachodnią (pawilon zachodni, łącznik zachodni szklarnia), część wschodnią (pawilon wschodni, łącznik wschodni i kotłownia),

Powołał się także na umowę o roboty budowlane nr DZP-362-151/2017

z 11.01.2018r. (Załącznik nr 14) – § 1 pkt 2 stanowi „Projekt obejmuje dwa etapy: Etap I i Etap II, realizowane w różnych terminach”, Protokół Końcowego Odbioru Bezusterkowego z 14.01.2019 r. (Załącznik nr 26), gdzie jest wskazany przedmiot odbioru „Pawilon i Łącznik Zachodni - ETAP I”, Protokół kontroli obowiązkowej PINB w Warszawie z 17.01.2019 r., gdzie w kategorii obiektu budowlanego użyto sformułowania „KAT-IX Przebudowa zabytkowych budynków ogrodu botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego” (Załącznik nr 17), wpis kierownika budowy z 08.10.2018 r. (Załącznik nr 27) „*Zgłaszam zakończenie robót budowlanych i instalacyjnych etapu pierwszego zakresu umowy tj. pawilon zachodni wraz z łącznikiem. Teren budowy uporządkowano.*”, Oświadczenie 2B z 08.10.2018 r. (Załącznik nr 28), Protokół odbioru częściowych robót nr 11 z 15.01.2019 r. (Załącznik nr 25).

Podsumował, że miał prawo przyjąć, że zadanie AU oraz zadanie OBUW stanowią dwa odrębne obiekty (dwa zadania inwestycyjne), realizowane w odrębnych etapach gdzie również roboty były odbierane w sposób odrębny oraz w różnych terminach; dla oceny odrębności tych zadań inwestycyjnych nie ma znaczenia fakt, że oba zadania były realizowane na podstawie jednej umowy, w wymaganiach określonych w SIWZ zamawiający nie zastrzegł, że zadania inwestycyjne mają być realizowane na podstawie odrębnych umów, a więc zgodnie z literalnym brzmieniem kryterium ww. zadania winny być traktowane odrębnie.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 29 marca 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2021 r., stanowiska przystępującego – pismo z dnia 8 kwietnia 2020 r., Pisma procesowego odwołującego z dnia 9 kwietnia 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”], ponieważ

zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 15 marca 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutu odwołania w całości posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Skład orzekający Izby ustalił także, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 czerwca 2020 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej nadal „ustawa Pzp”].

Zarzut dotyczący naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w postępowaniu, tj. poprzez uznanie, że wskazane w formularzu ofertowym odwołującego zadania: „Budowa nowego budynku oraz rozbudowa istniejącego budynku Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie”, „Przebudowa budynku w Alejach Ujazdowskich dla Centrum Współpracy i Dialogu” (część wschodnia) objętego programem wieloletnim pn. „Uniwersytet Warszawski 2016-2025”, „Konserwacja, modernizacja i adaptacja na cele kulturalne i edukacyjne zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego w Alejach Ujazdowskich 4 w Warszawie” (część zachodnia) realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020” nie spełniają warunków określonych w SIWZ w sposób pozwalający na przyznaniu odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy” (30%), co skutkowało przyznaniem odwołującemu w ramach kryterium doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy 0 punktów, podczas gdy ww. zadania spełniają wymagania zamawiającego określone w SIWZ, a tym samym oferta odwołującego winna otrzymać we wskazanym kryterium oceny ofert po 10 pkt za każde z ww. zadań, a w konsekwencji maksymalną liczbę punktów (30 punktów), a tym samym to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert określonych w postępowaniu nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 8 *Warunki udziału w postępowaniu; podstawy wykluczenia; poleganie na potencjale innych podmiotów* pkt 2) lit. c2) SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej – wykonawca winien udokumentować, że dysponuje lub będzie dysponować przy wykonywanych pracach: c2.1) *wykonawca winien udokumentować, że dysponuje lub będzie dysponować przy wykonywanych pracach: c2 1) osobą przyjmującą obowiązki kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń o specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Osoba ta winna wykazać się doświadczeniem w nadzorowaniu co najmniej dwóch zadań, polegających na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania, w którym ww. osoba pełniła funkcję kierownika budowy. Osoba pełniąca obowiązki kierownika budowy będzie zobowiązana do organizowania cotygodniowych Rad budowy i osobistego w nich uczestnictwa wraz z Kierownikami robót.*

W dalszej części zamawiający wskazał, że obowiązkiem wykonawcy było potwierdzenie warunku z pkt. 8.1 ppkt 2 lit. c2) wg załącznika nr 8.

Jednym z dwóch pozacenowych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej (obok gwarancji) zamawiający ustanowił (uwzględniając modyfikacje z 10 lipca 2020 r.) , zgodnie z rozdziałem 14. *Kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie* kryterium Doświadczenie kierownika budowy, przypisując mu 30% znaczenie.

Zamawiający podał: *Kryterium „doświadczenie kierownika budowy” będzie rozpatrywane na podstawie zadeklarowanego przez wykonawcę w formularzu ofertowym ilości wykonanych usług przez wskazanego ww. formularzu kierownika robót.*

Przy sprawdzaniu ofert zamawiający będzie dodatkowo punktował zarządzanie przez tę osobę w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminem składania ofert dodatkowymi zadaniami spełniającymi warunki wskazane w punkcie 14. 2)a)

Wykonawca winien wskazać konkretną ilość zadań zarządzanych przez wskazanego w formularzu ofertowym kierownika budowy.

Maksymalna ilość punktów, jaką może otrzymać wykonawca w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” wynosi 30 punktów.

Minimalną ilość punktów, jaką może otrzymać wykonawca w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” wynosi 0 punktów.

