

Sygn. akt KIO 3039/20

KIO 3041/20

WYROK

z dnia 21 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 8 i 17 grudnia 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 20 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Hochtief Polska Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie** (KIO 3039/20),
- B. w dniu 20 listopada 2020 r. przez wykonawcę **PORR Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie** (KIO 3041/20)

w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie**

przy udziale wykonawców:

- A. **Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 3039/20 i KIO 3041/20 po stronie zamawiającego,
- B. **Hochtief Polska Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3041/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 3041/20 w zakresie zarzutu oznaczonego numerem 2., to jest naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 3041/20 w pozostałym zakresie,**
- 3. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 3039/20,**

4. kosztami postępowania o sygn. akt KIO 3039/20 obciąża Hochtief Polska Spółkę akcyjną i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Hochtief Polska Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Hochtief Polska Spółki akcyjnej na rzecz Instytutu Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie kwotę 2 042 zł 80 gr (słownie: dwa tysiące czterdzieści dwa złote osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika,

5. kosztami postępowania o sygn. akt KIO 3041/20 obciąża PORR Spółkę akcyjną i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PORR Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,

5.2. zasądza od PORR Spółki akcyjnej na rzecz Instytutu Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie kwotę 2 042 zł 80 gr (słownie: dwa tysiące czterdzieści dwa złote osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3039/20
KIO 3041/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Instytut Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę „Centrum Badań Środowiska i Innowacyjnych Technologii Żywności dla Jakości Życia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 121-293900. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3039/20

Odwołujący – Hochtief Polska S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z rozdziałem XIV ust. 2 podpunkt b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że inwestycja „Zaprojektowanie i budowa Zespołu Jednostek Skarbowych przy ul. Dolna Wilda 80 wraz z terenami zewnętrznymi i małą architekturą (zespół 3 budynków o wspólnym parterze i piwnicy)” nie może być uznana za prowadzoną w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a w konsekwencji nieuzasadnioną odmowę przyznania Odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert doświadczenie zawodowe kierownika kontraktu w sytuacji, w której osoba wskazana przez wykonawcę (P. W.) legitymuje się doświadczeniem określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nieuzasadniony wybór oferty wykonawcy Budimex S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazania Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem doświadczenia p. W. jako zgodnego z warunkami określonymi w rozdziale XIV ust. 2 podpunkt b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. nakazania Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że pierwotnie Zamawiający przewidział przyznawanie punktów w ramach ww. kryterium wyłącznie za inwestycje realizowane pod pilotażem kierownika kontraktu wyłącznie wówczas, gdy były one prowadzone na podstawie „żółtego FIDIC-a”. Tak określone doświadczenie stało się przedmiotem odwołania Odwołującego, który zaskarżył treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazując, że niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również nie mające oparcia w rzeczywistych potrzebach oraz korzyściach Zamawiającego jest referowanie do określonego aspektu formalnego (rodzaju, wzoru) umowy, a nie do rzeczywistego sposobu realizacji inwestycji referencyjnej. Odwołujący postulował dopuszczenie wszelkich inwestycji realizowanych w formule „zaprojektuj i buduj”, tj. nakładającej na wykonawcę zarówno obowiązek wykonania prac projektowych, jak i robót budowlanych – bez dalszego doprecyzowania ich zakresu czy wzajemnej korelacji (odwołanie sygn. KIO 1517/20). Odwołanie to zostało cofnięte na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego.

Odwołujący złożył ofertę wskazując jako kandydata na stanowisko kierownika kontraktu p. P. W., legitymującego się wymaganym doświadczeniem zawodowym. Jako doświadczenie podlegające ocenie w ramach kryterium oceny ofert wskazano na realizację inwestycji „Zaprojektowanie i budowa Zespołu Jednostek Skarbowych przy ul. Dolna Wilda 80 wraz z terenami zewnętrznymi i małą architekturą (zespół 3 budynków o wspólnym parterze i piwnicy)”.

W toku postępowania jeden z wykonawców podniósł wątpliwości, czy inwestycja ta spełnia wymogi określone w rozdziale XIV ust. 2 podpunkt b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym wątpliwości dotyczą realizacji ww. inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj” odnosząc się do swoistej definicji pojęcia, z której miałyby wynikać konieczność wykonania absolutnie całej dokumentacji projektowej. Zakres inwestycji referencyjnej został przedstawiony poprzez odwołanie się do treści ogłoszenia o zamówieniu, z pominięciem faktycznego zakresu realizowanych usług. Także Zamawiający na etapie oceny ofert przyjął taką interpretację kryterium doświadczenia kierownika kontraktu, choć nie wynikała ona z literalnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym dokonując oceny oferty Odwołującego w ramach rzeczonych kryterium, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie uzupełniających warunków, od których uzależnił przyznanie punktów w ramach kryterium oceny ofert.

Zamawiający, kreując kryteria oceny ofert, związany jest normami wynikającymi z art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym kryteria oceny ofert powinny preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, związane z przedmiotem zamówienia i być uzasadnione nie tylko z punktu widzenia preferencji zamawiającego, ale także jego uzasadnionych potrzeb. Celem kryteriów oceny ofert jest uzyskanie oferty najkorzystniejszej, tj.

uwzględniającej realizację zadania będącego przedmiotem postępowania w sposób jak najbardziej odpowiadający potrzebom zamawiającego. Nie może budzić wątpliwości, że w przypadku postępowania dotyczącego wykonania robót budowlanych o wysokim stopniu skomplikowania, doświadczenie kierownika budowy jako kluczowego członka zespołu, osoby odpowiedzialnej za całokształt prac związanych z prawidłową realizacją inwestycji, jest ściśle związane z realizacją zamówienia i sprzyja osiągnięciu należytego wykonania zamówienia.

Odnosząc wymóg powiązania kryteriów pozacenowych z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, specyfiką niniejszego postępowania i jego przedmiotu nie sposób zgodzić się z interpretacją warunkującą przyznanie punktów w kryterium doświadczenia kierownika kontraktu nie tyle od merytorycznego rodzaju zdobytego doświadczenia, a od kwestii formalnej, tzn. realizacji kontraktu na podstawie określonego typu umowy, czy też od kwalifikacji zamówienia na etapie jego ogłaszania. Potwierdzeniem faktu, że o modelu realizacji inwestycji przesądza faktyczny sposób jej wykonania, a nie użyta terminologia kontraktowa, jest funkcjonowanie na rynku wielu kontraktów określonych (formalnie) jako realizacja „zaprojektuj i wybuduj”, w ramach których zakres prac projektowych był nieporównanie mniejszy i mniej doniosły niż w referencyjnej inwestycji realizowanej w Poznaniu. Według interpretacji przedstawionej przez jednego z wykonawców, a przejętej przez Zamawiającego, takie inwestycje wpisywałyby się bez problemu w warunki Zamawiającego, mimo iż rzeczywisty zakres prac projektowych jest zdecydowanie mniejszy i dotyczy np. zagospodarowania terenu. Interpretacja taka jest całkowicie niedorzeczna z punktu widzenia celu, jaki przyświeca kryterium oceny ofert.

Istota kryterium oceny ofert powinna sprowadzać się do oceny dokonywanej pod kątem waloru, jakie niesie ono dla przedmiotu zamówienia. Przyjęcie, iż warunki udziału w postępowaniu mają gwarantować udział wykonawców zdolnych do jego realizacji, ich spełnienie stanowi niezależny od oceny oferty element weryfikacji podmiotowej wykonawcy. Z powyższego wynika, że wykonanie inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj” przewidziane w ramach kryterium oceny ofert nie jest wymogiem natury formalnej, lecz merytorycznej – chodzi o rzeczywiste doświadczenie w koordynowaniu, prowadzeniu określonego zakresu prac, obejmującego prace projektowe i procedurę uzyskania odpowiednich pozwoleń. Forma prawna, nazwa umowy są w tym kontekście pozbawione znaczenia. Argumenty w tym zakresie były prezentowane szeroko w poprzednim odwołaniu Odwołującego. Uznanie to musi być brane pod uwagę jako przychylenie się do stanowiska Odwołującego, że znaczenie ma faktyczny zakres i rodzaj doświadczenia zawodowego, a nie formalna strona umowy, w oparciu o którą doświadczenie to było zdobyte.

Stanowisko przyjęte za własne przez Zamawiającego zakłada, że kryterium realizacji inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj” przewiduje konieczność wykonania (w ramach inwestycji) kompleksowej dokumentacji projektowej w całości, począwszy od prac

przedprojektowych. Taka interpretacja jest nieuzasadniona, bowiem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest odpowiedniego dookreślenia, które utożsamia formułę „zaprojektuj i wybuduj” z obowiązkiem wykonania dokumentacji projektowej w całości i od podstaw (bez wykorzystania jakiegokolwiek dokumentacji dostarczonej przez inwestora), a na obecnym etapie nie ma podstaw do dookreślenia treści specyfikacji w sposób niekorzystny dla wykonawców, nie jest prawdą twierdzenie, jakoby w ramach inwestycji „zaprojektuj i wybuduj” przygotowanie całości dokumentacji projektowej zawsze spoczywało na wykonawcy. Poza tym z punktu widzenia doświadczenia kierownika kontraktu zakres koordynowanych prac projektowych nie jest kwestią najbardziej istotną.

Przede wszystkim Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, że pod pojęciem inwestycji realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” będzie rozumiał wyłącznie te projekty, w których przygotowanie całej inwestycji od strony projektowej obciąża wykonawcę. W formule „zaprojektuj i wybuduj” realizuje się bowiem również takie projekty, w których pewna część dokumentacji projektowej jest dostarczana przez inwestora. Nie ma zatem podstaw, aby na obecnym etapie dokonywać faktycznego uzupełnienia rozdziału XIV ust. 2 podpunkt b) o nowe treści, w istocie zastrzegające wymagania wobec osoby desygnowanej na stanowisko kierownika kontraktu.

Zamawiający w toku oceny ofert jest związany opisem kryteriów i sposobem oceny, zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w ramach dokonywania oceny ofert wyklucza możliwość uzupełniania, uszczegółowiania zasad oceny ofert poprzez badanie ofert w sposób, który nie został jednoznacznie wyartykułowany w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ustawa nie pozwala także na odstępowanie od reguł, które wynikają z obowiązującego brzmienia specyfikacji. Niedopuszczalna jest zatem praktyka dokonywania oceny ofert w sposób odmienny niż opisany w udostępnionej wykonawcom specyfikacji. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców gwarantuje wykonawcy, że reguły oceny oferty, które brał pod uwagę przygotowując swoją ofertę, będą niezmiennie w toku całego postępowania, a także pozwolą mu na ocenę swoich szans na uzyskanie zamówienia (uchwała sygn. KIO/KD 6/19). Szczególne zastrzeżenia musi przy tym budzić sytuacja, w której uzupełnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryterium oceny ofert dokonywane jest z inicjatywy jednego z wykonawców. W piśmie z 28 września 2020 r. Zamawiający wprost wskazuje, że podejmowane działania następują na żądanie jednego z wykonawców – i to właśnie ten wykonawca narzucił swoją narrację w zakresie rozumienia formuły „zaprojektuj i wybuduj”. Działanie takie budzi wątpliwości co do realizacji normy wynikającej z art. 15 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i stoi w sprzeczności z zasadą niezmienności specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem nie ma legalnej

możliwości „rozszerzania” wymogów przewidzianych dla inwestycji referencyjnej, od których spełnienia uzależnione jest przyznanie punktów w ramach kryteriów oceny ofert. W szczególności naruszeniem zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców jest sytuacja, w której takie uzupełnienie jest dokonywane z inspiracji jednego z wykonawców mającego w tym jasno określony interes.

Jedynym zatem wymogiem, poza przedmiotem i wartością inwestycji, który musi być zachowany dla oceny doświadczenia kierownika kontraktu, jest wymóg realizacji inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj” – bez jej dalszego doprecyzowania. Formuła ta obejmuje również przypadki, w których pewną część dokumentacji projektowej dostarcza inwestor.

Żądanie, aby doświadczenie kierownika kontraktu obejmowało cały etap projektowy (obejmujący przygotowanie wszystkich składowych dokumentacji projektowej) jest nieuzasadnione w przypadku kryterium oceny ofert. W przeciwieństwie bowiem do warunku udziału w postępowaniu (rozdział VI pkt 3.2) w kryterium oceny nie ma wymogu, aby kierownik kontraktu sprawował funkcję „w całym okresie trwania kontraktu”, co zapisano w warunkach udziału. Wymóg w rozdziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia mówi o doświadczeniu w pełnieniu funkcji „przy realizacji robót budowlanych”, które były zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Nie jest zatem konieczne (inaczej niż na warunek udziału, gdzie zostało to wprost wskazane) sprawowanie tej funkcji „przy wykonaniu dokumentacji projektowej”. Już choćby z tego punktu widzenia zakres prac projektowych wykonywanych w ramach inwestycji wskazanej w kryterium oceny ofert nie ma kluczowego wpływu na oceniane doświadczenie kierownika kontraktu.

Należy również wziąć pod uwagę zakres obowiązków wykonywanych przez kierownika kontraktu – nie należy do nich wykonywanie dokumentacji projektowej jakiegokolwiek rodzaju. Z punktu widzenia obowiązków kontraktowych doświadczenie istotne dla Zamawiającego dotyczy wyłącznie współpracy z zespołem projektowym oraz pilotowania procedur administracyjnych związanych z uzyskaniem pozwolenia na budowę. Takie doświadczenie zdobywa się zarówno podczas wykonania pierwotnej dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę, jak i przy okazji wykonywania odpowiednio obszernego projektu zamiennego, uwieńczonego uzyskaniem zamiennego pozwolenia na budowę.

Wbrew twierdzeniom realizacja inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj” obejmuje szereg różnych sytuacji różniących się zakresem materiałów zapewnianych przez inwestora. Niejednokrotnie rolę programu funkcjonalno-użytkowego pełni jakaś forma dokumentacji projektowej (projekt koncepcyjny, projekt budowlany), co do której inwestor wydaje określone dyspozycje co do przetworzenia. Przekazanie wykonawcy kompletnej dokumentacji projektowej przeznaczonej do realizacji oznacza, w kontekście art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych inwestycję w formule „buduj”. W takim przypadku dokumentacja

stanowi opis przedmiotu zamówienia, zatem ma w sposób skończony i precyzyjny określać przedmiot robót, nie pozostawiając swobody na interpretację i inicjatywę własną wykonawcy. W formule „zaprojektuj i wybuduj”, stosownie do art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek przedstawić program funkcjonalno-użytkowy. Jest to jednak wymaganie minimalne i nie ma przeszkód, aby w postępowaniu „zaprojektuj i wybuduj” przekazać wykonawcy jakąś część dokumentacji projektowej. Tego typu sytuacje zauważono w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO 128/18: „W przypadku zamówień obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych – jak sama nazwa wskazuje – to właśnie opracowanie dokumentacji projektowej, a przynajmniej jej części, jest jednym z elementów zamówienia, a w konsekwencji jednym z obowiązków wykonawcy, a nie zamawiającego.” W szczególności wskazany w art. 31 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podział sposobu realizacji robót ma charakter dychotomiczny. Zatem sytuacje występujące w praktyce, w których udostępnia się wykonawcom np. projekt budowlany wraz z pozwoleniem na budowę, celem jego zmiany/dokończenia/aktualizacji -należy zakwalifikować do jednej z dwóch kategorii. O ile inwestor nie przekazuje kompletnej dokumentacji projektowej, stanowiącej docelowy opis przedmiotu zamówienia, nie sposób mówić o formule „buduj”. W myśl zasady *tertium non datur*, sytuacje takie będą kwalifikowały się do formuły „zaprojektuj i wybuduj”, w której PFU uzupełnione jest o dalsze materiały. Nie dotyczy to oczywiście sytuacji, w których prace projektowe, spoczywające na wykonawcy, mają charakter całkowicie marginalny.

Z punktu widzenia doświadczenia, jakie mógł zdobyć kierownik kontraktu, w projektach realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” najbardziej istotne jest doświadczenie zdobywane kolejno w zakresie: a) organizowania i koordynowania prac zespołu projektowego, b) pośredniczenia w kontaktach pomiędzy inwestorem a zespołem projektowym, c) pilnowania harmonogramu realizacji prac projektowych, oraz ich wpływu na harmonogram realizacji robót, d) koordynowania działań zmierzających do uzyskania niezbędnych pozwoleń, e) realizacji robót budowlanych. Wszystkie te działania występują również w tych przypadkach, gdzie podstawę prac projektowych stanowi nie jedynie program funkcjonalno-użytkowy, lecz jakaś postać dokumentacji projektowej (np. projekt koncepcyjny, projekt będący podstawą do wprowadzenia zmian). Odwołujący nie stoi przy tym na stanowisku, jakoby wykonanie jakichkolwiek, choćby drobnych prac projektowych, skutkowało uznaniem danej inwestycji za projekt typu „zaprojektuj i wybuduj”, gdyż byłby to pogląd skrajny i podobnie nie przystający do istoty sprawy.

Mając na uwadze cel, jaki przyświeca całemu kryterium, a więc ocenę doświadczenia, miarodajnego dla realizowanej inwestycji, należy każdorazowo badać, jaki był rodzaj prac projektowych powierzonych wykonawcy robót budowlanych, stopień ich ingerencji w istniejącą dokumentację, stopień skomplikowania, czy wreszcie konsekwencje natury

prawno-administracyjnej (wymóg uzyskania pozwolenia na budowę, ponowienia uzgodnień itp.). To właśnie według tych kryteriów należy oceniać *ad casum*, czy dany projekt zapewnił uczestnikom zebranie doświadczeń zawodowych na każdym z pól, wymienionych powyżej.