Sposób przyznawania punktów:

0 punktów brak wykazanych przez wykonawcę dodatkowych usług (poza dwoma usługami obligatoryjnymi, uprawniającymi do udziału w postępowaniu polegającymi na

przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania)

10 punktów - trzecia usługa polegająca na nadzorowaniu robót budowlanych polegający na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania (D1)

20 punktów czwarta usługa polegająca na nadzorowaniu robót budowlanych polegający na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania (D2)

30 punktów - piąta usługa polegająca na nadzorowaniu robót budowlanych polegający na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000 000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania (D3)

D (30PKT) D1+D2+D3

W ofercie – Formularzu ofertowym sporządzonym według opracowanego przez zamawiającego wzoru (załącznik nr 1 do SIWZ) odwołujący zadeklarował jako kierownika budowy J. S., podając następujące doświadczenie tej osoby w zakresie nadzorowania w funkcji kierownika budowy zadań polegających na przebudowie, rozbudowie budynku lub jego części o wartości nadzorowanych robót nie mniejszej niż 7 000000,00 zł brutto oddzielnie dla każdego zadania:

1. Budowa nowego budynku oraz rozbudowa istniejącego budynku Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie, odbiorca – ASP Warszawa, Krakowskie Przedmieście 5, 00-068 Warszawa o wartości 48 648 094,65 zł brutto,
2. Budowa Sali gimnastycznej, stołówki i części dydaktyczno-szatniowej wraz z modernizacją istniejącego budynku szkoły, budową boisk i zagospodarowaniem terenu przy Szkole Podstawowej Nr 206 i Szkole Specjalnej przy ul. Bartniczej w Warszawie, odbiorca – Urząd Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy, ul. Kondratowicza 20, 00-983 Warszawa o wartości 34 620 926,06 zł brutto,
3. Przebudowa budynku w Alejach Ujazdowskich 4 dla Centrum Współpracy i Dialogu” (część wschodnia) objętego programem wieloletnim pn. „Uniwersytet Warszawski 2016-2025”, odbiorca – Uniwersytet Warszawski, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa o wartości 8 973 697,85 zł brutto,
4. Konserwacja, modernizacja i adaptacja na cele kulturalne i edukacyjne zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego w Alejach Ujazdowskich 4 w Warszawie” (część zachodnia) realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020, odbiorca – Uniwersytet Warszawski, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa o wartości 7 865 088,57 zł brutto,

5. Roboty budowlane związane z rozbiórką istniejącej i budową nowej przychodni rehabilitacyjnej dla dzieci i młodzieży przy ul. Balkonowej 4 w Warszawie wraz z niezbędną infrastrukturą, odbiorca – Urząd Dzielnicy Targówek m. st. Warszawy ul. Kondratowicza 20 (00-983) Warszawa o wartości 17 477 000,02 zł brutto.

Pismem z dnia 9 lutego 2021 r. zamawiający, powołujący się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Stwierdził, że jest w posiadaniu dokumentów dotyczących inwestycji wskazanych przez odwołującego w ramach doświadczenia J. S., z których wynikają często rozbieżne bądź nieprecyzyjne informacje, nie mające pokrycia w treści złożonej oferty, nie pozwalające na stwierdzenie, iż wykazane zadanie spełnia wymogi pozwalające na jego kwalifikację w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika budowy”.

W odniesieniu do poz. 1 tabeli Formularza ofertowego zamawiający podał, że zgodnie z treścią oferty zrealizowana inwestycja obejmowała zakresem prac przebudowę, rozbudowę budynku lub jego części, a nadzór w funkcji kierownika budowy pełnił pan J. S., wskazując jednocześnie że zgodnie z treścią umowy zawartej przez Akademię Sztuk Pięknych w Warszawie w dniu 15 kwietnia 2011 r. na realizację przedmiotowego zamówienia jako kierownika budowy wskazano R. G., a jako koordynatora robót P. A.

Uzupełnił, że pismem z dnia 21 stycznia 2021 r. Kanclerz Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie udzielił informacji, w której potwierdza, iż J. S. nie pełnił funkcji kierownika budowy, a był jedynie kierownikiem robót rozbiórkowych i konstrukcyjnych, co w sposób jednoznaczny zaprzecza informacji jaką przekazał odwołujący w ofercie.

Zamawiający zażądał wyjaśnień w zakresie:

1. funkcji jaką faktycznie pełnił J. S. na przedmiotowej inwestycji – w oparciu o wskazane wyżej informacje,
2. wartości inwestycji obejmującej rozbudowę istniejącego budynku (bez zakresu obejmującego: remont, zagospodarowanie terenu oraz budowę nowego budynku).

W odniesieniu do poz. 3 tabeli Formularza ofertowego zamawiający podał, że zgodnie z treścią oferty inwestycja obejmowała zakresem prac przebudowę, rozbudowę budynku lub jego części, a nadzór w funkcji kierownika budowy pełnił J. S.; wartość inwestycji: 8 973 697,85 zł, wskazując jednocześnie że w umowie zawartej przez Uniwersytet Warszawski w dniu 11 stycznia 2018 r. w nazwie zadania użyto określenia „rewitalizacja i modernizacja” (w ofercie „przebudowa”), wynika z niej, iż jest to etap II zadania (etap I „Konserwacja, modernizacja i adaptacja na cele kulturalne i edukacyjne zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego w Alejach Ujazdowskich 4 w Warszawie” (część zachodnia), realizowany w ramach Regionalnego Programu

Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020 – zadanie wykazane w pozycji 4 tabeli Formularza oferty). Uzupełnił, że pozwolenie na budowę: decyzja Nr 602/Ś/2015 z dnia 21.09.2015 r. jest wspólne dla obu etapów, decyzja Stołecznego Konserwatora Zabytków Nr 1366N/15 z dnia 01.07.2015 r. jest wspólna dla obu etapów, wartość robót brutto wynosi 5 864 000,00 zł (wynagrodzenie ryczałtowe, które zgodnie z § 24 ust. 2 pkt 3 umowy mogło być zmienione w związku z ograniczeniem zakresu robót lub realizacją robót zamiennych przy czym zgodnie z zapisami umowy nie mogło ulec zwiększeniu), zgodnie zaś z treścią § 12 ust. 1 pkt 3 odbiorem końcowym całości Projektu jest odbiór końcowy etapu II zadania.