Odnosząc powyższe rozważania do inwestycji referencyjnej „Zaprojektowanie i budowa Zespołu Jednostek Skarbowych przy ul. Dolna Wilda 80 wraz z terenami zewnętrznymi i małą architekturą (zespół 3 budynków o wspólnym parterze i piwnicy)” Odwołujący podtrzymał stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu 9 października 2020 r. Zdaniem Odwołującego wymogi Zamawiającego nie dotyczyły formuły, w jakiej przetarg został ogłoszony, a tego, w jakiej został zrealizowany, bowiem faktycznie wykonywany zakres prac, a nie jego opis w ogłoszeniu, wpływa na nabyte doświadczenie. Na faktycznie wykonany zakres prac, bez wątplenia mieszczącego się w typowej formule „zaprojektuj i wybuduj”, wskazują referencje z 8 grudnia 2017 r. wystawione przez inwestora (Izbę Skarbową w Poznaniu). W ramach rzeczonyj inwestycji były realizowane kompleksowe prace projektowe, obejmujące wszystkie wymagane elementy i pozwalające na weryfikację kompetencji istotnych dla wykonania niniejszego zamówienia. W szczególności Odwołujący: a) opracował wielobranżową koncepcję projektową, b) uzyskał wszelkie niezbędne uzgodnienia formalnoprawne w ramach przygotowywanego projektu budowlanego, c) opracował kompleksową, pełnobrażową dokumentację budowlaną na podstawie udzielonego przez zamawiającego pełnomocnictwa, d) złożył oraz uzyskał ostateczną decyzję pozwolenia na budowę, e) opracował kompleksową, pełnobrażową dokumentację wykonawczą zawierającą projekty: architektoniczny, konstrukcyjny, instalacji sanitarnych, klimatyzacji i wentylacji, instalacji elektrycznych oraz teletechnicznych, f) na podstawie ww. dokumentacji wybudował całość inwestycji i uzyskał prawomocne pozwolenie na jej użytkowanie. Nie ulega zatem wątpliwości, że p. W. legitymuje się doświadczeniem przy inwestycji, w ramach której wykonane zostały prace projektowe obejmujące wszystkie wymagane elementy, charakterystyczne dla inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a zatem odpowiadającą przedmiotowi zamówienia i zgodną z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do kryterium oceny ofert.

W inwestycji tej nie mamy do czynienia z fragmentarycznym zakresem prac projektowych ani czynnością częściowego przeprojektowania, polegającego na nanoszeniu zmian na istniejącą już dokumentację według wytycznych inwestora. W dokumentacji przetargowej inwestor przewidział konieczność przeprojektowania obiektu tak, aby spełniał on nowe warunki techniczne (obowiązujące w czasie jego powstawania) oraz nowe założenia programu użytkowego obiektu. W tym celu w ramach dokumentacji przetargowej zamawiający załączył dwa kluczowe dokumenty „ST_00_wymagania_ogolne-30092014-

ostateczny” oraz „Wytyczne do projektowania”. Konieczność opracowania zamiennych dokumentacji oraz uzyskania zamiennej decyzji została zapisana w przywołanej w wezwaniu specyfikacji „ST_00_wymagania_ogolne-30092014-ostateczny”. Specyfikacja ta wskazuje: „1.4.1. Zakres zasadniczy, (str. 9) Wykonawca przeprowadzi wszelkie czynności związane z aktualizacją, uzupełnieniem, modyfikacją, korektą i zmianą Dokumentacji Projektowej wskazanej w treści SIWZ, uzyska wszelkie dokumenty niezbędne do wykonania niniejszego Kontraktu, w tym komplet warunków technicznych, opinii, zezwoleń, uzgodnień, zatwierdzeń, decyzji administracyjnych i innych dokumentów wymaganych do wykonania Robót. Po stronie Wykonawcy w imieniu Zamawiającego będzie także: • Uzyskanie zmiany Decyzji Pozwolenia na budowę w zakresie, jaki wynikał będzie z aktualizacji i uzupełnień przez Wykonawcę Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego. Uzyskanie Decyzji pozwolenia na użytkowanie budynków Zespołu Jednostek Skarbowych.

1.4.2. Zakres Robót. (str. 10-12) Zakres Robót objętych Kontraktem: 1. Budowa kompleksu budynków pod nazwą Zespół Jednostek Skarbowych przy ul. Dolna Wilda. W ramach Kontraktu Wykonawca jest zobowiązany dokonać aktualizacji, uzupełnienia, modyfikacji, korekt i zmian w przekazanej przez Zamawiającego Dokumentacji Projektowej tj. w projekcie budowlanym i projektach wykonawczych – jeżeli opisane zmiany spowodują konieczność uzyskania zmiany Decyzji pozwolenia na budowę nr 49/2009r z dnia 07.12.2009, to obowiązkiem Wykonawcy będzie uzyskanie Decyzji zamiennej. Zakres wymaganej aktualizacji i uzupełnień Dokumentacji Projektowej określony został w’ SIWZ. Zamawiający dopuszcza także przeprowadzenie aktualizacji, uzupełnienia i optymalizacji Dokumentacji Projektowej w zakresach bezpośrednio niewskazanych w SIWZ, pod warunkiem udowodnienia przez Wykonawcę, że zakres ten powoduje polepszenie standardu funkcjonalnego i użytkowego Obiektu, w stosunku do wymagań pierwotnych. Zakres wszelkich czynności i Robót wynikających z aktualizacji, uzupełnienia i optymalizacji Dokumentacji Projektowej zostanie wyceniony w Ofercie Wykonawcy.”

Na podstawie tych wytycznych oprócz aktualizacji wynikających z dokumentu „Wytyczne do projektowania” zostało wprowadzonych szereg zmian optymalizujących, których celem nadrzędnym było polepszenie standardu funkcjonalnego i użytkowego obiektu oraz obniżenie kosztów użytkowania budynku. Wprowadzono między innymi następujące zmiany: • zmiana sposobu posadowienia obiektu i rzędnej posadowienia budynku; • zmiana konstrukcji kondygnacji podziemnej oraz zmiany konstrukcyjne kondygnacji nadziemnych (wprowadzenie układu słupowo-stropowego wraz z pocienieniem stropów); • zmiana wymiarów poziomych budynków nadziemnych oraz wysokości kondygnacji; • zmiana elewacji z przeszkleń fasadowych na układ okienny celem dostosowania obiektu do nowych wytycznych architektonicznych; • wprowadzenie oddymiania strumieniowego kondygnacji piwnicznej; • zasadnicze zmiany w zakresie komunikacji wewnątrz budynku; • zmiana układu

pomieszczeń na poszczególnych kondygnacjach z dostosowaniem do wymagań Zamawiającego; • zmiana systemu ogrzewania; • zasadnicze zmiany w Planie Zagospodarowania Terenu; • całkowite przeprojektowanie instalacji teletechnicznych, elektrycznych i instalacji mechanicznych wymuszone zmianami architektonicznymi. Wprowadzona ilość zmian zaimplementowana dokumentem „Wytyczne do projektowania” oraz uzgodnieniami realizacyjnymi z Zamawiającym poprawiającymi funkcjonalność obiektu i dostosowującymi go do nowych wymagań użytkowych spowodowała, że projekt budowlany zamienny nabrał formy nowego projektu. Zakres zmian wprowadzonych w dokumentacji budowlanej i wykonawczej w stosunku do dokumentacji przetargowej spowodował, że koniecznym było opracowanie zupełnie nowej, zmienionej we wszystkich branżach dokumentacji technicznej, a dokumentacja przetargowa nabrała charakteru programu funkcjonalno-użytkowego. W ramach realizacji ww. inwestycji, p. W. przeszedł całą ścieżkę opracowania dokumentacji do pozwolenia na budowę i jego uzyskania, opracowania dokumentacji wykonawczej oraz wybudowania obiektu, a w konsekwencji uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Zgodnie z założeniami przetargu (specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ww. specyfikacji technicznej) została opracowana wielobranżowa koncepcja projektowa. W ramach projektu budowlanego zostały przez wykonawcę uzyskane wszelkie niezbędne uzgodnienia formalnoprawne. W ramach projektu budowlanego zostały opracowane: • nowa dokumentacja techniczna konstrukcji budynku; • nowa dokumentacja techniczna w zakresie architektury obejmująca wszelkie wymagane przez Zamawiającego zmiany aranżacyjne oraz dostosowanie obiektu do nowych przepisów przeciwpożarowych; zmiany zostały wprowadzone na wszystkich kondygnacjach budynku, zastosowano także nowe rozwiązania techniczne i materiałowe; • dokumentacja techniczna dla elewacji budynku dostosowująca ją do nowych założeń architektonicznych; • pełnobranżowa dokumentacja w zakresie wszystkich instalacji teletechnicznych, elektrycznych i mechanicznych.

Ostatecznie, celem realizacji przedmiotu zamówienia, wykonawca opracował kompleksową, pełnobranżową dokumentację wykonawczą zawierającą nowy projekt architektoniczny, konstrukcyjny, instalacji sanitarnych, klimatyzacji i wentylacji, instalacji elektrycznych oraz teletechnicznych. Na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez inwestora złożył oraz uzyskał ostateczne pozwolenie na budowę.

Zgodnie z wyrokiem KIO 1009/13 system „zaprojektuj i wybuduj” jest metodą wymagającą od wykonawcy dodatkowej wiedzy oraz doświadczenia, co do kwalifikacji zawodowych i kompleksowej znajomości procesu budowlanego. W przypadku bowiem takiego zamówienia na jednym wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu. Wszystkie wskazane elementy

charakterystyczne dla systemu „zaprojektuj i wybuduj” miały miejsce w realizacji referencyjnej inwestycji. Tym samym należy stwierdzić, że obiekt ten został zrealizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj” od koncepcji po projekt wykonawczy, choć nie zostało to wprost tak nazwane w dokumentacji inwestora.

Mając na uwadze całokształt przedstawionych powyżej okoliczności odwołanie należy uznać za uzasadnione, gdyż brak jest podstaw, aby Odwołującemu nie przyznać 10 punktów w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika kontraktu”, co wpłynie na wybór oferty najkorzystniejszej. Niezbędne jest zatem unieważnienie czynności Zamawiającego w zakresie wyboru oferty oraz ponowienie oceny ofert z uwzględnieniem doświadczenia p. Wojtychy jako zgodnego z warunkami określonymi w rozdziale XIV ust. 2 podpunkt b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący swoje stanowisko wyraził również podczas rozprawy oraz w piśmie procesowym z 14 grudnia 2020 r.

II Stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3041/20

Odwołujący – PORR S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, podczas gdy Budimex S.A. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie doświadczenia kierownika budowy, które skłoniły Zamawiającego do uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału określony w punkcie VI ppkt 3.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy Budimex S.A. z postępowania – art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w punkcie VI ppkt 3.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe przeprowadzenie procedury wyjaśniającej i, w konsekwencji, zaniechanie ich zastosowania i nieodrzućenie oferty wykonawcy Hochtief Polska S.A., podczas gdy wykonawca nie ten wykazał, że cena złożonej oferty nie jest ceną rażąco niską (zarzut ten został przez Odwołującego cofnięty, zatem w dalszej części uzasadnienia zostanie pominięty);
3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie błędnej oceny oferty Odwołującego w zakresie kryterium w odniesieniu do doświadczenia personelu

wykonawcy (kierownika kontraktu) i nieprzyznanie Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w tym kryterium;

4. a w konsekwencji powyższego – art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,

2. rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

b) wykluczenia wykonawcy Budimex S.A. z postępowania, ewentualnie, tj. na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie ma podstaw do wykluczenia Budimex S.A. z postępowania – wezwanie Budimex S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

c) odrzucenia oferty wykonawcy Hochtief Polska S.A.,

d) przeprowadzenia ponownej oceny oferty Odwołującego i, w konsekwencji tej oceny, przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w ramach kryteriów pozacenowych,

e) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu,

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej było wykazanie przez wykonawców dysponowaniem osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy, która posiadać musi uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie Prawo budowlane oraz minimum 5-letnie doświadczenie (tj. min. 60 miesięcy) w kierowaniu i/lub nadzorowaniu robotami ww. specjalności (pkt VI ppkt 3.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W ramach powyższego warunku udziału wykonawca Budimex S.A. do pełnienia funkcji kierownika budowy przedstawił p. G. C., który nie spełnia warunku udziału, bowiem nie posiada 5-letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy. Wykonawca przedstawiał następujące zadania, na których p. C. pełnił funkcję kierownika budowy:

1. „Projekt i budowa zajezdni tramwajowej w Olsztynie”, dalej jako „inwestycja w Olsztynie” – od stycznia 2014 r. do grudnia 2015 r.,

2. „Budowa Centrum Sportowo-Rehabilitacyjnego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie” – od czerwca 2012 r. do grudnia 2013 r.,

3. „Budowa budynku dydaktycznego i hali laboratoryjnej Państwowej Wyższej Szkoły Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży”, dalej jako „inwestycja w Łomży” – od stycznia 2010 r. do marca 2012 r.

Budimex S.A. wskazał błędną datę rozpoczęcia i zakończenia realizacji inwestycji, a tym samym błędny okres pełnienia funkcji kierownika budowy przez p. C. . Jak bowiem wynika z powszechnie dostępnych informacji (opublikowanych przez samego wykonawcę Budimex), realizacja zadania w Olsztynie rozpoczęła się w lutym 2014 r., a nie w styczniu 2014 roku, a realizację tę zakończono w sierpniu 2015 r. a nie w grudniu 2015 r. Zatem doświadczenie p. C. na stanowisku kierownika budowy nie mogło zostać przez niego nabyte w okresie od stycznia 2014 r. do grudnia 2015 r. (24 miesiące), bowiem realizacja inwestycji trwała blisko 6 miesięcy krócej. W tym kontekście na uwagę zasługuje brak wskazania przez Budimex S.A. dat dziennych wyznaczających początek i zakończenie doświadczenia. Również umowa z Zamawiającym przewidywała realizację inwestycji w terminie 18 miesięcy i jak również wskazują powszechnie dostępne źródła Budimex wywiązał się z tego terminu. Zatem uznać należy, że już w zakresie przedstawienia okresu, w którym realizowana była inwestycja w Olsztynie, Budimex przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd, bowiem inwestycję realizowano przez 18 miesięcy, a nie 24 miesiące.

Niezależnie od powyższego Budimex i Zamawiający pominieli przy tym fakt, że powyższe zadanie realizowane było w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Skoro zatem zadaniem Budimex S.A. było w pierwszej kolejności zaprojektowanie inwestycji, co wymagało przygotowania projektu wykonawczego i budowlanego oraz uzyskania pozwolenie na budowę, to nie można wywodzić, że p. C. zyskał doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy już od początku realizacji inwestycji. Zgodnie z umową dotyczącą analizowanej inwestycji etap projektowania trwać miał do 6 miesięcy. Bezsporne jest, że na etapie projektowania nie uczestniczy kierownik budowy, roboty budowlane rozpoczynają się bowiem dopiero po uzyskaniu pozwolenia na budowę. Z powyższego można wywieść, że p. C. nie mógł uzyskać doświadczenia odpowiadającego pełnej długości realizacji inwestycji w Olsztynie, bowiem nie uczestniczył w procesie zaprojektowania inwestycji jako kierownik budowy.

Samo zatrudnienie osoby na stanowisku kierownika budowy oraz oświadczenie, że osoba pełniła tę funkcję od chwili rozpoczęcia realizacji zadania nie oznacza automatycznie, że osoba ta rozpoczęła pełnienie samodzielnej funkcji w budownictwie. Przyjęcie obowiązku kierowania robotami dokonuje się wraz ze zgłoszeniem organowi nadzoru budowlanego kierownika budowy (art. 41 ust. 4a pkt 1 lit. b ustawy Prawo budowlane). Z faktycznym podjęciem pełnienia obowiązków kierownika budowy mamy natomiast do czynienia

w momencie przejścia terenu budowy, co jest jednym z podstawowych obowiązków kierownika budowy, zgodnie z art. 22 pkt 1 ustawy Prawo budowlane.

W ocenie Odwołującego wykonawca działający z należytą starannością powinien mieć świadomość, że doświadczenie kierownika budowy wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu musi zostać zdobyte od chwili faktycznego objęcia tej funkcji, a nie z chwilą rozpoczęcia realizacji zadania, w przypadku, gdy w jego początkowej fazie realizowane są czynności związane z projektowaniem. Należy jednoznacznie przyjąć, że dla nabycia doświadczenia na określonym stanowisku konieczne jest pełnienie przez osobę mającą określone uprawnienia danej funkcji w określonym czasie. Doświadczenie nabywa się zatem przez wykonywanie określonych czynności przypisanych dla danej funkcji, które należy wykazać.

Błędna jest również informacja wykonawcy Budimex S.A. w odniesieniu do inwestycji realizowanej w Łomży. Budimex wskazał, że inwestycja w Łomży trwała od stycznia 2010 r. do marca 2012 r. (łącznie 27 miesięcy). Jak jednak wynika z informacji dostępnych na stronie wykonawcy Budimex S.A., inwestycja w Łomży nie została w rzeczywistości zakończona w marcu 2012 r., a w lutym 2012 r., co automatycznie oznacza, że również doświadczenie p. C. podlegać powinno skróceniu o kolejny miesiąc.