Zamawiający zażądał wyjaśnień w zakresie:

1. rozbieżności w nazwie zadania (w szczególności w świetle twierdzeń odwołującego przed KIO w sprawie o sygn. akt KIO 3353/20, iż w tabeli Formularza oferty zostały podane nazwy zadań, a nie ich zakresy),
2. rozbieżności w użytym nazewnictwie (rewitalizacja i modernizacja, a przebudowa),
3. wartości inwestycji obejmującej przebudowę istniejącego budynku oraz rozbieżności w wartości robót, tj. dlaczego wykonawca podał w ofercie wartość wyższą o ponad 3 mln zł ?,
4. zakresu wykonanych robót, tj. czy zgodnie z przepisami prawa budowlanego inwestycja obejmowała przebudowę, rozbudowę budynku lub jego części ?,
5. na jakiej podstawie wykonawca uznał, iż jest to odrębna inwestycja, a nie etap II jednej inwestycji jako jednego zadania ? (w świetle zapisów umowy, a w szczególności postanowień § 2 ust. 2 pkt 1, § 2 ust. 3, § 12 ust. 1 pkt 3, § 17 ust. 1, które to zapisy mogą wskazywać, iż była to jedna inwestycja (jedno zadanie, podzielona na etapy).

Podał także, że dokumentami potwierdzającymi, iż były to dwa niezależne zadania jest np. zgłoszenie zakończenia robót w PINB i odbiór konserwatorski, oddzielnie dla każdego etapu.

W odniesieniu do poz. 4 tabeli Formularza ofertowego zamawiający podał, że inwestycja obejmowała zakresem przebudowę, rozbudowę budynku lub jego części, a nadzór w funkcji kierownika budowy pełnił J. S.; wartość inwestycji: 7 865 088,57 zł

Uzupełnił, że w wyjaśnieniach architekt W. K. – autor projektu (przedłożonym przez odwołującego przed KIO w sprawie KIO 3353/20), widnieje zapis odnoszący się do wykonanych robót budowlanych, iż zadanie miało charakter przebudowy w rozumieniu Prawa budowlanego, podnosząc że jest to sformułowanie zbyt ogólne wobec czego wymaga jednoznacznego wyjaśnienia kwestii zakresu i charakteru wykonanych robót budowlanych.

Wyraził oczekiwanie przedłożenia kserokopii prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę.

Podał nadto, że zgodnie z treścią umowy zawartej przez Uniwersytet Warszawski 11 stycznia 2018 r.:

- o to etap I zadania (etap II „Rewitalizacja i modernizacja budynku Obserwatorium Astronomicznego Aleje Ujazdowskie 4 dla Centrum Współpracy i Dialogu” (część wschodnia) objętej programem wieloletnim pn. „Uniwersytet Warszawski 2016 -2025”,
- o pozwolenie na budowę: decyzja Nr 602/Ś/2015 z dnia 21.09.2015 r. (ta sama decyzja dla etapu II),
- o decyzja Stołecznego Konserwatora Zabytków Nr 1366N/15 z dnia 01.07.2015 r. (ta sama decyzja dla etapu II),
- o wartość robót brutto 8 796 000,00 zł (wynagrodzenie ryczałtowe, które zgodnie z § 24 ust. 2 pkt 3 umowy mogło być zmienione w związku z ograniczeniem zakresu robót lub realizacją robót zamiennych).

Zamawiający zażądał wyjaśnień w zakresie:

1. zakresu wykonanych robót, tj. czy zgodnie z przepisami prawa budowlanego inwestycja obejmowała konserwację, modernizację i adaptację czy przebudowę, rozbudowę budynku lub jego części ?,
2. rozbieżności w wartości robót,
3. wartości inwestycji obejmującej przebudowę istniejącego budynku, biorąc pod uwagę, iż zakres robót był znacznie szerszy,
4. na jakiej podstawie wykonawca uznał, iż jest to odrębna inwestycja, a nie etap I jednej inwestycji (jako jednego zadania) ? (w świetle zapisów umowy, a w szczególności postanowień § 2 ust. 2 pkt 1, § 2 ust. 3, § 12 ust. 1 pkt 3, § 17 ust. 1, które to zapisy mogą wskazywać, iż była to jedna inwestycja (jedno zadanie) podzielona na etapy).

Podał także, że dokumentami potwierdzającymi, iż były to dwa niezależne zadania jest np. zgłoszenie zakończenia robót w PINB i odbiór konserwatorski, oddzielnie dla każdego etapu.

Zamawiający zażądał szczegółowych wyjaśnień powyższych kwestii oraz przedstawienia dokumentów jednoznacznie potwierdzających stanowisko wykonawcy.

Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z dnia 22 lutego 2021 r.

W odniesieniu do poz. 1 tabeli Formularza ofertowego podał:

1. J. S. podczas realizacji inwestycji samodzielnie kierował i nadzorował roboty budowlane, wykonując czynności kierownika budowy; zakres zadań wykonywanych

podczas w/w inwestycji potwierdza zaświadczenie wydane przez ASP (Załącznik nr 1 do wyjaśnień); z dziennika budowy dla inwestycji (Załącznik nr 2 do wyjaśnień) wynika, że J. S. od 06.07.2012 r. pełnił również funkcję kierownika budowy oraz wykonywał obowiązki związane z kierowaniem i nadzorowaniem robót, co potwierdza oświadczenie J. S. (Załącznik nr 3 do wyjaśnień); obowiązki kierownika budowy zostały przekazane J. S. przez R. G. w związku z urlopem; J. S. dokonywał wpisów w dzienniku budowy. Powyższe potwierdza również oświadczenie inwestora – Akademii Sztuk Pięknych (Załącznik nr 4 do wyjaśnień),

2. inwestycja obejmowała zakresem prace związane z przebudową i rozbudową istniejącego budynku ASP zlokalizowanego w Warszawie przy ul. Wybrzeża Kościuszkowskiego 37/39; wartość inwestycji, tj. 48 648 094,65 zł w całości wiązała się z rozbudową istniejącego obiektu, który obecnie stanowi jeden kompleks budynków wzajemnie ze sobą połączonych. Uzupełnił, że wprowadzie w nazwie zadania pojawia się termin „budowa nowego budynku”, jednak faktyczny zakres prac polegał na tym, iż istniejący obiekt został rozbudowany, poprzez dołączenie nowego budynku, tak, że oba budynki tworzą jedną całość (obiekt), co wypełnia definicję rozbudowy w rozumieniu Prawa budowlanego – w istocie rozbudowa nie polegała na powstaniu odrębnego nowego obiektu, a zmianie uległy parametry budynku już istniejącego, poprzez jego powiększenie, co w świetle art. 3 pkt. 6 Prawa budowlanego należy traktować jako rozbudowę istniejącego obiektu. Wskazał, że zdjęcie satelitarne (Załącznik nr 5 do wyjaśnień) pokazuje jeden obiekt składający się z połączonych budynków, w planie zagospodarowania terenu pn. Rozbudowa, remont i nadbudowa ASP (Załącznik nr 6 do wyjaśnień) oraz w opisie do projektu Budowlano – Architektonicznego (Załącznik nr 7 do wyjaśnień) w punkcie 1.1 i 1.2 stwierdza się, że inwestycja polegała na „rozbudowie”.

W odniesieniu do poz. 3 tabeli Formularza ofertowego podał:

1. nazwa zadania jest zgodna z oficjalnym dokumentem, tj. listem referencyjnym z 29.01.2020 r. (Załącznik nr 13 do wyjaśnień) i oddaje faktyczny charakter robót prowadzonych podczas realizacji inwestycji choć umowną nazwą inwestycji zgodnie z umową nr DZP-362-151/2017 (Załącznik nr 14 do wyjaśnień) jest „Rewitalizacja i modernizacja budynku Obserwatorium Astronomicznego Aleje Ujazdowskie 4 dla Centrum Współpracy i Dialogu”(część wschodnia) objętej programem wieloletnim pn. „Uniwersytet Warszawski 2016-2025”,
2. pojęcie „modernizacji” jest pojęciem niezdefiniowanym na gruncie Prawa budowlanego, niemniej jednak inwestor w liście referencyjnym użył słowa

- „przebudowa”, wskazując na charakter robót prowadzonych w ramach zadania,
3. wartość inwestycji podana w ofercie wynika z informacji przekazanych przez J. S. (Załącznik nr 8 do wyjaśnień); zgodnie z protokołem odbioru częściowego robót nr 12 – końcowym z 15.11.2019 r. (Załącznik nr 15 do wyjaśnień) wartość wynosi 6 068 292,69zł netto, tj. 7 464 000,01zł brutto. Stwierdził, że w związku z rozbieżnościami, które mogą wynikać z robót dodatkowych, jako udokumentowaną należałoby przyjąć wartość wynikającą z ww. protokołu,
 4. inwestycja obejmowała przebudowę budynku; zarówno opisywana inwestycja jak i inwestycja opisana w pozycji 4 Formularza ofertowego (dwa odrębne etapy) były realizowane na podstawie jednego pozwolenia na budowę i dokumentów związanych z tym pozwoleniem. Wskazał, że niezależnie od nazw etapów podawanych później przez inwestora, dokumenty związane z pozwoleniem na budowę posługują się terminem „przebudowa” zabytkowych budynków – dla obu etapów. Powołał się na następujące dokumenty:
 - o oświadczenie kierownika budowy z 11.01.2018 r. o przyjęciu obowiązków kierownika budowy (Załącznik nr 16 do wyjaśnień),
 - o Protokół kontroli obowiązkowej PINB w Warszawie z 17.01.2019 r., gdzie w kategorii obiektu budowlanego użyto sformułowania „KAT-IX Przebudowa zabytkowych budynków ogrodu botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego” (Załącznik nr 17 do wyjaśnień),
 - o Decyzja nr 602/Ś/2015 z 21.09.2015 r. zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na wykonanie robót budowlanych (Załącznik nr 18 do wyjaśnień),

Stwierdził, że inwestycja ma charakter odrębny od inwestycji z pozycji nr 4 Formularza ofertowego, co potwierdzają:

1. Protokół Końcowego Odbioru Bezusterkowego z 15.11.2019 r. (Załącznik nr 19 do wyjaśnień), gdzie przedmiot odbioru stanowi „Pawilon i Łącznik Wschodni – ETAP II”,
2. Oświadczenie 2B z 04.10.2019 r. (Załącznik nr 20 do wyjaśnień),
3. Oświadczenie kierownika budowy z 11.01.2018 r. o przyjęciu obowiązku kierownika budowy (Załącznik nr 16 do wyjaśnień),
4. ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane nr 2017/S 211-437447 (Załącznik nr 21 do wyjaśnień), gdzie w sekcji II.1.4) wskazano, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dla dwóch projektów; oba etapy są finansowane z innych środków (etap I jest finansowany ze środków UE tj. Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego, etap II jest wykonywany w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020r.); w sekcji II.2.4) znajduje się informacja, że przedmiot zamówienia obejmuje dwa odrębne objekty:

część zachodnią (pawilon zachodni, łącznik zachodni szklarnia), część wschodnią (pawilon wschodni, łącznik wschodni i kotłownia),

5. umowę o roboty budowlane nr DZP-362-151/2017 z 11.01.2018 r. (Załącznik nr 14 do wyjaśnień) w § 1 pkt 2 stanowi „Projekt obejmuje dwa etapy: Etap I i Etap II, realizowane w różnych terminach”
6. Zawiadomienie do Państwowej Inspekcji Sanitarnej z 04.10.2019 r. (Załącznik nr 22 do wyjaśnień) o zakończeniu budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego.

Uzupełnił, że zgodnie z wpisem z 23.08.2019 r. w dziennik budowy nr 405/17/2019 TOM II wydanym 02.07.2019 r. (Załącznik nr 23 do wyjaśnień) J. S. pełnił funkcję kierownika budowy do 23.08.2019 r., od 23.08.2019 r. funkcję kierownika budowy przejął J. J., który w związku z tym figuruje na dokumentach potwierdzających zakończenie etapu II inwestycji – rola nowego kierownika sprowadziła się do zgłoszenia w dziennik budowy 16.09.2009 r. prac elewacyjnych, zakończenia robót budowlanych II Etapu.