Zatem dla powyższych inwestycji można wskazać na doświadczenie p. C.: inwestycja w Olsztynie – nie od stycznia 2014 r. do grudnia 2015 r. (24 miesiące), lecz od lutego 2014 r. do sierpnia 2015 r. (18 miesięcy, od których należy odjąć okres projektowania, ok. 6 miesięcy, czyli 12 miesięcy), inwestycja Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego od czerwca 2012 r. do grudnia 2013 r. (19 miesięcy), jak wskazał Budimex oraz inwestycja w Łomży – nie od stycznia 2010 r. do marca 2012 r. (27 miesięcy), lecz od stycznia 2010 r. do lutego 2012 r. (26 miesięcy). Łączne doświadczenie p. C. na stanowisku kierownika budowy wynosi więc nie 70 miesięcy, lecz 57 miesięcy, co oznacza, że wykonawca Budimex nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji uznać zatem należy, że wykonawca Budimex S.A. wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji odnoszących się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym odnoszących się do doświadczenia p. C., przez co Zamawiający uznał, że Budimex S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Mając na względzie jednoznaczne i niebudzące wątpliwości oświadczenie wykonawcy Budimex („Wykaz osób”), w którym wskazany został nieprawdziwy okres realizacji inwestycji w Olsztynie oraz inwestycji w Łomży, w tym nieprawdziwy okres nabytego w ramach tych inwestycji doświadczenia p. C., uwzględniając, że oczywistym celem tego oświadczenia było spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, w której p. C. nie nabył doświadczenia w takiej długości, w jakiej wskazał to Budimex, powyższe ocenić należy jako umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunku udziału w

postępowaniu. Wobec tego uznać należy, że działanie Budimex S.A. wypełnia znamiona przepisów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy sytuacji, w której wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje z kolei na konieczność ziszczenia się (choćby potencjalnego) skutku w postaci „przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego”. Istotą „błędu”, o którym mowa w tym przepisie jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania; iż dana okoliczność/zdarzenie miały miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiście jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest zatem podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości.

Zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca wskazał na „błąd” jako skutek działania wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa „przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania”. W przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych niezbędne jest zaistnienie stanu dokonanego, tj. wywołanie sytuacji, w której „wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości”. Natomiast w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca nie oczekuje wywołania stanu „wprowadzenia w błąd”, lecz nakazuje sankcjonować już „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd”. Potwierdza to orzecznictwo Izby.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca Budimex S.A. umieścił w „Wykazie osób” informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, bowiem przedstawił Zamawiającemu błędne informacje co do długości trwania realizacji inwestycji w Olsztynie i w Łomży, a tym samym w sposób nieuprawniony wydłużył okres doświadczenia p. C. na stanowisku kierownika budowy. Bezspornie działaniem tym doprowadził Zamawiającego do przekonania, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu. Doszło zatem do wywarcia nie tylko potencjalnego, ale i faktycznego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do zachowania należytej staranności, w tym obowiązany jest do uprzedniego zweryfikowania informacji przekazywanych w postępowaniu

zamawiającemu. Szczególnej staranności wykonawca winien dołożyć w odniesieniu do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a za takie uważa się między innymi informacje w ramach warunku udziału. Budimex S.A. nie sprostął obowiązkowi spoczywającemu na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. W analizowanym stanie faktycznym ziściły się zatem przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, co przekłada się jednoznacznie na uznanie, że Budimex podlega obowiązkowemu wykluczeniu z postępowania.

Z uwagi na fakt, iż Budimex S.A. złożył nieprawdziwe oświadczenie w „Wykazie osób”, wykluczona jest możliwość zastosowania procedury uzupełniającej, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a która nie ma zastosowania w przypadku zaistnienia przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby jednak Izba doszło do przekonania, że Budimex S.A. nie podlega wykluczeniu, należy unieważnić czynność wyboru oferty Budimex S.A. oraz zobowiązać Zamawiającego do przeprowadzenia procedury uzupełniającej.

Co do zarzutu błędnej oceny oferty Odwołującego i nieprzyznania mu maksymalnej liczby punktów w zakresie spełnienia kryterium doświadczenia personelu Odwołujący wskazał, że Zamawiający, zgodnie z tabelą opisującą kryteria oceny ofert – doświadczenie osób wskazanych do realizacji zamówienia (pkt XIV ppkt 2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wskazał możliwość otrzymania dodatkowych punktów za doświadczenie zawodowe wskazanego kierownika kontraktu w zakresie: a) pełnienia funkcji kierownika kontraktu w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, b) przy realizacji robót budowlanych – budynku o kubaturze co najmniej 15.000 m³, c) roboty budowlane zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, realizacja zakończona odbiorem końcowym (powyższe należy spełnić łącznie). Za jedną realizację 10 pkt (maksymalnie 10 pkt).

Odwołujący jako kierownika kontraktu wskazał Krzysztofa Rytlewskiego wraz ze zrealizowanym zadaniem „Budynek mieszkalny pn. *Osiedle Królewskie* w Rumii, Rumia, roboty zrealizowane w formułę zaprojektuj i wybuduj”, dalej jako „inwestycja w Rumii”.

Pismem z 28 września 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do tej inwestycji wskazując na brak posiadanego doświadczenia przez wskazanego kierownika kontraktu w zakresie wymaganym w kryterium oceny ofert, tj. doświadczenia w zrealizowaniu robót w formułę „zaprojektuj i wybuduj”. Zamawiający jednocześnie wskazał, że powyższa wątpliwość jest wynikiem informacji od innego oferenta w postępowaniu.

Odwołujący, pismem z 8 października 2020 r., złożył Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie inwestycji w Rumii, wykazując przy tym, że osoba proponowana do pełnienia funkcji kierownika kontraktu spełnia wymagania Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że

kluczowym elementem w zakresie kryterium oceny ofert jest omówienie formuły zadania określanej jako „zaprojektuj i wybuduj”. Pojęcie to zwyczajowo używane jest w obrocie związanym z prowadzeniem inwestycji infrastrukturalnych. Zaczerpnięte i rozpowszechnione zostało z wzorców kontraktowych FIDIC (Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów), spośród których najczęściej stosowane są właśnie „zaprojektuj i wybuduj” oraz „wybuduj”. Pierwsza sprowadza się do powierzenia wybranemu wykonawcy opracowania dokumentacji projektowej, w oparciu o którą zrealizuje on roboty budowlane, druga natomiast polega na powierzeniu mu realizacji robót w oparciu o dokumentację już posiadaną przez inwestora.

Zamawiający nie zdefiniował zakresu prac projektowych, które miały wchodzić w zakres wykazywanej inwestycji. Posłużenie się w opisie kryterium sformułowaniem „zaprojektuj i wybuduj” należało zatem rozumieć jako obowiązek w postaci wykazania, że w ramach swoich nadzorczych i koordynacyjnych obowiązków kierownik kontraktu nadzorował i koordynował zadanie obejmujące wykonanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający posłużył się w opisie kryterium uszczegółowieniem pojęcia „zaprojektuj i wybuduj”, np. poprzez wskazanie, że w ramach projektowania należało wykonać np. projekt budowlany i projekty wykonawcze (lub np. jeden z tych zakresów). Zamawiający nie zdecydował się jednak na tego typu zawężające sformułowania, a ewentualne próby nadania kryterium zawężającego brzmienia na etapie procedury wyjaśniającej uznać należy za nieuzasadnione i naruszające regułę równego traktowania wykonawców.

W wyjaśnieniach Odwołujący podniósł również, że w pierwotnej treści dokumentacji postępowania Zamawiający kilkakrotnie odwoływał się do warunków kontraktowych FIDIC (w wersji właściwej dla projektowania i budowania). Analogiczne odniesienie się miało miejsce również w kontekście kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia kierownika kontraktu, gdzie Zamawiający wymagał, aby wykazywana inwestycja prowadzona była w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, „żółta książka” (tj. obejmująca projektowanie i wykonanie robót). Na skutek odwołań wniesionych przez wykonawców Zamawiający zmienił opisy wymaganych doświadczeń zastępując odniesienia do „żółtej książki” FIDIC, określeniem „zaprojektuj i buduj”. Tym samym jednoznaczne stało się, że na skutek tej zmiany Zamawiający nie wymagał, aby w ramach referencyjnej inwestycji wykonawcy mieli obowiązek opracowania kompleksowej dokumentacji projektowej, tj. takiej jak ta, która opracowywana jest w ramach zadań opartych o warunki kontraktowe FIDIC. W przeciwnym razie wprowadzona przez Zamawiającego zmiana nie miałaby sensu i należałoby przypisać jej jedynie pozorne znaczenie. Zatem, jeśli nawet w stosunku do pojęcia „zaprojektuj i wybuduj” można by formułować wątpliwości podnoszone w treści wezwania Zamawiającego, to wobec przebiegu postępowania i dokonanej zmiany w treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia wątpliwości te należy rozstrzygnąć w sposób pozwalający na oderwanie użytego przez Zamawiającego pojęcia od znaczeń właściwych dla terminologii używanej w ramach warunków kontraktowych FIDIC.

W zakresie samego doświadczenia p. R. Odwołujący wskazał, że inwestycja w Rumii obejmowała zarówno projektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych. W początkowych założeniach inwestycja miała być realizowana w oparciu o dokumentację projektową inwestora. Okazało się jednak, że dokumentacja ta uległa dezaktualizacji (od momentu jej opracowania do realizacji inwestycji minęło ponad pięć lat) i zasadne stało się opracowanie projektów wykonawczych zamiennych. Zakres prac projektowych, który spoczywał na generalnym wykonawcy inwestycji i który nadzorowany i koordynowany był przez kierownika kontraktu był bardzo szeroki i obejmował wykonanie: a) projektu wykonawczego konstrukcji żelbetowej; b) projektu wykonawczego architektury, w tym projektu elewacji, dachów, zagospodarowania terenu, aranżacji części wspólnych; c) projektu wykonawczego instalacji sanitarnych wewnętrznych; d) projektu instalacji elektrycznych i teletechnicznych. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący dołączył szereg dokumentów, które wprost potwierdzały zdobycie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Odwołujący podniósł też w wyjaśnieniach, że treść kryterium zastosowanego przez Zamawiającego nie wskazuje zakresu prac projektowych, jakie nadzorować miał kierownik kontraktu.

Nie przyznając zatem Odwołującemu punktów z tytułu sprawowania funkcji kierownika kontraktu inwestycji w Rumii Zamawiający interpretuje opis kryteriów próbując nadać mu treść niewyrażoną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, sugerując, że kierownik kontraktu nadzorować miał wykonanie zarówno projektów budowlanych, jak i wykonawczych. Tymczasem wymóg ten nie wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący uprawniony był do przyjęcia zaprezentowanego powyżej rozumienia kryterium. Biorąc pod uwagę, że wszelkie ewentualne wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawców, Odwołujący powinien uzyskać punkty z tytułu doświadczenia p. R. .

Zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego „projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych”. Zatem to właśnie projekty wykonawcze są tymi, które pozwalają zrealizować przedsięwzięcie budowlane, mają więc podstawowe i kluczowe dla realizacji inwestycji budowlanych znaczenie. Projekty budowlane zawierają przewidywane rozwiązania, służą głównie celom

administracyjnym (w tym pozyskaniu pozwolenia na budowę), natomiast już rozwiązania uwzględniające specyfikę robót, opisowe wyjaśnienia ujęte są w projektach wykonawczych (§ 5 ust. 2 rozporządzenia). Rozróżnienie roli i funkcji, jakie w procesie budowlanym pełnią te dokumenty pozwala na jednoznaczne ustalenie, że p. R. nabył wymagane przez Zamawiającego doświadczenie (wszak spośród dokumentów składających się na dokumentację projektową to właśnie projekty wykonawcze wymagają szczególnego kunsztu, wiedzy i doświadczenia). Projekt budowlany oraz projekty wykonawcze wchodzą w zakres szeroko rozumianej dokumentacji projektowej. Gdyby w treści analizowanego kryterium znalazł się wymóg odnoszący się do zdefiniowanej dokumentacji projektowej (w skład której wejść miałyby zarówno projekty budowlane, jak i wykonawcze), to niewątpliwie wymóg ten nie zostałby spełniony przez wykonawcę. Skoro jednak Zamawiający posłużył się jedynie określeniem formuły, która w swej istocie sprowadza się do zrealizowana zarówno prac projektowych, jak i robót budowlanych, to wymóg ten należy uznać za spełniony przez Odwołującego.

Dokumentację projektową przygotowują profesjonalne biura projektowe, rolą kierownika kontraktu jest natomiast nadzorowanie i koordynowanie prac wykonywanych w ramach danej inwestycji. Zatem to, jaki zakres prac projektowych został w istocie wykonany w ramach referencyjnej inwestycji, nie ma większego znaczenia – kluczowe jest natomiast, czy osoba predestynowana do pełnienia funkcji kierownika kontraktu nadzorowała i koordynowała w ramach powierzonych jej zadań wykonywanie prac projektowych. Bezsporne jest, że p. R. takie doświadczenie w ramach inwestycji w Rumii nabył. Tym samym zaprezentowane powyżej rozumienie kryterium przez Odwołującego jawi się jako proporcjonalne do zadań sprawowanych przez kierownika kontraktu. Poza tym niezależnie od doświadczenia kierownika kontraktu Zamawiający zdecydował się dodatkowo punktować również doświadczenie osoby, która pełnić będzie funkcję architekta, a więc osoby bezpośrednio zaangażowanej w proces projektowania.

Przedstawione przez Odwołującego stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach jest w pełni aktualne na dzień składania odwołania. Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego w zakresie nieprzyznania mu maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert. W ocenie Odwołującego w pełni udowodnił on, że p. R. sprawował w inwestycji w Rumii funkcję kierownika Kontraktu w zakresie określonym w punkcie XIV ppkt 2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez co Zamawiający winien był przyznać Odwołującemu maksymalną liczbę punktów.

Odwołujący swoje stanowisko wyraził również podczas rozprawy oraz w piśmie procesowym z 14 grudnia 2020 r.

III Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu pełnomocników.

Oświadczył, że czynności Zamawiającego w postępowaniu były dokonywane zgodnie z przepisami.

Co do pojęcia „zaprojektuj i wybuduj” stwierdził, iż w sposób uprawniony zakładał, że w postępowaniu będą brały udział podmioty, którym terminologia ta jest znana, ponieważ są tylko dwa modele, tj. „wybuduj” albo „zaprojektuj i wybuduj” i nie ma trzeciego modelu. Nie było potrzeby wyjaśnienia pojęcia „zaprojektuj i wybuduj”, bo jest to jednoznacznie rozumiane. Zgodnie z wyrokiem KIO 2076/19 z artykułu 38 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 354 Kodeksu cywilnego wynika, że od wykonawcy jako profesjonalisty wymaga się większej staranności.

Odwołujący Hochtief wskazał, że przedstawiona przez niego inwestycja miała charakter mieszany, jednak nie było to objęte zakresem wymogu i przy takim opisie kryterium Zamawiający nie miał możliwości punktowania innych inwestycji, niż tylko takie, w których wykonawca uzyskiwał PFU. Jeżeli dany zamawiający przekazywał wykonawcy dokumentację, to nie ma tu mowy o „zaprojektuj i wybuduj”. W tej formule istotna jest faza koncepcyjna, dlatego nie można forsować tezy, że przeprojektowanie dostarczonej dokumentacji to to samo, co „zaprojektuj i wybuduj”. Zamawiający nie może się też zgodzić, że nie ma znaczenia dla doświadczenia kierownika kontraktu, jaki był zakres projektowania. Jeśli ma być koncepcja przyszłego projektu, to kierownik ma zdobyć doświadczenie na etapie, gdy ta koncepcja się klarowała. Pośrednie fazy nie realizują celów Zamawiającego.

Odwołujący otrzymał zatwierdzony projekt budowlany na budowę i wykonanie robót. Zmiana pozwolenia na budowę przy przeprojektowaniu to praca na gotowej decyzji i projektach. Zauważa, że w wyroku KIO 59/16, w którym rozpatrywano pojęcie „zaprojektuj i wybuduj”, a odwołującymi były spółki z grupy PORR, wykonawcy ci prezentowali inne stanowisko. Obecnie odwołujący PORR stwierdza, że jeżeli chodzi o kierownika kontraktu, to doświadczenie jest wystarczające.

Co do stwierdzenia, że Zamawiający powinien był doprecyzować pojęcie „zaprojektuj i wybuduj” stwierdził, iż skoro wykonawca wiedział, że nie dostał od inwestora PFU, to czemu nie spytał, czy takie rozwiązanie zostanie przez Zamawiającego dopuszczone. Odwołujący Hochtief wskazuje, że zrobił więcej niż przy zwykłej formułce „buduj”, ale nie oznacza to, że jest to formuła „zaprojektuj i wybuduj”.

Odwołujący Hochtief złożył odwołanie, w którym wskazał, że żółty FIDIC jest nieadekwatny i Zamawiający uznał, że może zrezygnować z formatu umowy FIDIC, ale tylko w taki sposób należy interpretować jego decyzję – jako odformalizowanie rodzaju umowy. Zdaniem Zamawiającego na gruncie art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można wywodzić, że sporządzenie częściowej dokumentacji to „zaprojektuj i wybuduj”.

Jeśli chodzi o doświadczenie kierownika budowy wykonawcy Budimex S.A. Zamawiający stwierdził, iż wymóg warunku odnosił się do 5 lat doświadczenia w kierowaniu lub nadzorowaniu robót. Zamawiający wystąpił do inwestora inwestycji w Olsztynie, który udzielił odpowiedzi, że 29 maja 2014 r. przekazał wykonawcy teren budowy, a do 20 grudnia 2015 r. był termin na usunięcie wad i usterek, co daje 18 miesięcy doświadczenia.

Zamawiający wskazał na art. 22 pkt 1 i 9 ustawy Prawo budowlane, w których wskazano na protokolarne przejęcie od inwestora i zabezpieczenie terenu budowy oraz usunięcie stwierdzonych wad jako początkowe i końcowe obowiązki kierownika budowy. Zatem według Zamawiającego ww. daty określają okres, w jakim może uznać minimalny okres pełnienia funkcji kierownika. Zamawiający nie wyspecyfikował, jak liczyć ten termin, zatem rozbieżności w datach nie powinny być interpretowane jako celowe działanie lub rażące niedbalstwo wykonawcy. Do tego wskazana osoba legitymuje się odpowiednim doświadczeniem, zatem informacje nie przekładają się na błędne rozstrzygnięcie Zamawiającego.

Zauważył, że odwołujący PORR okres usuwania wad odnosi do okresu gwarancji, natomiast w niniejszym przypadku 20 grudnia 2015 r. jest to data zakreślona przez zamawiającego w protokole odbioru na usunięcie wad stwierdzonych w tym protokole. Odpowiada więc regulacji art. 22 pkt 9 ustawy Prawo budowlane.