W odniesieniu do poz. 4 Formularza ofertowego:

1. przekazał prawomocną decyzję nr 602/Ś/2015 z 21.09.2015 r. (Załącznik nr 18 do wyjaśnień) udzielającą pozwolenia na budowę dla inwestycji polegającej na przebudowie zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego przy Al. Ujazdowskich 4 w Warszawie dz. nr ew. 4 z obrębu 5-06-15, zgodnie z którą oraz poświadczeniem projektant W. K. (Załącznik nr 24 do wyjaśnień), inwestycja obejmowała przebudowę budynków w częściach wschodniej jak również zachodniej,
2. wartość podana w wyniku z informacji przekazanych J. S. (Załącznik nr 8 do wyjaśnień); wartość robót zgodnie z Protokołem odbioru częściowego robót nr 11 z 15.01.2019 r. (Załącznik nr 25 do wyjaśnień) wynosi 7 150 219,51zł netto, tj. 8 794 769,99zł brutto.
3. Powołał się na następujące dokumenty:
 - o ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane nr 2017/S 211-437447 (Załącznik nr 21 do wyjaśnień), gdzie w sekcji II.1.4) wskazano, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dla dwóch projektów; oba etapy są finansowane z innych środków (etap I jest finansowany ze środków UE tj. Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego, etap II jest wykonywany w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020r.); w sekcji II.2.4) znajduje się informacja, że przedmiot zamówienia obejmuje dwa odrębne obiekty: część zachodnią (pawilon zachodni, łącznik zachodni szklarnia), część wschodnią

- (pawilon wschodni, łącznik wschodni i kotłownia),
- o umowę o roboty budowlane nr DZP-362-151/2017 z 11.01.2018 r. (Załącznik nr 14 do wyjaśnień) w § 1 pkt 2 stanowi „Projekt obejmuje dwa etapy: Etap I i Etap II, realizowane w różnych terminach”
 - o Protokół Końcowego Odbioru Bezusterkowego z 14.01.2019 r. (Załącznik nr 26 do wyjaśnień), gdzie jest wskazany przedmiot odbioru „Pawilon i Łącznik Zachodni – ETAP I”,
 - o Protokół kontroli obowiązkowej PINB w Warszawie z 17.01.2019 r., gdzie w kategorii obiektu budowlanego użyto sformułowania „KAT-IX Przebudowa zabytkowych budynków ogrodu botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego” (Załącznik nr 17 do wyjaśnień),
 - o wpis kierownika budowy z 08.10.2018 r. (Załącznik nr 27 do wyjaśnień): „*Zgłaszam zakończenie robót budowlanych i instalacyjnych etapu pierwszego zakresu umowy tj. pawilon zachodni wraz z łącznikiem. Teren budowy uporządkowano.*”,
 - o Oświadczenie 2B z 08.10.2018 r. (Załącznik nr 28 do wyjaśnień),
 - o Protokół odbioru częściowego robót nr 11 z 15.01.2019 r. (Załącznik nr 25 do wyjaśnień).

Pismem z dnia 10 marca 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego, podając następujący sposób oceny obu ofert:

Wykonawca	Ilość punktów w kryterium ceny	Ilość punktów w kryterium Doświadczenie kierownika budowy	Ilość punktów w kryterium Gwarancja	Ilość punktów ogółem
odwołujący	60,00	0,00	10,00	70,00
przystępujący	59,50	30,00	10,00	99,50

Zamawiający w następujący sposób uzasadnił to, że nie przyznał punktów za doświadczenie kierownika budowy w przypadku oferty odwołującego (pozycje 1, 3 i 4 tabeli Formularza ofertowego).

Zadanie nr 1 – (...)

a) Według prawa budowlanego kierownik budowy to osoba, na której spoczywa obowiązek kierowania robotami budowlanymi związanymi z wykonaniem obiektu budowlanego lub jego odbudową, rozbudową bądź nadbudową w określonym miejscu. Zgodnie z obowiązującym prawem, kierowanie pracami budowlanymi, które odpowiadają definicji budowy, oznacza, że osoba kierująca pełni samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. W związku z tym od kierownika budowy wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w jednej ze specjalności techniczno-budowlanych, które zdefiniowane są w prawie budowlanym. Zgodnie z zapisami art. 22 Ustawy Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333) obowiązkami kierownika budowy są m.in.:

- protokolarne przejęcie od inwestora terenu budowy,*
- prowadzenie dokumentacji budowy,*
- zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami w tym techniczno-budowlanymi, a także przepisami BHP,*
- koordynowanie działań zapewniających przestrzeganie podczas wykonywania robót budowlanych zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,*
- zapewnienie przy wykonywaniu robót budowlanych stosowania wyrobów wytworzonych w celu zastosowania w obiekcie budowlanym,*
- realizacja zadań wpisanych do dziennika budowy,*
- przygotowanie dokumentacji powykonawczej obiektu budowlanego,*
- zgłoszenie obiektu budowlanego do odbioru odpowiednim wpisem do dziennika budowy,*
- przekazanie inwestorowi oświadczenia o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym lub warunkami pozwolenia na budowę oraz innymi przepisami.*

O nabytym doświadczeniu w ramach pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie zadania można mówić, gdy w czasie trwania realizacji poszczególnych zadań wskazana osoba wykonywała obowiązki, o których mowa w art. 22 Ustawy Prawo Budowlane tj. od protokolarnego przejęcia od inwestora terenu budowy, aż do zakończenia wszystkich czynności prowadzących do uzyskania przez inwestora pozwolenia na użytkowanie. Dopiero wówczas można mówić o pełnieniu funkcji kierownika budowy dla zadania.

Na podstawie wpisów w dzienniku nr 192/2012 można w sposób jednoznaczny określić ilość dni, podczas których pan J. S. mógł pełnić obowiązki kierownika budowy. Zgodnie z wpisami do dziennika od dnia 06.07.2012 r. do dnia 26.07.2012 r. kierownik budowy pan R. G. przebywał na urlopie. W związku, z czym pan S. mógł pełnić obowiązki kierownika budowy przez zaledwie 20 z 470 dni, co stanowi zaledwie 4% całości zrealizowanego zadania. W związku z powyższym Zamawiający nie może uznać, że pan J. S. pełnił funkcje kierownika budowy dla zadania, ponieważ zgodnie z prawem budowlanym nie wykonał wszystkich obowiązków kierownika budowy, a więc nie nabył wymaganego doświadczenia.