Zamawiający przedstawił korespondencję mailową prowadzoną z inwestorem inwestycji w Olsztynie.

IV Stanowisko przystępującego Budimex S.A.

Przystąpienia do postępowania odwoławczych o sygn. akt KIO 3039/20 i KIO 3041/20 po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Budimex S.A. Przystępujący wniósł o oddalenie obu odwołań.

W sprawie o sygn. KIO 3039/20 Przystępujący wskazał, że w rozdziale XIV ust. 2 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający w następujący sposób zdefiniował kryterium pozacenowe odnoszące się do doświadczenia zawodowego kierownika kontraktu:

- a) pełnienie funkcji kierownika kontraktu w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert;
- b) przy realizacji robót budowlanych – budynku o kubaturze co najmniej 15.000 m³;
- c) roboty budowlane zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, realizacja zakończona odbiorem końcowym (powyższe należy spełnić łącznie); za jedną realizację 10 punktów (maksymalnie 10 punktów).

W formularzu ofertowym odwołujący Hochtief na stanowisko kierownika kontraktu wskazał p. P. W., wskazując w ramach opisu doświadczenia pełnienie funkcji kierownika kontraktu na inwestycji w formule zaprojektuj i wybuduj o nazwie „Zaprojektowanie i budowa Zespołu

Jednostek Skarbowych przy ul. Dolna Wilda 80 wraz z terenami zewnętrznymi i małą architekturą (zespół 3 budynków o wspólnym parterze i piwnicy)". Jednocześnie, określone zostały parametry ww. inwestycji, tj. kubatura: 81.955 m³; okres realizacji: marzec 2015 – październik 2017 oraz odbiór końcowy 18 września 2017 r.

Sporne jest, czy wskazana inwestycja była realizowana w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a w konsekwencji powinna otrzymać dodatkowe punkty w omawianym kryterium. Odwołujący złożył w ramach formularza ofertowego jednoznaczną deklarację w tym zakresie, wprost kwalifikując tę inwestycję jako wypełniającą znamiona formuły „zaprojektuj i wybuduj” pomimo że, zdaniem Przystępującego, brak ku temu podstaw faktycznych i prawnych, stąd prawidłową decyzją Zamawiającego był brak przyznania odwołującemu Hochtief dodatkowych punktów w tym zakresie. Odwołujący Hochtief, dążąc do wywarcia wrażenia, iż omawiana inwestycja jest inwestycją realizowaną w oparciu o formułę „zaprojektuj i wybuduj” w ramach formularza ofertowego dokonał wręcz modyfikacji oficjalnej nazwy tego postępowania posługując się nazwą „Zaprojektowanie i budowa Zespołu Jednostek Skarbowych przy ul. Dolna Wilda 80 wraz z terenami zewnętrznymi i małą architekturą (zespół 3 budynków o wspólnym parterze i piwnicy)", podczas gdy postępowanie to realizowane było pod nazwą „Budowa Zespołu Jednostek Skarbowych w Poznaniu przy ul. Dolna Wilda/Chłapowskiego” i nie może być kwalifikowane jako inwestycja o charakterze „zaprojektuj i wybuduj”.

Zdaniem Przystępującego chybiona jest argumentacja Odwołującego, iż do sposobu interpretacji wymagań Zamawiającego dotyczących doświadczenia kierownika kontraktu uprawniała go dokonana na etapie postępowania przetargowego modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zmiana treści specyfikacji polegała na zastąpieniu sformułowania „robota budowlana zrealizowana na zasadach FIDIC <<żółta książka>>” sformułowaniem „robota budowlana zrealizowana w formule zaprojektuj i wybuduj”. Odwołujący, przedstawiając argumentację w tym zakresie, pomija uzasadnienie, jakie sam przedstawił w ramach odwołania sygn. KIO 1517/20, w ramach którego znalazły się takie twierdzenia jak: „(...) należy zadać sobie pytanie – czy wykonawca, który zrealizował dziesiątki inwestycji podobnych do inwestycji Zamawiającego, lecz w oparciu o typowe kontrakty <<projektuj i buduj>>, dostosowane do lokalnych warunków i potrzeb inwestora, nie dysponuje potencjałem pozwalającym na wykonanie zamówienia”, „cenniejsze dla Zamawiającego będzie doświadczenie w realizacji umowy bazującej formalnie na <<żółtym FIDIC>>, jednakże po głębokich modyfikacjach, niż na podstawie umowy, która formalnie do FIDIC nie referuje – choć powieliła jego rozwiązania”. Zatem odwołujący Hochtief przekonywał Zamawiającego do zmiany wymagań w tym zakresie sugerując, że taka zmiana, otwierając postępowanie na konkurencję, zabezpieczy potrzeby Zamawiającego, gdyż i tak premiovani będą jedynie wykonawcy, którzy posiadają kadrę z doświadczeniem

analogicznym do tego uzyskiwanego w ramach kontraktów opartych na „żółtym FIDIC-u”, gdzie umowa jedynie formalnie na tym wzorcu umownym nie była oparta. Jednocześnie w żadnym miejscu tego odwołania odwołujący Hochtief nie podnosił jakichkolwiek uwag dotyczących rzeczowego zakresu prac projektowych wykonanych w ramach realizacji, którą legitymować miałby się kierownik kontraktu, wnioskując zresztą o posłużenie się sformułowaniem „robota budowlana zrealizowana w formule <<zaprojektuj i wybuduj>>”, nie zaś o możliwość oparcia się na kontraktach typu „buduj”. Na obecnym etapie postępowania Odwołujący wskazuje natomiast, że pojęcie „zaprojektuj i wybuduj” może być różnie interpretowane i nie ma w zasadzie żadnego przełożenia na kompetencje kierownika kontraktu, zwłaszcza jeśli Zamawiający nie ograniczył nabywania tego doświadczenia czasowym limitem zaangażowania w dany kontrakt, przedstawiając jako mającą spełniać wymagania Zamawiającego realizację opartą o „czerwony FIDIC”, a więc inwestycję, w której zakres obowiązków (w tym obowiązków projektowych) i rozkład odpowiedzialności stron umowy, wzajemne ich obowiązki i uprawnienia, opierają się na założeniach zupełnie przeciwnych do tych mających wynikać z kontraktów typu „zaprojektuj i wybuduj”.

Odwołujący wskazuje, iż skoro w ramach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie doprecyzowano, że formuła ta ma zakładać kompleksowe prace projektowe, w ramach których wykonawca odpowiada za dobór koncepcji wykonania, to uprawnione jest posługiwanie się inwestycją, w której wykonywano częściowe przeprojektowanie na bazie dokumentacji dostarczonej przez inwestora. Z takim stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Pojęcie „formuła zaprojektuj i wybuduj” jest pojęciem jednoznacznie rozumianym i definiowanym w obrocie i w orzecznictwie. Trudno więc oczekiwać dodatkowego wyjaśnienia oczywistych pojęć, zwłaszcza jeśli kierowane są one do profesjonalnych uczestników rynku budowlanego, jakimi powinni być wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Z charakterystyki formuły „zaprojektuj i wybuduj” wynika bezsprzecznie, że w ramach jednej inwestycji (umowy) musi zostać wykonana zarówno kompleksowa dokumentacja projektowa (obejmująca prace koncepcyjne, na bazie których sporządzany jest następnie projekt budowlany i projekty wykonawcze), jak i kompleksowe roboty budowlane, za które pełną odpowiedzialność ponosi wykonawca. Realizacja w trybie „zaprojektuj i wybuduj” oznacza wykonanie dokumentacji projektowej (wykonanie koncepcji oraz wszystkich projektów wymaganych przepisami prawa) oraz ich realizację w postaci wykonania robót budowlanych w wymaganych dla tej inwestycji branżach.

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2014 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego rozróżnia obowiązki obciążające zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia właściwe dla procedury „wybuduj” oraz „zaprojektuj i wybuduj” wprost wskazując na odmienny katalog

dokumentów i informacji przygotowywanych i dostarczanych w każdym z rodzajów postępowań odpowiednio przez zamawiającego (inwestora) i wykonawców. O ile w systemie „buduj” zamawiający (inwestor) dostarcza wykonawcy dokumentację projektową (zdefiniowaną w § 4 ust. 1 rozporządzenia jako projekt budowlany, projekt wykonawczy, przedmiar robót oraz informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów) oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, ponosząc pełną prawną odpowiedzialność za ich prawidłowość, o tyle w systemie „zaprojektuj i wybuduj” wykonawcy otrzymują jedynie opis zadania budowlanego, w którym wskazywane jest przeznaczenie ukończonych robót, ponosząc pełną odpowiedzialność prawną i faktyczną za prawidłowe przygotowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót na jej podstawie. Pojęcie „formuła zaprojektuj i wybuduj” jako pojęcie nie wymagające interpretacji w sposób jednoznaczny przedstawiane jest też w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jako wykonanie kompleksowej i kompletnej dokumentacji, np. wyrok KIO 2131/18, KIO 1947/15, KIO 1702/13, KIO 1708/13.

Ta kompleksowość prac obciążająca wykonawcę w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj” determinuje jednocześnie, że istotą tej formuły jest przerzucenie na wykonawcę całej pracy koncepcyjnej związanej z doбором rozwiązań wypełniających ogólne założenia przedstawione w ramach programu funkcjonalno-użytkowego, gwarantujących osiągnięcie zamierzonego celu w postaci realizacji obiektu budowlanego. Charakterystyka formuły „zaprojektuj i wybuduj” polega więc na tym, że to nie Zamawiający dyktuje szczegółowy sposób wykonania obiektu i nie jego obciąża analiza uwarunkowań inwestycyjnych determinująca możliwość przyjęcia określonych rozwiązań (wynikająca chociażby z konieczności inwentaryzacji terenu, uzyskiwania mapy do celów projektowych, badań gruntowych i przeprowadzenia wszelkich uzgodnień z gestorami sieci itp.). Wszystkie te obowiązki obciążają w całości wykonawcę, który przeprowadza cały proces inwestycyjny od początku do końca; opracowując, w jaki sposób realizacja może być przeprowadzona, a więc przedstawiając koncepcje wykonania inwestycji i następnie „przeprowadzając” ją przez wszystkie etapy projektowe i realizacyjne, tj. uzgadniając ją z inwestorem i innymi stronami procesu budowlanego, opracowując na jej podstawie projekt budowlany i uzyskując wszelkie wymagane prawem pozwolenia i uzgodnienia, a w ostatniej fazie sporządzając projekty wykonawcze i realizując finalnie na podstawie tych dokumentów roboty budowlane. Ta praca koncepcyjna jako element charakterystyczny formuły „zaprojektuj i wybuduj” jest elementem szczególnie podkreślanym w orzecznictwie, np. wyrok KIO 797/19, KIO 1883/16, KIO 214/13, KIO 1563/17, KIO 1009/13.

Na takie stanowisko orzecznicze powołuje się Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, pomijając, że czynności częściowego przeprojektowania, które realizowane były w ramach

referencyjnej inwestycji kierownika kontraktu nie wymagały po jego stronie jakiegokolwiek pracy koncepcyjnej, to zamawiający bowiem dostarczył komplet dokumentacji i ściśle wytyczne, w jakim kierunku nastąpić ma częściowe przeprojektowanie obiektu, brał więc odpowiedzialność za wybrane rozwiązanie koncepcyjne i sposób realizacji przedsięwzięcia, stąd trudno mówić o dodatkowej wiedzy i ponadstandardowych kwalifikacjach zawodowych, które wykazane miałyby zostać za pośrednictwem takiej realizacji.

Zarządzanie umową typu „zaprojektuj i wybuduj” wymaga innych kompetencji, innego podejścia i kompleksowej znajomości przepisów odnoszących się nie tylko do fazy wykonawstwa, ale też projektowania budowlanego. Zatem doświadczenie kierownika kontraktu zdobyte na kontrakcie realizowanym w formule „wybuduj”, nawet przy założeniu częściowego przeprojektowania istniejącej dokumentacji jest nieporównywalne względem doświadczenia zdobytego na kontrakcie typu „zaprojektuj i wybuduj”, a premiowanie osoby z takim doświadczeniem stanowiłoby w przedmiotowym przypadku nie tylko wyraz braku respektowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale też nierównego traktowania tych wykonawców, którzy przygotowali ofertę w oparciu o bardziej doświadczoną i wyspecjalizowaną kadrę, której kompetencje bezpośrednio mogą zostać przełożone na fazę realizacji zamówienia w klasycznej formule „zaprojektuj i wybuduj”. Konsekwencje wynikające z przyjęcia formuły „zaprojektuj i wybuduj” w aspekcie zobowiązań projektowych rozciągają się na cały okres realizacji umowy, którą winien koordynować i nadzorować kierownik kontraktu. W przypadku bowiem tego typu realizacji w sytuacji zidentyfikowania błędów projektowych czy ujawnienia niedopuszczalności pewnych założeń projektowych na etapie wykonawstwa inicjatywa i skoordynowanie działań naprawczych obciążają wykonawcę i koordynowane są przez kierownika kontraktu, nie zaś inwestora, inaczej niż w przypadku inwestycji typu „buduj”, gdzie zarządzenie tego typu sytuacją kryzysową obciąża zamawiającego. Literalna treść postanowienia odnoszącego się do wymogu doświadczenia kierownika kontraktu nie pozostawia wątpliwości, że częściowe przeprojektowanie w oparciu o wytyczne inwestora temu wymaganiu nie odpowiada. Jednym z postulatów wykładni literalnej jest używanie pojęć w ich powszechnie stosowanym znaczeniu, nie sposób więc odejść od wypracowanego i stosowanego w obrocie rozumienia pojęcia „zaprojektuj i wybuduj” i zastąpienia go rozumieniem sprowadzającym się do stwierdzenia „jakiegokolwiek czynności projektowej”, które abstrahuje od podziału odpowiedzialności stron umowy. Odwołujący w ogóle nie odnosi się do kwestii odpowiedzialności stron umowy za przyjęte rozwiązania projektowe, pomijając, że skoro na referencyjnej inwestycji to zamawiający dostarczył dokumentację projektową wraz ze szczegółowymi wytycznymi, w jaki sposób ma nastąpić częściowe przeprojektowanie, to ponosił współodpowiedzialność za przyjęte rozwiązania projektowe, co stanowi przeciwieństwo charakterystyki formuły „zaprojektuj i wybuduj”.

Odwołujący pomija, iż w przypadku inwestycji, którą wskazał w formularzu ofertowym, kwalifikując ją jako zrealizowaną w formule „zaprojektuj i wybuduj”, nie otrzymał w ogóle programu funkcjonalno-użytkowego, tylko kompletną dokumentację projektową wraz z wytycznymi do częściowego przeprojektowania. Odwołujący buduje swoją argumentację na twierdzeniu, że dostarczona przez inwestora referencyjnej inwestycji dokumentacja projektowa nie wpływa na możliwość kwalifikacji zadania jako realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj”, pomijając, że nie był to materiał przekazany pomocniczo, jak miałyby to miejsce w hipotetycznych stanach faktycznych konstruowanych przez Odwołującego, ale materiał wiążący dla wykonawcy, za który odpowiedzialność wziął na siebie inwestor.

Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, pojęcie „zaprojektuj i wybuduj” nie jest pojęciem niestandardowym czy niespotykanym, wymagającym dodatkowych wyjaśnień i definiowania, co potwierdza, że jest to typowy sposób opisu wymagań zamawiających, który nie budzi sprzeciwu uczestników rynku. Zatem dyskwalifikacja doświadczenia wskazanego przez Odwołującego w formularzu ofertowym stanowi nie, jak próbuje zasugerować Odwołujący, zawężenie wymagań zdefiniowanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale ich bezpośrednie respektowanie. Postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań związanych z doświadczeniem kierownika kontraktu, premiowanym w ramach kryteriów pozacenowych, było w swej treści jednoznaczne i nie wskazywało na możliwość legitymowania się inwestycjami polegającymi na wykonywaniu częściowych prac projektowych czy doprojektowywaniu inwestycji w jakimś wybranym zakresie. Gdyby intencją Zamawiającego było oczekiwanie legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu wyłącznie fragmentarycznych prac projektowych, to taka intencja znalazłaby odzwierciedlenie w treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący, próbując wykazać, że budowa Zespołu Jednostek Skarbowych w Poznaniu realizowana była w formule „zaprojektuj i wybuduj” dyskredytuje postanowienia ogłoszenia o zamówieniu dotyczące przedmiotowego postępowania, sugerując, że Przystępujący zbadał jedynie, w jaki sposób rzeczzone postępowanie zostało ogłoszone i opisane wstępnie w tym dokumencie, nie zaś, jaka była formuła realizacji. Jednak Przystępujący skierował do Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu pytanie nie o sposób ogłoszenia postępowania, a sposób prowadzenia inwestycji, uzyskując od inwestora jednoznaczną odpowiedź, że inwestycja nie była prowadzona w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Na fakt dyskwalifikujący możliwość kwalifikacji tej inwestycji jako „zaprojektuj i wybuduj” wskazują też postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i umowy, gdyż zgodnie ze spisem dokumentacji przetargowej zamawiający dostarczył wykonawcy wiążące go dokumenty w postaci m.in. opisu przedmiotu zamówienia, projektu budowlanego, projektów wykonawczych, dokumentacji geotechnicznej, inwentaryzacji i uzgodnień oraz specyfikacji technicznych

wykonania i odbioru robót budowlanych (przekazany został więc komplet dokumentów charakterystycznych dla formuły „wybuduj”), a zawarta umowa z 2 marca 2015 r. została oparta na tzw. czerwonym FIDIC-u; jak wskazane zostało w warunkach ogólnych kontraktu: roboty będące przedmiotem kontraktu będą wykonywane zgodnie z warunkami kontraktowymi dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego. Już to, jak zamawiający opisał przedmiotowe zamówienia, jakie dokumenty udostępnił jako wiążące dla wykonawców, a finalnie na jakich zasad zawarł umowę będącą podstawą realizacji, obrazują w sposób nie wymagający dalszego dowodzenia, że w odniesieniu do omawianej inwestycji bezsprzecznie nie mamy do czynienia z formułą „zaprojektuj i wybuduj”. Powyższego nie zmienia treść referencji, na które powołuje się Odwołujący, w których brak jest zresztą wskazania o realizacji zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Fakt wykonania pewnych prac projektowych w świetle zakresu udostępnionych przez inwestora danych i przyjętej przez niego odpowiedzialności za narzucone rozwiązania projektowe nie zmienia tego, że omawiana inwestycja nie wpisuje się w charakterystykę formuły „zaprojektuj i wybuduj”, co ostatecznie potwierdzone zostało przez inwestora w piśmie stanowiącym odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji publicznej.

W ramach realizacji budowy Zespołu Jednostek Skarbowych w Poznaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której czynności projektowe, które wykonywał odwołujący Hochtief, polegały na naniesieniu zmian na istniejącą dokumentację projektową ściśle według wytycznych zamawiającego. Obrazują to załączniki do wniosku o zamienne pozwolenie na budowę, z których wynika, iż zmiany postulowane przez zamawiającego zostały „wrysowane” w istniejącą dokumentację, nie zmieniając podstawowych jej założeń i parametrów obiektu. Świadczy to o niespójności twierdzeń Odwołującego oraz o braku możliwości kwalifikacji wykonywanych czynności jako czynności wypełniających formułę „zaprojektuj i wybuduj” według rozumienia przedstawianego przez samego Odwołującego. Trudno mówić o tożsamości zakresu prac i nabywanych kompetencji w sytuacji, w której opracowywana jest całkowicie nowa dokumentacja oraz w sytuacji, w której prace projektowe polegają na wrysowywaniu zmian na uprzednio przygotowanym opracowaniu.

Dążąc do uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium pozacenowego i próbując wykazać, że referencyjna inwestycja kierownika kontraktu realizowana była w formule „zaprojektuj i wybuduj” Odwołujący próbuje wywrzeć wrażenie, że wprowadzane zmiany projektowe były niezwykle istotne i miały kompleksowy charakter. Gdyby było jednak tak, jak twierdzi Odwołujący, prace dotyczące inwestycji nie mogłyby się rozpocząć bezpośrednio po podpisaniu umowy, nie mogąc bazować na dostarczonym przez inwestora projekcie budowlanym i rozwiązaniach w nim przewidzianych. Tymczasem wykonawca rozpoczął prace budowlane bezpośrednio po podpisaniu umowy (umowa została podpisana 2 marca 2015 r., a wykonawca rozpoczął prace 9 marca 2015 r.), bazując na projekcie budowlanym

udostępnionym przez zamawiającego. Obrazuje to tablica informacyjna budowy, wskazująca zarówno na termin rozpoczęcia robót budowlanych, jak i głównego projektanta w osobie p. A. T. (autora projektu budowlanego udostępnionego przez inwestora wykonawcom na etapie przetargu).

W związku z tym twierdzenia o „kompleksowości i zasadniczym charakterze” prac projektowych, które wykonywał odwołujący Hochtief, są nadużyciem. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, na skutek wykonanych przez odwołującego Hochtief prac projektowych nie nastąpiła zmiana sposobu posadowienia obiektu, nie nastąpiła zmiana konstrukcji kondygnacji podziemnej oraz zmiany konstrukcyjne kondygnacji nadziemnych, zmieniono jedynie technologię wykonania (z prefabrykatu na monolit), co było rozwiązaniem równoważnym dopuszczonym na etapie przetargu, a nie zamiennym w stosunku do projektu budowlanego, a w przypadku konstrukcji nadziemnych dokonano optymalizacji konstrukcji, a nie jej zmiany m.in. nie zmieniła się ilość kondygnacji, bryła obiektu pozostała taka sama, trzy budynki posadowiono na wspólnym parterze i garażu; nie nastąpiły zasadnicze zmiany w zakresie komunikacji wewnętrznej budynku, lecz polegały wyłącznie na wygradzeniu przestrzeni ściankami działowymi czy zmiany lokalizacji drzwi; nie nastąpiły zasadnicze zmiany w planie zagospodarowania terenu, gdyż polegały na przewidzeniu dodatkowych nasadzeń czy wygospodarowaniu dwóch dodatkowych miejsc parkingowych, co zostało naniesione na istniejące rozwiązania projektowe. Wartość prac projektowych zrealizowanych w ramach inwestycji, którą legitymuje się kierownik kontraktu wyniosła zaledwie 0,5% wartości całej inwestycji, ustandaryzowanej wartością prac projektowych przy realizacjach obiektów typu kubaturowego w formule „zaprojektuj i wybuduj” oscylującej w granicach 3-5% wartości całej inwestycji. Za kwotę, jaką przeznaczył na prace projektowe odwołujący Hochtief możliwe było częściowe przeprojektowanie niektórych elementów Inwestycji i wrysowanie zmian na podkładach istniejącej dokumentacji, niemożliwe natomiast byłoby zapewnienie i sfinansowanie całego procesu projektowania, w tym wdrażania zmian kompleksowych i zasadniczych, które wymagałyby przygotowania nowej dokumentacji w danych zakresach.

Doświadczenia dotyczącego realizacji, którą legitymuje się p. W., nie sposób zaakceptować jako premiującego Odwołującego w ramach zdefiniowanego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, jeśli uwzględnić, że treść postawionych wymagań nie powinna być interpretowana w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Sam Odwołujący akcentował, że oceniając prawidłowość doświadczenia dedykowanej do realizacji przedmiotowego zamówienia kadry właśnie ten element, a więc przełożenie referencyjnego doświadczenia na zakres niniejszego zamówienia, należy również wziąć pod uwagę.

Odwołanie w dużej części sprowadza się do polemiki z celowością ukształtowania wymagań dla kierownika kontraktu, która to argumentacja jest obecnie spóźniona. Odwołujący zdaje

się sugerować, że Zamawiający nie powinien ściśle analizować, czy dana inwestycja została wykonana w formule „zaprojektuj i wybuduj”, ponieważ – skoro nie przewidział czasowego zaangażowania kierownika kontraktu w referencyjny kontrakt – to nie musiał być on obecny na kontrakcie w czasie wszystkich czynności projektowych i nie mają one znaczenia. Takie stanowisko oznaczałoby jednak, że Zamawiający powinien odstąpić od weryfikacji zgodności inwestycji z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz obrazuje próbę wprowadzenia przez Odwołującego bliżej nieokreślonej gradacji ocenianego doświadczenia, której przyjęcie doprowadziłoby do całkowitej nieporównywalności składanych ofert. Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, to przyjęcie takich ocennych mechanizmów stanowiłoby o naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego Zamawiający może uniknąć tylko poprzez ściśle odnoszenie się do treści ustanowionych przez siebie wymogów i pojęć powszechnie rozumianych, co słusznie uczynił.

Odwołujący stara się też zasugerować, że działania podejmowane przez Zamawiającego podyktowane są „żądaniem” ze strony Przystępującego i narzuconą przez niego, niczym nieuzasadnioną interpretacją. Argumentacja ta nie ma jednak jakiegokolwiek umocowania w okolicznościach faktycznych i prawnych niniejszej sprawy. Kierowanie do zamawiającego oficjalnych pism przedstawiających informacje odnoszące się do konkurencyjnych ofert jest działaniem dopuszczalnym i standardowym, a Odwołujący pomija, że zamawiający, każdorazowo w sytuacji ujawnienia okoliczności mogących mieć wpływ na decyzję dotyczące postępowania, ma nie tyle uprawnienia, ale wręcz obowiązek wzięcia ich pod uwagę i zbadania sprawy, dążąc do prawidłowego przeprowadzenia postępowania i wyboru oferty, która będzie ofertą respektującą wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co najistotniejsze, Zamawiający dążył do uzyskania pełnej wiedzy dotyczącej stanu faktycznego sprawy, czego wyrazem było wdrożenie mechanizmu wyjaśnienia treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w ramach którego Odwołujący przedstawiał swoją interpretację wymagań i mógł przedstawiać argumentację, jaką uznał za stosowną. Zamawiający dołożył więc wszelkich starań, aby dokładnie przeanalizować zaistniały stan faktyczny sprawy, stosował tożsame standardy względem wszystkich wykonawców, analizując prawidłowość oświadczeń dotyczących kryterium pozacenowego nie tylko w odniesieniu do Odwołującego, stąd trudno mówić w przedmiotowym przypadku o jakimkolwiek naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na bazie tych informacji dostarczonych Zamawiającemu, podjął on słuszną decyzję o braku premiowania Odwołującego dodatkowymi punktami w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego doświadczenia kierownika kontraktu.

W odniesieniu do sprawy o sygn. akt KIO 3041/20 Przystępujący wskazał, że odwołujący PORR, konstruując zarzuty względem Przystępującego, w sposób nieprawidłowy przytacza

treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie odnoszącym się do kierownika budowy, jak również w sposób nieprawidłowy cytuje oświadczenie złożone przez Przystępującego w zakresie odnoszącym się do spełniania tego warunku. Co za tym idzie, postawione przez Odwołującego zarzuty w tym zakresie oderwane są od stanu faktycznego sprawy, nie znajdując w konsekwencji jakiegokolwiek uzasadnienia.

Zgodnie z punktem VI ppkt 3.2. lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby wskazana osoba była osobą posiadającą minimum 5-letnie doświadczenie (min. 60 miesięcy, czyli 1 rok liczony jako 12 miesięcy) w kierowaniu i/lub nadzorowaniu robotami ww. specjalności (tj. w specjalności konstrukcyjno-budowlanej). Treść warunku nie wskazywała na pełnienie określonej funkcji (funkcji kierownika budowy) i nie zawężała okresu nabywanego doświadczenia wyłącznie do okresu związanego ze zgłoszeniem organowi nadzoru budowlanego pełnienia określonej funkcji. Warunek nie wymagał też wykazywania doświadczenia danej osoby w ramach inwestycji o określonych parametrach, realizowanych w oznaczonym okresie czasu.

W ramach wykazu osób przedstawionego 26 października 2020 r. Przystępujący w odniesieniu do kierownika budowy (p. G. C.) wskazał, że posiada on uprawnienia budowlane nr (...) z 30 grudnia 2005 r. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz posiada ponad 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, w tym m.in. 1) Projekt i budowa zajezdni tramwajowej w Olsztynie w okresie 01.2014-12.2015, 2) Budowa Centrum Sportowo-Rehabilitacyjnego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie w okresie 06.2012-12.2013, 3) Budowa budynku dydaktycznego i hali laboratoryjnej Państwowej Wyższej Szkoły Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży w okresie 01.2010-03.2012.

Prawidłowość oświadczenia, iż p. C. posiada ponad 5-letnie doświadczenie stanowiło informację relewantną dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji również dla oceny przez pryzmat wprowadzenia Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaje sobie z tego sprawę Odwołujący, który zasadność wniesionego odwołania wiąże z rzekomym faktem braku posiadania przez p. C. wymaganego 5-letniego doświadczenia. Dla wykazania zasadności podnoszonych zarzutów konieczne byłoby wykazanie, że p. C. nie posiada 5-letniego doświadczenia wymaganego zgodnie z warunkiem zdefiniowanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Odwołujący nie podejmuje nawet próby uprawdopodobnienia takiej okoliczności. Z jednej strony koncentruje się wyłącznie na dwóch z trzech wskazanych przez Przystępującego przykładowo inwestycjach, z drugiej pomija, iż wskazany przez Przystępującego wykaz inwestycji nie stanowił katalogu zamkniętego (Przystępujący w treści wykazu użył bowiem wyraźnie sformułowania „w tym między innymi”). Odwołujący, koncentrując się wyłącznie na wycinku oświadczenia złożonego przez

Przystępującego i prawidłowości dat sprawowania funkcji przez p. C. w odniesieniu wyłącznie do dwóch inwestycji próbuje wyprowadzić negatywne dla Przystępującego konsekwencje, pomimo że to nie daty realizacji konkretnych inwestycji oceniane były przez pryzmat warunku udziału w postępowaniu i nawet przy założeniu konieczności oznaczenia ich w odmienny sposób, nie mogą przekładać się na wniosek dotyczący braku posiadania wymaganego doświadczenia, skoro inwestycje te doświadczenia danej osoby nie wyczerpywały. Analiza przeprowadzona przez Odwołującego, mając tak wybiórczy charakter, nie stanowi należytego uzasadnienia zarzutu, nie wykazując w żaden sposób, że p. C. nie posiada wymaganego doświadczenia. Daty zaangażowania p. C. jako kierownika budowy w realizację inwestycji w Olsztynie i Łomży – choć były prawidłowe – nie stanowiły wyznacznika dla oceny prawidłowości oświadczenia złożonego przez Przystępującego. Decydujące znaczenie ma to, czy Przystępujący złożył prawidłowe oświadczenie i czy spełnia warunek udziału, tj. czy p. C. posiada 5-letnie doświadczenie w kierowaniu i/lub nadzorowaniu robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, a to jest okolicznością niepodważalną. Doświadczenie p. C. polegające na kierowaniu i/lub nadzorowaniu robotami budowlanymi, łącznie z pełnieniem funkcji kierownika robót budowlanych, zamyka się w skali około 10 lat.

W zamówieniu „Projekt i budowa zajezdni tramwajowej w Olsztynie” okres wykonywania czynności faktycznych związanych z inwestycją przez p. C. wynosił: styczeń 2014 r. – wybór oferty Przystępującego; zaangażowanie p. C. jako kierownika budowy do skompletowania kadry i pozyskania podwykonawców i biura projektowego; 07.02.2014 r. – zawarcie umowy na realizację zamówienia (p. C. jako kierownik budowy zaangażowany m.in. w przygotowanie i ustalenie zakresu prac, które miały być wykonywane poza pozwoleniem na budowę i ustalenie ich harmonogramu wraz z planem zapewnienia jakości prac); data wskazana w umowie jako data rozpoczęcia robót; 13.05.2014 r. – uzyskanie zaświadczenia o braku sprzeciwu do zakresu i sposobu wykonania robót objętych zgłoszeniem (odpowiedź na wniosek z 8 kwietnia przygotowywany przy współudziale p. C.); 29.05.2014 r. – udostępnienie terenu budowy i rozpoczęcie prac *stricte* budowlanych realizowanych na zgłoszeniu; 26.08.2014 r. – rozpoczęcie prac *stricte* budowlanych objętych pozwoleniem na budowę; 01.07.2015 r. – zgłoszenie inwestycji do odbioru; 30.09.2015 r. – Świadectwo Przejęcia Robót wraz ze zobowiązaniem do usunięcia wad; 20.12.2015 r. – finalny termin usuwania wad i usterek nadzorowanych przez p. C. . Zatem minimalny okres doświadczenia, który winien zostać wyliczony to 17 miesięcy i 21 dni (od udostępnienia terenu budowy do zakończenia robót budowlanych w ramach odbiorów i usuwania wad). Okres doświadczenia p. C. potwierdzony wpisami w dzienniku budowy to 26.08.2014-01.07.2015 (10 miesięcy i 5 dni).

W zamówieniu „Budowa Centrum Sportowo – Rehabilitacyjnego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego” okres wykonywania powielający okresy wynikające z wpisów do dziennika budowy to 26.06.2012 r. - 24.11.2014 r. (28 miesięcy i 28 dni).

W zamówieniu „Budowa budynku dydaktycznego i hali laboratoryjnej w PWSiP w Łomży” okres realizacji to: 31.12.2009 r. – zgłoszenie p. C. do organów nadzoru jako osoby pełniącej funkcję kierownika budowy; 04.01.2010 r. – rozpoczęcie prac budowlanych na inwestycji; 30.01.2012 r. – zgłoszenie inwestycji do odbioru; 16.03.2012 r. – zakończenie prac *stricte* budowlanych wykonywanych w toku czynności odbiorowych i związanych ze zgłaszanymi wadami; 29.09.2012 r. – uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (formalne zakończenie pełnienia funkcji kierownika budowy przez p. C.). Minimalny okres doświadczenia, który winien być wliczony to 26 miesięcy i 16 dni (okres od rozpoczęcia prac budowlanych do zakończenia prac *stricte* budowlanych wykonywanych w ramach obiorów i usuwania wad). Okres doświadczenia p. C. potwierdzony wpisami w dzienniku budowy to 4.01.2010 – 30.01.2012 r. (24 miesiące i 26 dni).

W zamówieniu „Muzeum Żołnierzy Wyklętych Ostrołęka” okres realizacji powielający okresy z wpisów do dziennika budowy to 19.07.2017 r. - 31.08.2017 r. (1 miesiąc i 12 dni).

W zamówieniu „Wydział Prawa UWM Olsztyn” od 9.04.2020 do obecnie (4 miesiące i 10 dni do daty składania ofert, tj. 19.08.2020 r.), okres powielający okresy z wpisów do dziennika budowy.

Łączna długość doświadczenia p. C. po odjęciu okresów dublujących się to 72 miesiące i 27 dni, a według wpisów do dziennika budowy to 66 miesięcy i 23 dni (po odjęciu okresów dublujących się).

Zatem nawet przy przyjęciu forsowanej przez Odwołującego koncepcji, że okres doświadczenia na stanowisku kierownika budowy wiązać należy wyłącznie z okresem wynikającym z wpisów w dzienniku budowy (z czym Przystępujący się nie zgadza), p. C. posiada ponad 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy, a to doświadczenie zawodowe wynika już tylko z inwestycji przywołanych przykładowo przez Przystępującego w ramach wykazu osób, a więc ze zsumowania okresu doświadczenia zdobytego na inwestycji w Olsztynie, inwestycji w Łomży oraz inwestycji WUM (z wyłączeniem okresów dublujących się), które potwierdzają posiadanie przez p. C. doświadczenia na poziomie 61 miesięcy i 1 dnia.