b) W dzienniku budowy nr 192/2012 wydanym w dniu 26.06.2012 r. widnieją zapisy mówiące o tym, że funkcję kierownika budowy pełnił pan R. G., natomiast pan J. S. pełnił funkcję kierownika robót rozbiórkowych i konstrukcyjnych. Zgodnie z wpisem w dzienniku budowy z dnia 06.07.2012 r. pan R. G. przekazał obowiązki kierownika budowy panu J. S. na okres swojego urlopu. Jednakże w dzienniku budowy brak jest wpisu potwierdzającego przejęcie przez pana S. zarówno obowiązków, jak i funkcji kierownika budowy. Ponadto wszystkie wpisy wykonane przez pana S. do dziennika budowy podczas nieobecności pana G., nie posiadają oznaczania wpisów wykonanych, jako kierownik budowy (wpis w dzienniku budowy nie ma opisu funkcji „kierownik budowy”). Zgodnie z obowiązującymi do roku 2015 r. przepisami prawa budowlanego, aby skutecznie przejąć funkcję kierownika budowy należało:

- dokonać wpisu aktualnego kierownika budowy o przekazaniu funkcji,
- dokonać wpisu określającego stopień zaawansowania budowy,
- dokonać wpisu nowego kierownika budowy o przejęciu tej funkcji,
- zgodnie z art. 44 Ustawy Prawo budowlanego (tj. Dz. U. 2010 nr 243 poz. 1623 z zm.) inwestor winien zawiadomić właściwy organ (PINB) o zmianie kierownika budowy podając, od kiedy nastąpiła zmiana. Do zawiadomienia należało również dołączyć oświadczenie kierownika budowy, o przejęciu obowiązków.

Zgodnie z powyższym nie można uznać, że pan J. S. w sposób zgodnym z prawem budowlanym przejął funkcje kierownika budowy nawet na okres 20 dni.

c) Z przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów nie wynika wprost, czego dokładnie dotyczyła inwestycja mająca potwierdzić doświadczenie kierownika budowy. Wprawdzie w dokumentacji technicznej i wyjaśnieniach mówi się o rozbudowie, jednak umowa oraz pozwolenie na budowę określają inwestycję, jako budowę nowego obiektu wraz z rozbudową. Można, więc uznać to zadanie za zgodne z wymaganiami Zamawiającego, lecz tylko w zakresie samej rozbudowy budynku, przy czym wykonawca nie odpowiedział zamawiającemu jaką wartość

stanowi rozbudowa (o co zamawiający wnosił w piśmie z dnia 09.02.2021 r.), tym samym zamawiający zadania nie uznaje.

Należy podkreślić, że zadaniem Wykonawcy było udowodnienie Zamawiającemu w sposób jednoznaczny, iż zadanie spełnia wymagania określone w specyfikacji, wybierając do punktowanych zadań te zadania, które nie budzą wątpliwości.

2) Zadanie nr 3

a) Z przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów oraz dokumentów otrzymanych od Inwestora tj. Uniwersytetu Warszawskiego wynikają sprzeczne wnioski. Po analizie ww. dokumentów Zamawiający stwierdza, że zadania nr 3 i 4 były w rzeczywistości jednym zadaniem inwestycyjnym podzielonym na 2 etapy. Dokumentami potwierdzającymi taką interpretację są:

- jedna umowa opisująca 2 etapy jednego zadania inwestycyjnego,*
- jedno pozwolenie na budowę dla budynków,*
- list referencyjny z dnia 29.01.2020 r. stwierdzający, że firma MTM Budownictwo sp. z.o.o. wykonała inwestycję składającą się z dwóch etapów oraz, że pan J. był dla inwestycji kierownikiem budowy.*

Tym samym należy stwierdzić, że podział na dwa odrębne zadania jest podziałem sztucznym i mającym na celu zwielokrotnienie ilości przydzielonych punktów.

b) W dzienniku budowy nr 405/17/2019 TOM II wydanym dnia 02.07.2019 r. widnieje zapis, że funkcję kierownika budowy pełnił pan J. S.. Jednakże z dniem 23.08.2019 r. funkcja ta została przekazana panu J. J.. W związku z powyższym, pan J. J. widnieje w dzienniku budowy, a także fakt ten został poświadczony przez Inwestora, o czym mowa powyżej. W tym miejscu należy podkreślić, iż przekazanie funkcji kierownika budowy nastąpiło zgodnie z zapisami Prawa budowlanego, w przeciwieństwie do okoliczności, które miały miejsce w zadaniu nr 1.

O nabytym doświadczeniu w ramach pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie zadania można mówić, gdy w czasie trwania realizacji poszczególnych zadań wskazana osoba wykonywała obowiązki, o których mowa w art. 22 Ustawy Prawo Budowlane tj. od protokolarnego przejęcia od inwestora terenu budowy, aż do zakończenia wszystkich czynności prowadzących do uzyskania przez Inwestora pozwolenia na użytkowanie m.in. uczestniczenia w czynnościach odbioru obiektu, co świadczyło by o jego doświadczeniu dla zadania. (...) Zamawiający nie może uznać doświadczenia pana J. S. (...) ponieważ zgodnie z Prawem budowlanym zadanie to przejął, prowadził i zakończył Pan J.J.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Stwierdzić należy (na podstawie treści zawiadomienia z dnia 10 marca 2021 r.), że

powodem, iż zamawiający nie przyznał ofercie odwołującego żadnych punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, w przypadku pozycji nr 1 tabeli Formularza ofertowego odwołującego, było to, że wskazany przez odwołującego J. S. nie pełnił funkcji kierownika budowy, a nadto, że mógł pełnić obowiązki kierownika budowy jedynie przez 20 dni (z 470), a powinien od protokolarnego przejęcia od inwestora terenu budowy aż do zakończenia wszystkich czynności prowadzących do uzyskania przez inwestora pozwolenia na użytkowanie [*„nie można uznać, że pan J. S. w sposób zgodny z prawem budowlanym przejął funkcję kierownika budowy nawet na okres 20 dni”*].

Dodatkowo zamawiający zakwestionował charakter wskazanego zadania jako rozbudowy.

W przypadku pozycji nr 3 i 4 tabeli Formularza ofertowego odwołującego zamawiający nie przyznał ofercie odwołującego żadnych punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” z tego względu, iż było to jedno zadanie.

Dodatkowo, zamawiający uzasadnił, że czas pełnienia funkcji kierownika budowy przez J. S. nie obejmował pełnego czasu realizacji inwestycji (od protokolarnego przejęcia od inwestora terenu budowy aż do zakończenia wszystkich czynności prowadzących do uzyskania przez inwestora pozwolenia na użytkowanie).