Wskazane doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy i tak nie wyczerpuje doświadczenia p. C. odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, zgodnie z którymi Zamawiający nie ograniczył doświadczenia wyłącznie do pełnienia funkcji kierownika budowy, lecz także pełnienia funkcji kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych zdobytych od momentu uzyskania uprawnień budowlanych w 2005 r., w pełnieniu której p. C. posiada kolejne doświadczenie zdobyte przykładowo na inwestycji

Radwar (okres sprawowania funkcji kierownika robót budowlanych od 4.08.2008 r. do 31.12.2009 r.) oraz inwestycji „Osiedle mieszkaniowe La Lumiere” (okres sprawowania funkcji kierownika robót budowlanych od 1.08.2007 r. do 1.08.2008 r.).

Bazując na wybiórczej analizie oświadczeń złożonych przez Przystępującego oraz wybiórczej analizie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołujący dąży do zdyskredytowania osoby, która nie tylko posiada ponad 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, ale też posiada łączne doświadczenie w kierowaniu i nadzorowaniu robotami budowlanymi w zakresie odpowiadającym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w skali znacznie przekraczającej wymagane minimum.

Dlatego brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a także, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

O wystąpieniu jakiegokolwiek „błędu” można byłoby mówić, gdyby niezgodną z rzeczywistością była informacja, że p. C. posiada 5-letnie doświadczenie zawodowe wymagane w treści warunku udziału w postępowaniu. Oświadczenie złożone przez Przystępującego było zgodne z rzeczywistością i w świetle konstrukcji warunku udziału w postępowaniu i wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia tylko to oświadczenie było przez Zamawiającego wymagane i oceniane. Przystępujący prawidłowość tego oświadczenia dodatkowo potwierdził, pomimo że to na Odwołującym ciążył obowiązek dowodowy wykazania okoliczności przeciwnej, któremu to obowiązkowi nie sprostał, skoro ograniczył swoje dowodzenie do wycinka oświadczenia złożonego przez Przystępującego, ograniczając się do analizy dat związanych z dwiema inwestycjami i pomijając jednocześnie, że wskazywane inwestycje miały charakter jedynie przykładowy.

Warunek udziału w postępowaniu nie ograniczał okresu nabywania doświadczenia wyłącznie do okresu wynikającego z wpisów do dziennika budowy, a Przystępujący dążył do wskazania okresu realnego zaangażowania p. C. w realizację poszczególnych inwestycji. Odwołujący pominął, że zgodnie z art. 22 ustawy Prawo budowlane w zakresie obowiązków kierownika budowy jest nadzorowanie i wykonywanie czynności przygotowawczych związanych z prowadzonymi pracami i uczestnictwo w czynnościach odbiorowych i zapewnienie usunięcia stwierdzonych wad. Zgodnie z art. 22 pkt 3 i 9 ustawy Prawo budowlane do obowiązków kierownika budowy należy: zapewnienie geodezyjnego wytyczenia obiektu oraz zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy oraz zgłoszenie obiektu budowlanego do odbioru odpowiednim wpisem do dziennika budowy oraz uczestniczenie w czynnościach odbioru i zapewnienie usunięcia stwierdzonych wad, a także przekazanie inwestorowi oświadczenia, o którym mowa w art. 57 ust. 1 pkt 2.

Co do inwestycji w Olsztynie – realne zaangażowanie w realizację przedmiotowej inwestycji nastąpiło już z momentem wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, o tyle, że p. C. uczestniczył w szeroko pojętym procesie planowania sposobu realizacji inwestycji i kontraktowania podwykonawców, w tym biura projektowego. Formalnie funkcję kierownika budowy p. C. rozpoczął pełnić 7.02.2014 r., która to data również w ramach kontraktu wskazywana jest jako data rozpoczęcia robót. Bezpośrednio po podpisaniu umowy rolą p. C. jako kierownika budowy była w szczególności inwentaryzacja prac, które realizowane miały być na przedmiotowej inwestycji na zgłoszeniu; uzgodnienia z właścicielem terenu MPK Olsztyn planu organizacji robót zapewniającego niezakłócony ruch autobusów na terenie zajezdni (prace polegały na wybudowaniu nowych miejsc parkingowych dla autobusów i likwidacji części nawierzchni kolidujących z planowaną budową); uzgodnienia związane z robotami w zakresie podlegającym zgłoszeniu oraz przygotowanie planu zapewnienia jakości pracy. 13.05.2014 r. zgłoszenie robót zostało zaakceptowane, a w konsekwencji od 29.05.2014 r. prace *stricte* budowlane oparte na tymże zgłoszeniu były już realizowane.

Odwołujący, powołując się na postanowienia umowy dotyczącej omawianej inwestycji, postuluje się nieuprawnionym uogólnieniem, że przez pierwsze miesiące trwać miały wyłącznie czynności związane z projektowaniem inwestycji, w których p. C. nie mógł uczestniczyć. Skoro Odwołujący dokonał analizy postanowień dokumentacji przetargowej inwestycji, powinien mieć świadomość, że przedmiotowa inwestycja zakładała również konieczność realizacji prac niewymagających pozwolenia na budowę, a związanych z wyburzeniami istniejących obiektów oraz z remontem i przebudową układu komunikacyjnego dla potrzeb ruchu zastępczego w czasie prowadzenia robót. W związku z tym, że inwestor nie udostępnił na etapie przetargowym inwentaryzacji obiektów przeznaczonych do wyburzeń, rolą kierownika budowy było zaplanowanie i uzgodnienie prac w tym zakresie, a następnie ich realizacja, co oznaczało faktyczne zaangażowanie p. C. w tę realizację od samego jej początku.

Jeśli chodzi o moment zakończenia zaangażowania p. C. w realizację inwestycji, to Odwołujący, powołując się w tym zakresie na stronę internetową Przystępującego, wskazywał, że inwestycja zakończyła się w sierpniu 2015 r., w związku z tym to ta data może być uznana za maksymalną datę zaangażowania p. C. . Odwołujący pominął jednak kwestie związane z czynnościami odbiorowymi i usuwaniem wad stwierdzonych w toku odbioru, które obejmują nadzór nad robotami budowlanymi, za które to czynności również odpowiada kierownik budowy. Czynności te pod nieprzerwanym kierownictwem p. C. trwały do 20.12.2015 r., stąd to właśnie grudzień 2015 r. został wskazany przez Przystępującego w wykazie osób jako data zakończenia zaangażowania p. C. w tę inwestycję. Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości okoliczność, że prace

wykonywane pod nadzorem kierownika budowy, które nie wymagają pozwolenia na budowę, jak również prace przygotowawcze i związane z usuwaniem wad, stanowią o doświadczeniu kierownika budowy, np. wyrok KIO 2593/19, KIO 2552/19

Zatem wskazanie takich dat, jak zostały zaprezentowane w formularzu ofertowym, miało uzasadnienia i pochodziło bezpośrednio ze wskazania p. C. . Nawet jeśli liczyć okres zaangażowania p. C. w tę inwestycję w sposób bardziej restrykcyjny, to i tak nie wpływa to na fakt prawdziwości oświadczenia o 5-letnim doświadczeniu zawodowym p. C. .

W odniesieniu do inwestycji w Łomży, Odwołujący, kierując się stroną internetową Przystępującego, wskazuje, że inwestycja ta została zakończona w lutym 2012 r., stąd to ta data może być uznana za datę graniczną doświadczenia p. C. . Odwołujący nie dokonuje jednak analizy prac realnie wykonywanych na tej inwestycji pod kierownictwem p. C. . W ramach przedmiotowej inwestycji prace budowlane *sensu stricto* trwały do 16.03.2012 r., na którą to datę wskazuje sam inwestor przedmiotowego zamówienia, stąd to ta data została wskazana przez Przystępującego w ramach wykazu osób jako data pozyskanego doświadczenia p. C. . Do tego czasu p. C. nieprzerwanie nadzorował wykonywanie prac budowlanych (związanych z koniecznością ich dalszego wykonywania w toku czynności odbiorowych i zmierzających do usunięcia wszelkich wad *stricte* budowlanych) formalnie pełniąc swoją funkcję nawet znacznie dłużej, tj. do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, które nastąpiło 29.09.2012 r. Zatem Przystępujący był uprawniony do wskazania takiego okresu zaangażowania p. C., jaki został wskazany w przedstawionym Zamawiającemu wykazie osób.

Omyłka w określaniu dat nabytego doświadczenia, na „niekorzyść” Przystępującego, nastąpiła jedynie w przypadku inwestycji WUM w Warszawie, w ramach której p. C. funkcję kierownika budowy sprawował do 24.11.2014 r., a więc dłużej niż wskazane zostało w wykazie osób.

Nawet przy założeniu takiego sposobu liczenia doświadczenia p. C. na poszczególnych inwestycjach, jaki sugeruje Odwołujący, okres doświadczenia wynikający już chociażby z wpisów do dzienników budowy, dotyczących zadań inwestycyjnych przykładowo przywołanych w wykazie osób wskazuje na sumaryczną długość doświadczenia powyżej wymaganych 60 miesięcy, a przykładowo podane inwestycje i tak nie wyczerpywały oświadczenia złożonego przez Przystępującego, nie wyczerpując doświadczenia p. C. na stanowisku kierownika budowy, jak i pozostałego doświadczenia w kierowaniu i/lub nadzorowaniu robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Zatem nawet w sytuacji uznania, że okres doświadczenia p. C. w odniesieniu do inwestycji w Olsztynie oraz inwestycji w Łomży oznaczony został w sposób nieprawidłowy (co Przystępujący neguje), to taka okoliczność nie wpływa na prawidłowość złożonego przez

Przystępującego oświadczenia o posiadaniu przez ww. osobę ponad 60-miesięcznego doświadczenia.

Odwołujący, konstruując względem Przystępującego tak daleko idące zarzuty, bez podania uzasadnienia przypisuje mu określoną postać zawinienia, sugerując, że o intencjonalności czy niedbalstwie po stronie Przystępującego świadczyć miałyby okoliczność braku wskazania dat dziennych w projektach, w których uczestniczył p. C. . Ten argument jest niezrozumiały, gdyż dla wykazania spełnienia warunku doświadczenia kierownika budowy wykonawca w ogóle nie musiał przedstawiać szczegółowych informacji o projektach, w których ta osoba uczestniczyła i w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie znajdował się wymóg określania dat dziennych nabywanego doświadczenia. Sam Odwołujący podając informacje dotyczące swojego personelu w odniesieniu do żadnej z osób nie podaje dat doświadczenia z dokładnością do konkretnych dat dziennych.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprzyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w zakresie spełnienia kryterium doświadczenia personelu wykonawcy Przystępujący wskazał, że Odwołujący wskazał w formularzu ofertowym p. K. R. wykazując w ramach opisu doświadczenia budynek mieszkalny pn. Osiedle Królewskie w Rumii, roboty realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj, pełniona funkcja kierownik kontraktu. Poza sporem pozostaje, że w ramach tej inwestycji nie były wykonywane kompleksowe prace projektowe i, jak przyznaje sam Odwołujący, w toku tej realizacji nie wykonano w ogóle projektu budowlanego, w zakresie zaś projektów wykonawczych sporządzane były jedynie projekty wykonawcze zamiennie i to nie w odniesieniu do wszystkich elementów inwestycji. Odwołujący sam przyznaje, że podstawą realizacji inwestycji w Rumii była dokumentacja w pełni przekazana przez inwestora – to inwestor opracował koncepcje realizacji, dostarczył projekt budowlany wraz z uzgodnieniami, a także projekty wykonawcze, na bazie których sporządzone zostały w niektórych branżach projekty wykonawcze zamiennie, gdzie zmiana wynikała z konieczności ich częściowej aktualizacji. Sporne pozostaje, czy taki zakres czynności wykonywanych w ramach omawianej inwestycji wyczerpuje pojęcie formuły „zaprojektuj i wybuduj”, którym posłużył się Zamawiający w ramach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji uprawnia Odwołującego do otrzymania dodatkowych punktów odnoszących się do doświadczenia kierownika kontraktu. Zdaniem Odwołującego pojęcie formuły „zaprojektuj i wybuduj” nie zostało dookreślone, stąd wypełniającym taką definicję byłoby wykonanie fragmentarycznych projektów wykonawczych zamiennych.

Przystępujący nie zgodził się z takim stanowiskiem wskazując, że pojęcie „zaprojektuj i wybuduj” jest jednoznacznie rozumiane i definiowane w obrocie i orzecznictwie, trudno więc oczekiwać dodatkowego wyjaśnienia oczywistych pojęć, zwłaszcza kierowanych do

profesjonalnych uczestników rynku budowlanego. Z charakterystyki formuły „zaprojektuj i wybuduj” wynika bezsprzecznie, że w ramach jednej umowy musi zostać wykonana zarówno kompleksowa dokumentacja projektowa, jak i kompleksowe roboty budowlane, za które pełną odpowiedzialność ponosi wykonawca. Zatem „zaprojektuj i wybuduj” oznacza wykonanie dokumentacji projektowej (wykonanie wszystkich projektów wymaganych przepisami prawa, a więc zarówno projektu budowlanego, jak i projektów wykonawczych) oraz ich następną realizację w postaci wykonania robót budowlanych w wymaganych dla tej inwestycji branżach. Wykonanie zamiennych projektów wykonawczych zamiennych tej definicji absolutnie nie wypełnia, uwzględniając, że ten rodzaj projektów nie wyczerpuje pojęcia dokumentacji projektowej oraz że ze swej istoty zamienne projekty przygotowywane są na bazie projektów wykonawczych już dostarczonych. Takie fragmentaryczne prace projektowe nie wpisują się w charakterystykę całej formuły „zaprojektuj i wybuduj” i związany z nią rozkład odpowiedzialności stron umowy, będąc pracami typowymi dla kontraktów typu „buduj”.

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 2 września 2014 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego rozróżnia obowiązki obciążające zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia właściwe dla procedury „wybuduj” oraz „zaprojektuj i wybuduj” wprost wskazując na odmienny katalog dokumentów i informacji przygotowywanych i dostarczanych w każdym z rodzajów postępowań odpowiednio przez zamawiającego (inwestora) i wykonawców. W systemie „buduj” zamawiający dostarcza wykonawcy dokumentację projektową (zdefiniowaną w § 4 ust. 1 rozporządzenia jako projekt budowlany, projekt wykonawczy, przedmiar robót oraz informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia) oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, ponosząc pełną prawną odpowiedzialność za ich prawidłowość, a w systemie „zaprojektuj i wybuduj” wykonawcy otrzymują jedynie opis zadania budowlanego, w którym wskazywane jest przeznaczenie ukończonych robót, ponosząc pełną odpowiedzialność prawną i faktyczną zarówno za prawidłowe przygotowanie dokumentacji projektowej, jak i wykonanie robót na jej podstawie.

Pojęcie „zaprojektuj i wybuduj” w sposób jednoznaczny interpretowane jest też w orzecznictwie KIO jako wykonanie kompleksowej i kompletnej dokumentacji obejmującej zarówno projekt budowlany, jak i projekty wykonawcze, np. w wyrokach KIO 2131/18, KIO 1947/15, KIO 1702/13, KIO 1708/13.

Formułowanie wymagań w zakresie posiadanego doświadczenia poprzez użycie sformułowania „formuła zaprojektuj i wybuduj” jest standardem wśród publicznych zamawiających i nie nasręcza problemów z jego rozumieniem wykonawcom, którzy uczestniczą w postępowaniach. Nie jest więc tak, jak próbuje zasugerować Odwołujący, że

użycie sformułowania „zaprojektuj i wybuduj” jest w jakikolwiek sposób niespotykane, niestandardowe i niezrozumiałe, a w konsekwencji, że wymagało dalszego opisu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i traktowane może być jako wymóg wykonania częściowych projektów zamiennych. Gdyby intencją Zamawiającego było oczekiwanie legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu wyłącznie fragmentarycznych prac projektowych w postaci sporządzenia zamiennych projektów wykonawczych, to taka intencja znalazłaby odzwierciedlenie w treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak standardowo ma to miejsce w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Chybiona jest argumentacja Odwołującego, że do prezentowanego przez niego sposobu interpretacji wymagań uprawniała go dokonana modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Polegała ona bowiem na zastąpieniu sformułowania „robota budowlana zrealizowana na zasadach FIDIC <<żółta książka>>” sformułowaniem „robota budowlana zrealizowana w formule zaprojektuj i wybuduj”. Kwestionując pierwotne wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia żaden z wykonawców nie podnosił jakichkolwiek uwag dotyczących rzeczowego zakresu prac projektowych wykonanych w ramach realizacji, którą legitymować miałby się kierownik kontraktu. Argumentacja, jaką przywoływał wykonawca wnoszący o zmianę pierwotnych wymagań w tym zakresie opierała się wyłącznie na twierdzeniu, że tożsamy zakres prac projektowych wykonywany może być tak w ramach realizacji umów opartych na wzorze FIDIC, jak i innych wzorców umownych. W konsekwencji uzasadnienie dla dokonanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie miało swego źródła w zmianie podejścia Zamawiającego do zakresu koniecznej do wykonania dokumentacji projektowej, a jedynie w dopuszczeniu, aby taki, tożsamy zakres prac projektowych mógł być zrealizowany w oparciu o inny wzorzec umowny. Dokonana modyfikacja wymagań Zamawiającego miała więc charakter formalny (odstąpienie od konkretnego wzorca umownego), nie zaś merytoryczny. Zatem przywoływana przez Odwołującego modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia potwierdza więc jedynie, że Zamawiający prezentował od początku w zakresie wymagań dotyczących kierownika kontraktu konsekwentne i jednoznaczne stanowisko, bezsprzecznie dając wyraz temu, iż chodzi o wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej. Wnosząc odwołanie i forsując zmianę poprzez posłużenie się sformułowaniem „w formule <<zaprojektuj i wybuduj>>” wykonawca Hochtief sugerował, że taka zmiana, otwierając postępowanie na konkurencję, zabezpieczy potrzeby Zamawiającego, gdyż premiovani i tak będą jedynie wykonawcy, którzy zrealizowali inwestycje podobne do inwestycji Zamawiającego w oparciu o typowe kontrakty „projektuj i buduj” (uzasadnienie odwołania KIO 1517/20). Obrazuje to, że pojęcie „formuła <<zaprojektuj i wybuduj>>” jest

pojęciem stosowanym i rozumianym przez wykonawców (i takie sformułowanie zaproponowali sami wykonawcy) oraz że wykonawcy rozumieli i akceptowali, że wymóg dotyczący kryterium oceny ofert obrazować ma doświadczenie w realizacji kontraktów podobnych do będącego przedmiotem niniejszego postępowania, czego nie można powiedzieć o realizacji, którą legitymuje się p. R. .