W odniesieniu do pozycji nr 1 tabeli Formularza ofertowego odwołującego skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że czas pełnienia funkcji kierownika budowy na danym zadaniu pozostawał poza wymogami zawartymi w SIWZ, o czym przesądza brzmienie rozdziału 8 pkt 8.1. 2) ppkt 2) lit. c2) SIWZ.

W ramach wskazanego postanowienia SIWZ mowa „jedynie” o osobie przyjmującej obowiązki kierownika budowy oraz nadzorowaniu przez tą osobę zadań. Brak w wymogu zastrzeżenia, że jako adekwatne zamawiający uzna wyłącznie takie doświadczenie, które pełniąc funkcję kierownika budowy osoba zdobyła w toku realizacji całej inwestycji. Niezależnie od okresu pełnienia funkcji kierownika budowy osoba pełniąc taką funkcję zdobywa doświadczenia kierownika budowy dla danego zadania (a nie dla innego zadania), czego oczekiwał zamawiający.

Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko odwołującego o obowiązku literalnego odczytywania postanowień SIWZ (i niedopuszczalności zawężającego interpretowania tychże postanowień).

O ile skład orzekający Izby ocenił, że w świetle treści SIWZ czas pełnienia funkcji kierownika budowy na danym zadaniu pozostawał poza wymogami zawartymi w SIWZ (w konsekwencji, że nie mogłoby to stanowić podstawy do nieprzyznania punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”), o tyle skład orzekający Izby doszedł

jednocześnie do przekonania, że warunkiem sine qua non wykazania oczekiwanego przez zamawiającego doświadczenia w nadzorowaniu zadań było to, aby osoba zdobyła to doświadczenie, pełniąc funkcję kierownika budowy.

Zamawiający wskazał w piśmie z 10 marca 2021 r., że aby doszło (jak ujął to zamawiający „skutecznie”) do przejścia funkcji kierownika budowy wymagane przepisami prawa (obowiązującymi do 2015 roku) było nie tylko dokonanie wpisu kierownika budowy o przekazaniu funkcji, ale także dokonanie wpisu nowego kierownika budowy o przejściu funkcji (oraz wpisu określającego stopień zawansowania budowy), czego odwołujący nie w odwołaniu nie kwestionował, akcentując jedynie, że *„Bezspornie w dzienniku budowy widnieje jednak poświadczenie p. G., iż z dniem 6 lipca 2021 r. p. G. przekazał p. S. obowiązki kierownika budowy (...)”* oraz powołując się na oświadczenie inwestora (ASP) z 19.02.2021 r. nawiązujące do wpisu R. G. – str. 9 i 10 pkt 3.8. i 3.9. odwołania.

W swoim dodatkowym stanowisku pisemnym z 9 kwietnia 2021 r. odwołujący odniósł się do stanowiska pisemnego przystępującego z 8 kwietnia 2021 r. [art. 44 ustawy Prawo budowlane w brzmieniu obowiązującym do 27 czerwca 2015 r. oraz § ust. 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz zgłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (Dz.U. Nr 108 poz. 953 ze zm.)], podkreślając, że z ww. art. 44 wynikają obowiązki inwestora dotyczące zmiany kierownika budowy (zawiadomienie właściwego organu o zmianie).

Podnieść jednak należy, że J. S. nie złożył oświadczenia o przyjęciu obowiązków kierownika budowy (odwołujący nie twierdził, że jest inaczej), co wskazuje na to, że inwestor w ogóle nie był w stanie wywiązać się z nałożonego obowiązku (art. 44 ust. 2 kreował obowiązek dołączenia do zawiadomienia oświadczenia osoby o przejściu obowiązków).

Nie sposób także podzielić stanowiska odwołującego z rozprawy, że ww. art. 44 Prawa budowlanego *„nie dotyczy sytuacji czasowego, a jedynie trwałej zmiany/rezygnacji z pełnienia funkcji kierownika budowy”* (str. 3 Protokołu rozprawy), ponieważ nie potwierdza to brzmienia przepisu (mowa o zmianie w szczególności kierownika budowy bez wskazania zawężająco, że chodzi o trwałą zmianę/rezygnację).

Nie ma wątpliwości co do tego, że R. G. jako kierownik budowy na zadaniu nr 1 w dniu 6 lipca 2021 r. dokonał wpisu o przekazaniu obowiązków kierownika budowy kierownikowi robót inż. J. S. (*„W dniu dzisiejszym przekazuję obowiązki kierownika budowy, kierownikowi robót inż. J. S. na okres mojego urlopu”*), jednocześnie nie ma także wątpliwości co do tego, że brak jest wpisu J. S., iż przyjmuje/przejmuje obowiązki kierownika budowy.

Podkreślenia przy tym wymaga, iż element opisu warunku z rozdziału 8 pkt 8.1. 2) ppkt 2) lit. c2) SIWZ dotyczący kierownika budowy jako *„osoby przyjmującej obowiązki*

kierownika budowy” był składową podstawy przyznania punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” („Kryterium (...) będzie rozpatrywane na podstawie zadeklarowanego przez wykonawcę w formularzu ofertowym ilości wykonanych usług przez wskazanego ww. formularzu kierownika robót”).

Oznacza to, że zamawiający właśnie wymaganemu formalnemu przyjęcia obowiązków kierownika budowy przez daną osobę (J. S.) przypisał ważne znaczenie. W kontekście obowiązujących do 2015 roku (odpowiednio do czasu realizacji zadania nr 1) oznacza to wymóg dokonania przez J. S. wpisu w dzienniku budowy o przyjęciu/przejęciu obowiązków kierownika budowy, czego zabrakło.

Odnosząc się do dokonywanych przez J. S. wpisów w dzienniku budowy, skład orzekający Izby uznał, że żadnego z nich nie można przypisać jako dokonanego przez wskazaną osobę jako kierownika budowy ze względu na brak wskazania funkcji kierownika budowy zwłaszcza, że J. S. pełnił – co do czego nie było sporu – funkcję kierownika robót, a przedmiot wpisów dotyczył właśnie robót związanych z pełnioną przez J. S. funkcją kierownika robót rozbiórkowo-konstrukcyjnych.