Literalna treść postanowienia odnoszącego się do wymogu doświadczenia kierownika kontraktu nie pozostawia wątpliwości, że wykonanie zamiennych projektów wykonawczych temu wymaganiu nie odpowiada. Jednym z postulatów wykładni literalnej jest używanie pojęć w ich powszechnie stosowanym znaczeniu, więc nie sposób odejść od wypracowanego i stosowanego w obrocie rozumienia pojęcia „zaprojektuj i wybuduj” i zastąpienia go rozumieniem sprowadzającym się do stwierdzenia „jakiegokolwiek czynności projektowej”, które abstrahuje przy tym od podziału odpowiedzialności stron umowy charakterystycznego dla kontraktów „zaprojektuj i wybuduj”.

Doświadczenia p. R. nie sposób zaakceptować jako premiującego Odwołującego w ramach zdefiniowanego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, jeśli uwzględnić, że treść postawionych wymagań nie powinna być interpretowana w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Jak wskazano w wyroku KIO 2061/18 „treść warunku nie powinna być interpretowana w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem stawia warunki udziału w postępowaniu, aby dokonać oceny możliwości wykonawcy w realizacji zamówienia”. Również celowościowa interpretacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie pozwala na akceptację argumentacji przedstawionej przez Odwołującego, zgodnie z którą doświadczenie w realizacji, w której wykonano wyłącznie fragmentaryczne projekty zamienne, winno być premiowane.

Zestawienie zakresu przedmiotowego realizacji, którą legitymuje się p. R. z zakresem niniejszego zamówienia wskazuje, że inwestycja, którą legitymuje się p. R. nie tylko nie odpowiada literalnym wymaganiom Zamawiającego, ale też nie przystaje do zakresu tego zamówienia. Odwołujący twierdzi, że to projekty wykonawcze świadczyć miałyby rzekomo o nabyciu szczególnie przydatnej wiedzy i doświadczenia, pomijając, że jest to opracowanie wtórne względem projektu budowlanego, a dodatkowo, iż w przypadku projektów zamiennych bazują one na projektach wykonawczych już dostarczonych nie stanowiąc nowego opracowania, a jedynie aktualizację opracowania dotychczasowego. To projekt budowlany jest podstawowym dokumentem stanowiącym załącznik do wniosku o pozwolenie na budowę i to na ten dokument jako dokument o doniosłym znaczeniu w procesie budowlanym zwracają uwagę komentatorzy, definiując go jako dokument nadrzędny względem projektów wykonawczych. Odwołujący bagatelizuje w tym zakresie znaczenie projektu budowlanego wskazując, że ma on znaczenie wyłącznie administracyjne, pomijając, że elementy związane z uzgodnieniami i uzyskiwaniem pozwoleń

administracyjnych stanowią równie istotną składową nabywanego doświadczenia, zwłaszcza w kontekście osoby kierownika kontraktu, który całym tym szeroko pojętym procesem realizacyjnym zarządza.

Przede wszystkim jednak istotą formuły „zaprojektuj i wybuduj” jest przerzucenie na wykonawcę całej pracy koncepcyjnej związanej z doбором rozwiązań wypełniających ogólne założenia przedstawione w ramach programu funkcjonalno-użytkowego, gwarantujących osiągnięcie zamierzonego celu w postaci realizacji obiektu budowlanego. Charakterystyka formuły „zaprojektuj i wybuduj” polega więc na tym, że to nie Zamawiający „dyktuje” sposób wykonania obiektu i nie jego obciąża analiza uwarunkowań inwestycyjnych determinująca możliwość przyjęcia określonych rozwiązań (wynikająca chociażby z konieczności inwentaryzacji terenu, uzyskiwania mapy do celów projektowych, badań gruntowych i przeprowadzenia wszelkich uzgodnień z gestorami sieci itp.). Wszystkie te obowiązki obciążają w całości wykonawcę – to on przeprowadza cały proces inwestycyjny od początku do końca; opracowując, w jaki sposób realizacja może być przeprowadzona, a więc przedstawiając koncepcję wykonania inwestycji i następnie przeprowadzając ją przez wszystkie etapy projektowe i realizacyjne, tj. uzgadniając ją z inwestorem i innymi stronami procesu budowlanego, opracowując na jej podstawie projekt budowlany i uzyskując wszelkie wymagane prawem pozwolenia administracyjne, a w ostatniej fazie sporządzając projekty wykonawcze i realizując finalnie na podstawie tych dokumentów roboty budowlane.

Ta praca koncepcyjna leżąca po stronie wykonawcy jako element charakterystyczny formuły „zaprojektuj i wybuduj” jest elementem szczególnie podkreślanym w ramach orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyrokach: KIO 797/19, KIO 1883/16, KIO 214/13, KIO 1563/17. W orzecznictwie wskazuje się, że system „zaprojektuj i wybuduj” jest metodą, wymagającą od wykonawcy dodatkowej wiedzy oraz doświadczenia, co do kwalifikacji zawodowych i kompleksowej znajomości procesu budowlanego. Nie sposób takiej dodatkowej i specyficznej wiedzy i doświadczenia wyprowadzać z realizacji polegającej na fragmentarycznych pracach projektowych, nie wymagających pracy *stricte* koncepcyjnej, gdzie zobowiązanie umowne nałożone na wykonawcę ograniczone jest do prac na materiale projektowym przygotowanym uprzednio przez inwestora, za który to inwestor ponosi odpowiedzialność. Wykonanie zamiennych projektów wykonawczych nie stanowi więc źródła jakiegokolwiek wiedzy i doświadczenia, które winny być w okolicznościach przedmiotowej sprawy dodatkowo premiowane. Realizacja, która zakładała wyłącznie taki zakres prac projektowych, nie nakładała bowiem na wykonawcę ani zobowiązania do opracowania samej koncepcji, ani do przejścia przez cały proces administracyjny, nie obejmowała więc wszystkich elementów charakteryzujących formułę „zaprojektuj i wybuduj”, w odmienny sposób podchodząc do kwestii odpowiedzialności stron procesu inwestycyjnego.

W kontekście osoby kierownika zarządzanie umową tego rodzaju wymaga innych kompetencji, innego podejścia i kompleksowej znajomości przepisów odnoszących się nie tylko do fazy wykonawstwa, ale też projektowania budowlanego, zatem doświadczenie zdobyte na kontrakcie realizowanym w formule „wybuduj”, nawet przy założeniu wykonania projektów wykonawczych zamiennych w niektórych branżach, jest całkowicie nieporównywalne względem doświadczenia zdobytego na kontrakcie typu „zaprojektuj i wybuduj”, a premiowanie osoby z takim doświadczeniem stanowiłoby w przedmiotowym przypadku nie tylko wyraz braku respektowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale też nierównego traktowania tych wykonawców, którzy przygotowali ofertę w oparciu o bardziej doświadczoną i wyspecjalizowaną kadrę, której kompetencje bezpośrednio mogą zostać przełożone na fazę realizacji przedmiotowego postępowania realizowanego w klasycznej formule „zaprojektuj i wybuduj”. Konsekwencje wynikające z przyjęcia formuły „zaprojektuj i wybuduj” w aspekcie zobowiązań projektowych rozciągają się na cały okres realizacji umowy, którą winien koordynować i nadzorować kierownik kontraktu. W przypadku bowiem tego typu realizacji w sytuacji zidentyfikowania błędów projektowych czy ujawnienia niedopuszczalności pewnych założonych projektowych już na etapie wykonawstwa inicjatywa i skoordynowanie działań naprawczych obciążają wykonawcę i koordynowane są przez kierownika kontraktu, nie zaś inwestora, inaczej niż w przypadku inwestycji typu „buduj”.

Niezasadność przyznania dodatkowych punktów Odwołującemu przy tak sformułowanym kryterium i takim zakresie rzeczowym realizacji, jakim legitymuje się p. R., potwierdzają również orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wydane w analogicznych stanach faktycznych KIO 59/16, KIO 1787/09.

Zamawiający podjął więc słuszną decyzję, bazując wprost na postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uwzględniając, że mamy do czynienia z obrotem profesjonalnym. Zamawiający dążył do uzyskania pełnej wiedzy dotyczącej stanu faktycznego sprawy, czego wyrazem było wdrożenie mechanizmu wyjaśnienia treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dołożył więc wszelkich starań, aby dokładnie przeanalizować zaistniały stan faktyczny sprawy, stąd trudno mówić w przedmiotowym przypadku o jakimkolwiek naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Działaniom Zamawiającego przypisać można całkowitą transparentność. W ramach formularza ofertowego Odwołujący złożył jednoznaczne oświadczenie, że inwestycja w Rumii była realizowana w formule „zaprojektuj i wybuduj” i nie wskazał, iż chodziło wyłącznie o sporządzenie projektów wykonawczych zamiennych i zrealizowanie robót budowlanych, pozostawiając w świadomości Zamawiającego błędne przekonanie co do zakresu realizowanych prac, które – gdyby nie dociekliwość innych wykonawców – mogłyby nie zostać sprostowane.

Odwołujący, dążąc do uzyskania dodatkowych punktów, próbuje na obecnym etapie negować zasadność ustanowionych przez Zamawiającego wymagań, wskazując, że zakres prac projektowych, które zostały zrealizowane na referencyjnej inwestycji nie ma w zasadzie żadnego znaczenia, skoro Zamawiający odrębnym kryterium weryfikuje równolegle również doświadczenie osoby dedykowanej do pełnienia funkcji architekta. Tego typu argumentacja jest jednak spóźniona. Jeśli Odwołujący miał jakiegokolwiek uwagi do premiowania w ramach kryteriów pozacenowych zarówno doświadczenia kierownika kontraktu w realizacji w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, jak i doświadczenia architekta, to winien je podnosić w terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyniesienie tego typu argumentacji jest też niezasadne, a jej jedynym celem jest próba odciążenia uwagi od braku doświadczenia p. R. w realizacji opartej na formule „zaprojektuj i wybuduj”. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie sprowadza się do stwierdzenia, że skoro za zupełnie nieistotne należałoby uznać prace projektowe charakteryzujące referencyjną inwestycję kierownika kontraktu, to równie dobrze mógłby on legitymować się doświadczeniem w trybie „wybuduj” i winien za to otrzymać dodatkowe punkty, skoro inna z osób dedykowanego personelu posiada doświadczenie w projektowaniu. Takie wnioskowanie jest nieuprawnione, gdyż Zamawiający wyraźnie w ramach rozdziału XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyodrębnił punktowanie doświadczenia kierownika kontraktu od punktowania doświadczenia architekta, traktując je w sposób rozłączny, w obu przypadkach definiując w odmienny sposób swoje oczekiwania w tym zakresie.

Przystępujący Budimex S.A. swoje stanowisko w zakresie obu spraw wyraził również podczas rozprawy oraz w pismach procesowych z 8 i 17 grudnia 2020 r.

V Stanowisko przystępującego Hochtief Polska S.A.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 3041/20 zgłosił również wykonawca Hochtief Polska S.A., jednak ze względu na wycofanie zarzutu przez odwołującego PORR nie przedstawił stanowiska w zakresie swojego przystąpienia.

VI Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 3041/20 w zakresie zarzutu oznaczonego numerem 2., to jest naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego Hochtief, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, ze względu na jego wycofanie przez odwołującego PORR.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Zgodnie z jednolita i niekwestionowana praktyką orzecniczą przepis ten stosuje się *per analogiam* do możliwości wycofania poszczególnych zarzutów odwołania. W takim wypadku Izba rozpoznaje odwołanie w pozostałym zakresie.

W pozostałym zakresie zaś Izba odwołanie o sygn. akt KIO 3041/20 oddaliła, a także oddaliła odwołanie o sygn. KIO 3039/20.

Izba ustaliła przede wszystkim, iż stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie postawionych w odwołaniach zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść ofert Odwołujących i przystępującego Budimex oraz innych złożonych przez nich dokumentów) nie jest sporny między Stronami i przystępującym Budimex.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i przystępującego Budimex, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i przystępującego Budimex przedstawionych w pismach procesowych i podczas rozprawy oraz przedłożonych dowodów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: żadne z odwołań nie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego odwołujący Hochtief zarzucił naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z rozdziałem XIV ust. 2 podpunkt b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że inwestycja „Zaprojektowanie i budowa Zespołu Jednostek Skarbowych przy ul. Dolna Wilda 80 wraz z terenami zewnętrznymi

i małą architekturą (zespół 3 budynków o wspólnym parterze i piwnicy)” nie może być uznana za prowadzoną w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a w konsekwencji nieuzasadnioną odmowę przyznania mu punktów w kryterium oceny ofert doświadczenie zawodowe kierownika kontraktu w sytuacji, w której osoba wskazana przez wykonawcę legitymuje się doświadczeniem określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nieuzasadniony wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, zaś odwołujący PORR naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, podczas gdy przystępujący Budimex w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie doświadczenia kierownika budowy, które skłoniły Zamawiającego do uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału określony w rozdziale VI ppkt 3.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia przystępującego Budimex z postępowania – art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale VI ppkt 3.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie błędnej oceny oferty odwołującego PORR w zakresie kryterium w odniesieniu do doświadczenia personelu wykonawcy (kierownika kontraktu) i nieprzyznanie mu maksymalnej liczby punktów w tym kryterium;

3. a w konsekwencji powyższego – art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Powyższe przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „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. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...)

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; (...)

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej <<kryteriami selekcji>>, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; (...)"

Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.”

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego w odwołaniu odwołującego Hochtief oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego w odwołaniu odwołującego PORR poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert obu Odwołujących w kryterium oceny ofert

odnoszącego się do doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika kontraktu i nieprzyznanie obu wykonawcom 10 punktów w tym kryterium Izba stwierdziła, co następuje.

W rozdziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” Zamawiający wskazał, że za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach „łączna cena oferty brutto” – 60% oraz „doświadczenie osób wskazanych do realizacji zamówienia” – 40%. Przy tym w kryterium doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia Zamawiający miał punktować doświadczenie następujących osób:

1. doświadczenie zawodowe kierownika kontraktu

a) pełnienie funkcji kierownika kontraktu w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert,

b) przy realizacji robót budowlanych – budynku o kubaturze co najmniej 15.000 m³,

c) roboty budowlane zrealizowane na zasadach FIDIC „żółta książka”, realizacja zakończona odbiorem końcowym.

Powyższe należy spełnić łącznie, za jedną realizację – 10 pkt, maksymalnie 10 pkt.

2. doświadczenie zawodowe kierownika budowy:

a) pełnienie funkcji kierownika budowy w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert,

b) przy realizacji robót budowlanych – budynku o kubaturze co najmniej 15.000 m³,

c) roboty budowlane zrealizowane na zasadach FIDIC „żółta książka”,

d) realizacja zakończona odbiorem końcowym.

Powyższe należy spełnić łącznie, za jedną realizację – 6 pkt, maksymalnie 12 pkt.

3. doświadczenie zawodowe wskazanego architekta przy projektowaniu obiektu posiadającego laboratoria badawcze, za każdą ww. realizację – 9 pkt, maksymalnie 18 pkt.

W kryterium wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 40 pkt.

Ocena punktowa w kryterium miała zostać dokonana na podstawie oferty – podanych w tabeli informacji dla każdej ze wskazanych osób oraz, w przypadku architekta dodatkowo załączonego dokumentu zawierającego nazwę projektu oraz rzut z pomieszczeniem badawczym i stopką zawierającą nazwisko architekta i jego podpis. Wykonawca w ramach kryterium doświadczenia miał wskazać doświadczenie nabyte tylko przez tego kierownika kontraktu, kierownika budowy i architekta, którego ujęto w wykazie osób dla danej specjalizacji. W ramach kryterium oceny ofert wykonawca musiał wskazać inną inwestycję/usługę dla kierownika kontraktu, kierownika budowy i architekta niż wskazaną na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Po modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w wyniku uwzględnienia wniesionego przez odwołującego Hochtief odwołania o sygn. KIO 1517/20 wymaganie dotyczące kierownika kontraktu uzyskało brzmienie:

doświadczenie zawodowe kierownika kontraktu

- a) pełnienie funkcji kierownika kontraktu w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert,
- b) przy realizacji robót budowlanych – budynku o kubaturze co najmniej 15.000 m³,
- c) robota budowlana zrealizowana w formule „zaprojektuj i wybuduj”, realizacja zakończona odbiorem końcowym.

Powyższe należy spełnić łącznie, za jedną realizację – 10 pkt (maksymalnie 10 pkt).

Odwołujący Hochtief na stanowisko kierownika kontraktu wskazał w ofercie P. W., w kolumnie „Opis doświadczenia – podać zgodnie z opisem w SIWZ rozdz. XIV tj. miejsce i nazwę zrealizowanej roboty budowlanej w formule zaprojektuj i wybuduj” podając „pełnienie funkcji kierownika kontraktu na poniższej inwestycji w formule zaprojektuj i wybuduj: Nazwa – Zaprojektowanie i budowa Zespołu Jednostek Skarbowych przy ul. Dolna Wilda 80 wraz z terenami zewnętrznymi i małą architekturą (zespół 3 budynków o wspólnym parterze i piwnicy), Miejsce – ul. Dolna Wilda 80, 61-501 Poznań”, a w kolumnie „Podać: a) Kubaturę budynku b) Okres realizacji – od do (miesiąc i rok) c) Odbiór końcowy” podając: „a) 81 955 m³ b) 03.2015 – 10.2017 c) 18.09.2017”.

Odwołujący PORR w ofercie na stanowisko kierownika kontraktu wskazał K. R. w kolumnie „Opis doświadczenia – podać zgodnie z opisem w SIWZ rozdz. XIV tj. miejsce i nazwę zrealizowanej roboty budowlanej w formule zaprojektuj i wybuduj” podając: „Budynek Mieszkalny pn. „Osiedle Królewskie” w Rumii, Rumia, roboty zrealizowane w formule zaprojektuj i wybuduj, pełniona funkcja: kierownik kontraktu”, a w kolumnie „Podać: a) Kubaturę budynku b) Okres realizacji – od do (miesiąc i rok) c) Odbiór końcowy” podając: „a) 23 000 m³ b) 06.2015-08.2017 c) 08.2017”.

Oceniając oferty Zamawiający uznał, że powyższe realizacje nie spełniają jego wymogu i nie przyznał Odwołującym 10 punktów, które przewidział w ramach tego kryterium dla doświadczenia kierownika kontraktu.

W opinii Izby dokonana przez Zamawiającego w tym zakresie ocena ofert obu Odwołujących była prawidłowa, gdyż wskazane realizacje nie spełniają wymogu dla doświadczenia kierownika kontraktu opisanego w rozdziale XIV specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ramach spornego kryterium oceny ofert Zamawiający wymagał wykazania się przez osobę wskazaną na kierownika kontraktu doświadczeniem zawodowym polegającym na pełnieniu funkcji kierownika kontraktu w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, przy realizacji robót budowlanych – budynku o kubaturze co najmniej 15.000 m³, a roboty te miały być zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, przy czym liczyła się tylko realizacja zakończona odbiorem końcowym.

Zamawiający odniósł się więc do doświadczenia osoby wskazując na realizację robót budowlanych w „formule <<zaprojektuj i wybuduj>>”, jednocześnie nie definiując tego pojęcia. Zastosowanie ma tu więc zasada interpretacji opisana w art. 65 Kodeksu cywilnego. Przepis ten wskazuje, że „§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. § 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.”

Wymóg Zamawiającego był oświadczeniem jednostronnym, zatem zastosowanie ma dyspozycja § 1 tego artykułu odnosząca się do okoliczności jego złożenia, zasad współzycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Innymi słowy pojęcie to należy interpretować tak, jak „normalnie” i powszechnie się je rozumie, w tym, jeśli to pojęcie branżowe – jak normalnie, standardowo rozumie się je w danej branży.

Okoliczności złożenia oświadczenia (wymogu Zamawiającego zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia), zwłaszcza jego brzmienie w pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazują na odniesienie tego pojęcia do „żółtej książki” wydanej przez FIDIC. Zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Izby także „ustalone zwyczaje w branży” oraz „ustalone zwyczaje w zamówieniach publicznych” wywodzą to pojęcie z FIDIC i tak jest rozumiane powszechnie, tj. po wskazaniu „projektuj i buduj”/ „zaprojektuj i wybuduj” jako pierwsze (i najprawdopodobniej jedyne) skojarzenie nasuwa się „żółta książka” FIDIC.

Innymi słowy – tak jak wskazywały podczas rozprawy Strony i Przystępujący – rozumie się przez to właśnie klasyczny model stosowany w zamówieniach publicznych, w którym wykonawca dostaje od zamawiającego/inwestora program funkcjonalno-użytkowy, a jego zadaniem jest wykonanie projektu i następnie robót budowlanych. Tak też wynika z samej nazwy: „projektuj/zaprojektuj” i „buduj/wybuduj”. Wszelkie odstępstwa od tego modelu w powszechnym rozumieniu już nie mieszczą się w zakresie „normalnego”, standardowego rozumienia „projektuj i buduj” – i w konsekwencji to właśnie one, jako odstępstwa od zasady wymagają dodatkowego zdefiniowania i ustalenia granic rozumienia pojęcia.

Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez Odwołujących w trakcie postępowania przetargowego i postępowania odwoławczego, realizacji wskazane przez obu Odwołujących

można określić nie jako „zaprojektuj i wybuduj”, lecz raczej jako „przeprojektuj i wybuduj”, czyli roboty budowlane z elementami projektowania w zakresie gotowego już, wcześniej sporządzonego projektu.

W ocenie Izby jest to już „zaokrąglanie w górę” posiadanego doświadczenia, co nie odpowiada wymogowi Zamawiającego, a zatem jest nieuprawnione wobec konieczności przestrzegania przy ocenie ofert postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania, ponieważ zmienia zakres pojęcia zawartego w wymaganiu.

Co więcej – wymagania związanego z kryteriami oceny ofert – a więc tym zakresem, który w zamówieniach publicznych traktuje się bardzo restrykcyjnie – bardziej nawet niż warunki udziału w postępowaniu, gdyż nie jest to wymóg-minimum, ale niejako „ premia” za lepszą jakość. Skoro zaś jest to premia „za coś więcej”, to nie można ustanowionego progu obniżyć do niższego poziomu lub rozszerzać pierwotnego pojęcia. Zwłaszcza wbrew literalnemu brzmieniu wymogu, który wyraźnie mówi „zaprojektuj”, a nie „przeprojektuj” albo „prawie-zaprojektuj”, co w sposób wyraźny nie równa się użytemu pojęciu „zaprojektuj”.

Poza tym, przy przyjęciu założenia, że pojęcie „zaprojektuj i wybuduj” można rozumieć także jako „przeprojektuj”, nieuchronną konsekwencją byłaby konieczność ustalenia granicy, gdzie „przeprojektowanie” jest bardziej formułą „zaprojektuj i wybuduj”, a gdzie bardziej formułą „wybuduj”, a dalej także, czy wykonywanie projektów zamiennych w ramach bezspornej formuły „buduj” także wchodziłoby w wymagany zakres projektowania.

Odwołujący stwierdził, że mając na uwadze cel, jaki przyświeca całemu kryterium, a więc ocenę doświadczenia, miarodajnego dla realizowanej inwestycji, należy każdorazowo badać, jaki był rodzaj prac projektowych powierzonych wykonawcy robót budowlanych, stopień ich ingerencji w istniejącą dokumentację, stopień skomplikowania, czy wreszcie konsekwencje natury prawno-administracyjnej (wymóg uzyskania pozwolenia na budowę, ponowienia uzgodnień itp.) i to właśnie według tych kryteriów należy oceniać *ad casum*, czy dany projekt zapewnił uczestnikom zebranie doświadczeń zawodowych. Jednak według Izby ta właśnie argumentacja świadczy, że pogląd Odwołującego nie może być uznany za poprawny – bowiem nagle z jasnego wymogu („klasycznego” zaprojektuj i wybuduj) Zamawiający przechodziłby do sytuacji, w której zaczyna formułować i oceniać wymóg kryterium niezgodnie z jego brzmieniem, ustalając – na podstawach nie mających oparcia w brzmieniu wymogu – jaki zakres inwestycji „buduj” można już uznać za „zaprojektuj i wybuduj”, a jaki jeszcze nie.

Tym samym Zamawiający na etapie oceny ofert – nie wiadomo na jakiej podstawie, gdyż nie byłyby to postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dopiero ustalałby,

jaki zakres wchodzi w wymóg kryterium, a jaki nie. Działanie takie w oczywisty sposób naruszałoby zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jeśli w odniesieniu do przedmiotowego wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia miałyby się mówić o podziale dychotomicznym, to, w ocenie Izby, nie byłby to podział na „zaprojektuj i wybuduj” i „buduj”, ale na „zaprojektuj i wybuduj” i „nie-zaprojektuj i wybuduj” (według zasad logiki „p” i „nie-p”). A jeśli dana realizacja nie jest „p” (nie jest „zaprojektuj i wybuduj”), to nie wchodzi rozszerzająco w zakres wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezależnie od tego, jaką formułą jest. Czyli nie musi być też „klasycznym” buduj, aby nie być „projektuj i buduj”. Zresztą fakt, że w użyciu praktycznym popularna jest „czerwona książka” i „żółta książka” FIDIC (a nie są to nawet jedyne dwie publikacje FIDIC), nie oznacza jeszcze, że wyczerpują one wszystkie życiowe opcje wykonywania robót budowlanych, zwłaszcza pośrednie pomiędzy nimi.

W opinii Izby nie można też zaakceptować sytuacji, w której wykonawcy mogą sami sobie zmienić rozumienie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na wszelki wypadek nie pytać się Zamawiającego na etapie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy taka interpretacja jest dopuszczalna, a następnie powoływać się na niejednoznaczność treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zasadę, że wątpliwości powinny być tłumaczone na korzyść wykonawcy.

Dodatkowo w tym wypadku Izba podziela opinię Zamawiającego i przystępującego Budimex, że nie ma tu niejednoznaczności specyfikacji, gdyż pojęcie „zaprojektuj i wybuduj” jest jasne i zrozumiałe, a obaj Odwołujący próbują je rozszerzyć w sposób nieuprawniony.

Co więcej, przedmiotowe zadania były realizowane jako formuła „buduj”. Gdyby bowiem to inwestorzy zakwalifikowali je od początku jako „zaprojektuj i wybuduj”, to można by się z tą kwalifikacją nie zgadzać, ale trudno by było z nią polemizować. Natomiast w przedmiotowym przypadku to Odwołujący dokonali przekwalifikowania rodzaju budowy.

Co do stwierdzenia, że nie można zgodzić się z interpretacją wymogu warunkującą przyznanie punktów w kryterium doświadczenia kierownika kontraktu nie od merytorycznego rodzaju zdobytego doświadczenia, lecz od kwestii formalnej, tzn. realizacji kontraktu na podstawie określonego typu umowy, czy też od kwalifikacji zamówienia na etapie jego ogłaszania, a wykonanie inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj” przewidziane w ramach kryterium oceny ofert nie jest wymogiem natury formalnej, lecz merytorycznej, Izba stwierdza, że jednocześnie jest to prawda i nieprawda. Oczywiście bowiem kryterium powinno być ustalane z merytorycznych przyczyn (w tym przypadku posiadania jakiegoś konkretnego, przydatnego doświadczenia), lecz w momencie, kiedy już zostanie

ustanowione i wpisane do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, staje się też (i głównie) kwestią formalną, tzn. dla uzyskania punktów, które są mu przypisane, należy je spełnić i to w taki sposób, jak zostało opisane. *De facto*, kierownik kontraktu może zdobyć większe doświadczenie przy bardziej skomplikowanych i stwarzających więcej problemów robotach typu „buduj” (np. właśnie z powodu problemów z nieprawidłową dokumentacją projektową, koniecznością wykonywania projektów zamiennych, podziałem odpowiedzialności z inwestorem itd.) niż mniej skomplikowanych robotach typu „zaprojektuj i wybuduj”, których realizacja przebiegła bez problemów. Jednak nie to jest istotą kryterium oceny, lecz wypełnienie wymogu, który został opisany tak, jak został opisany.

Tym samym stwierdzenie na obecnym etapie, że nie ma potrzeby, by kierownik kontraktu charakteryzował się aż takim doświadczeniem, jest spóźnione. Zaś wskazywanie, że pod konkretne brzmienie wymogu można „podciągnąć” doświadczenie, które temu wymogowi nie odpowiada, jest nieuprawnione, niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i naruszające uczciwą konkurencję, równe traktowanie wykonawców i przejrzystość postępowania.

Zatem należy się zgodzić z Odwołującymi, że Zamawiający w toku oceny ofert jest związany opisem kryteriów i sposobem oceny, zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie może ich zmieniać ani rozszerzać. Ale również w ten sposób, że nie może ich łagodzić w stosunku do jego brzmienia przyznając punkty za realizacje, których zakres nie odpowiada brzmieniu wymogu kryteriów oceny. Już choćby z tego względu, że jakkolwiek byłoby to korzystne dla wykonawców, którym przyznano te punkty, to jednocześnie naruszałoby interesy pozostałych wykonawców, jak w tym wypadku przystępującego Budimex. Nie jest zatem niczym niezwykłym sytuacja, w której taki wykonawca (tu: przystępujący Budimex) domaga się działania Zamawiającego zgodnie z wymogami wskazanymi w specyfikacji. Zamawiający takie działania podjął i, w ocenie Izby, nie jest to „uzupełnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonywane z inicjatywy jednego z wykonawców, który narzucił swoją narrację w zakresie rozumienia formuły zaprojektuj i wybuduj”, lecz właśnie działanie zgodnie z postanowieniem tej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący Hochtief wskazał też, że uznanie odwołania o sygn. KIO 1517/20 było przychyleniem się do stanowiska Odwołującego, że znaczenie ma faktyczny zakres i rodzaj doświadczenia zawodowego, a nie formalna strona umowy, w oparciu o którą doświadczenie to było zdobyte. Zamawiający przyznał ten fakt, ale wskazując, że uznanie to w zakresie „formalnej strony umowy” odnosiło się do umów realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, a nie formuły „zaprojektuj i wybuduj”. Izba z tym stanowiskiem

Zamawiającego co do dokonanej po uwzględnieniu odwołania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia się zgadza.

Co zaś do różnicy w brzmieniu warunku udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert odnoszącego się do wymogu, aby kierownik kontraktu sprawował funkcję „w całym okresie trwania kontraktu”, co zapisano w warunkach udziału oraz w doświadczeniu w pełnieniu funkcji przy realizacji robót budowlanych, które były zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co wskazano w kryterium oceny, Izba zauważa, że różnica ta odnosi się do okresu realizacji – od początku do końca trwania kontraktu przy warunku udziału w postępowaniu oraz ewentualnej części kontraktu przy doświadczeniu (jakkolwiek w ocenie Izby tym bardziej przy kryterium oceny słuszniej byłoby wymagać udziału w całości kontraktu). Nie zmienia to jednak faktu, że niezależnie od długości udziału kierownika kontraktu w realizacji, to sama formuła robót budowlanych ma być „zaprojektuj i wybuduj”. Tym samym przy kryterium oceny osoba wskazana na stanowisko kierownika kontraktu mogła objąć tę funkcję w trakcie trwania kontraktu lub przerwać pełnienie tej funkcji przed zakończeniem kontraktu, ale kontrakt cały czas miał być w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Zatem nawet jeśli osoba ta nie była kierownikiem kontraktu w momencie wykonania dokumentacji projektowej (albo nie była kierownikiem w trakcie wykonywania robót budowlanych), to sam kontrakt miał obejmować wszystkie elementy formuły „zaprojektuj i wybuduj”.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach ze względu na to, że przystępujący Budimex przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie doświadczenia kierownika budowy, które skłoniły Zamawiającego do uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału określony w rozdziale VI ppkt 3.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania przystępującego Budimex do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o których mowa w rozdziale VI ppkt 3.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu” o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu (zgodnie z przesłankami obligatoryjnymi, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt) oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące (zgodnie z art. 22 ust.

1b) zdolności technicznej lub zawodowej – wskazanych w pkt 3 i sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W punkcie 3. ppkt 3. tego rozdziału Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i posiadają uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wydane na podstawie przepisów obowiązujących w czasie ich wydania (jeżeli dotyczy) w poniżej wskazanej specjalności, m.in. w lit. b), 1 osoba – pełniąca funkcję kierownika budowy: posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, bez ograniczeń, odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie Prawo budowlane (w przypadku gdy osoba wskazana będzie posiadała uprawnienia wydane na podstawie wcześniej wydanych obowiązujących przepisów, to winna wykazać, że posiada uprawnienia budowlane w ww. specjalności), posiadająca minimum 5-letnie doświadczenie (min. 60 miesięcy, czyli 1 rok liczony jako 12 miesięcy) w kierowaniu i/lub nadzorowaniu robotami ww. specjalności.

Jako dokument potwierdzający spełnianie warunku wykonawca miał przedstawić, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. W zakresie posiadanego doświadczenia i „wykonywanych czynności” należało wskazać: miejsce i nazwę realizowanej inwestycji/projektu, w którym nabyto doświadczenie w kierowaniu kontraktem inwestycyjnym wraz z podaniem wartości kontraktu w kwocie brutto. W „zakresie wykonywanych czynności” należało wskazać: okres od – do (miesiąc i rok), miejsce i nazwę realizowanej inwestycji/projektu, w którym nabyto doświadczenie odpowiednio: kierownika budowy, architekta. Wykaz osób miał być przygotowany według załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przystępujący Budimex na powyższe stanowisko wskazał G. C. podając w kolumnie „Rodzaj uprawnienia, numer i data nadania (wpisać zgodnie z opisem w SIWZ Rozdz. VI)”: „Uprawnienia budowlane nr (...) z dnia 30.12.2005 r. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej”, a w kolumnie „Opis posiadanego doświadczenia – informacje odpowiednio dla danej osoby, zgodnie z opisem w SIWZ Rozdz. VI: a) miejsce i nazwę realizowanej inwestycji/projektu, b) wartości kontraktu w kwocie brutto, c) okres od-do (miesiąc i rok)”: „Posiada ponad 5-letnie doświadczenie na

stanowisku kierownika budowy, w tym m.in.: a) Projekt i budowa zajezdni tramwajowej w Olsztynie b) – c) 01.2014-12.2015; a) Budowa Centrum Sportowo-Rehabilitacyjnego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie b) - c) 06.2012-12.2013; a) Budowa budynku dydaktycznego i hali laboratoryjnej Państwowej Wyższej Szkoły Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży b) – c) 01.2010-03.2012”.

Odwołujący PORR zakwestionował podaną długość doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w realizacjach „Projekt i budowa zajezdni tramwajowej w Olsztynie” w okresie 01.2014-12.2015 oraz „Budowa budynku dydaktycznego i hali laboratoryjnej Państwowej Wyższej Szkoły Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży” w okresie 01.2010-03.2012, zarzucając przystępującemu Budimex nie tylko fakt niewykazania spełnienia wymogu, lecz także przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Po zapoznaniu się w postawionymi zarzutami i argumentacją odwołującego PORR oraz wyjaśnieniami