O przejęciu przez J. S. funkcji kierownika budowy nie może także świadczyć ocena wpisu R. G. z dnia 6 lipca 2021 r. przez pracownika inwestora (w nawiązaniu do wiadomości e-mail z 19 lutego 2021 r., którego podstawą jest wpis z 6 lipca 2021 r.).

To nie ocena inwestora, R. G. i J. S. stanowi o przejęciu funkcji kierownika budowy, ale wskazane przez zamawiającego w piśmie z 10 marca 2021 r. wpisy w dzienniku budowy (w odniesieniu do stanowiska odwołującego, iż „*Powyższe oświadczenia potwierdzają, że zarówno inwestor – Akademia Sztuk Pięknych jak i sam p. J. S. i p. G. zgodnie uznawali, że w okresie nieobecności p. G., to p. J. S. pełni obowiązki kierownika budowy*” – str. 8 pkt 2.8. Pisma procesowego odwołującego).

Nie można także pominąć, że w oświadczeniu z 21 stycznia 2021 r. (do przystępującego) kanclerz Akademii sztuk Pięknych w Warszawie – inwestor potwierdził, że J. S. „*był jedynie kierownikiem robót rozbiórkowych i konstrukcyjnych*”.

Ze względu na to, że kwestią pierwszoplanową było ustalenie, czy dana osoba w ogóle przejęła funkcję kierownika budowy, roztrząsanie kwestii dotyczącej charakteru nadzorowanego zadania (budowa czy rozbudowa) pozostaje bez znaczenia dla możliwości przyznania odwołującemu punktów w kryterium „Doświadczenia kierownika budowy” w przypadku pozycji n1 1 tabeli Formularza ofertowego odwołującego.

Odnosząc się do złożonej przez odwołującego na rozprawie Opinii prawnej z 23 grudnia 2020 r. (radcy prawnego K. Z.), uznanej przez skład orzekający Izby za stanowisko własne odwołującego, dla porządku zauważyć należy, że pytanie 3

„W jaki sposób powinien postąpić kierownik budowy w sytuacji, gdy na określony czas nie może pełnić swojej funkcji, np. z powodu choroby lub planowanego urlopu, w sytuacji gdy jest zatrudniony na podstawie umowy o pracę, która nie przewiduje szczegółowych zapisów w takim przypadku ?” zawiera elementy (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, brak szczegółowych postanowień umownych), co do których brak jest wiedzy w przypadku R. G.. Przede wszystkim jednak złożona przez odwołującego opinia licząca dwie strony wydaje się niekompletna – po pkt. 4) ust. 1 art. 18 Prawa budowlanego [opinia bazuje przy tym na innym stanie prawnym – jak podano w zdaniu końcowym – „została sporządzona na podstawie stanu prawnego obowiązującego w dacie jej sporządzenia” – przywołano Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 nie zaś przepisy wcześniejsze – odpowiednio do czasu realizacji zadania 1] – „pojawia się” pkt 1) i kolejne, co do których nie wiadomo, do czego należy je odnieść, a bezpośrednio po nich prezentowane są Wniosku końcowe (żadnego uzasadnienia, analizy poprzedzających wniosków). Także sam wniosek (odpowiedź na pytanie 3) dotyczy sytuacji „braku porozumienia z inwestorem”, czego odwołujący, w odniesieniu do relacji R. G. i inwestora – Akademii Sztuk Pięknych, nie wskazywał.

Uwzględniając treść opracowanej przez zamawiającego w tym postępowaniu SIWZ, kładącej nacisk na przyjęcie obowiązków kierownika budowy, stwierdzić należy, że zamawiający nie mógł przyznać ofercie odwołującego punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” w przypadku pozycji nr 1 tabeli Formularza ofertowego Odwołującego.

W odniesieniu do pozycji nr 3 i 4 tabeli Formularza ofertowego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający nie wskazał w SIWZ w jaki sposób rozumieć należy pojęcie „zadania”, a w szczególności, iż każde zadanie ma być wykonywane na podstawie odrębnej umowy, odrębnego pozwolenia na budowę, w ramach jednego etapu inwestycji (jak wyliczał zamawiający w uzasadnieniu z 10 marca 2021 r.), wobec czego odmowa przyznania punktów z tych względów była bezzasadna.

Co więcej, zauważyć należy, że w opisie sposobu dokonywania oceny ofert w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” zamawiający posłużył się nie tylko pojęciem „zadania”, ale także sformułowaniem – „wykonywanych usług”, których sposób rozumienia także nie został przez zamawiającego w SIWZ podany. Niewiadomym pozostaje także i to, w jakiej relacji pozostają pojawiające się w SIWZ: „zadania” i „wykonywane usługi”.

Niejasności te (co do sposobu rozumienia „zadania”, „wykonanych usług”, ich wzajemnej relacji), zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie mogą być poczytywane na niekorzyść wykonawcy (odwołującego).

Uwzględniając treść opracowanej przez zamawiającego w tym postępowaniu SIWZ,

obowiązek zamawiającego literalnej interpretacji jej postanowień, stwierdzić należy, że zamawiający nie miał podstaw do nieprzyznania ofercie odwołującego punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” z przyczyn wskazanych w piśmie z 10 marca 2021 r. w przypadku pozycji nr 3 i 4 tabeli Formularza ofertowego Odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 ustawy nPzp „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”

Pomimo, iż zamawiający błędnie ocenił ofertę odwołującego w przypadku pozycji nr 3 i 4 tabeli Formularza ofertowego, naruszając art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, skład orzekający Izby oddalił odwołanie, ponieważ przyznanie ofercie odwołującego dodatkowych 20 pkt (za pozycję nr 3 i 4) nie miało i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z informacją zamawiającego z 10 marca 2021 r. oferta przystępującego (oferta najkorzystniejsza) uzyskała łącznie 99,50 pkt. (czego odwołujący nie kwestionował), zaś odwołującego 70 pkt. Dodanie 20 pkt w przypadku oferty odwołującego oznaczałoby, że oferta ta uzyskałaby 90 pkt, co nie jest wystarczające do uznania, że jest to oferta najwyżej oceniona (najkorzystniejsza) skoro oferta przystępującego została oceniona na 99,50 pkt.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy nPzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: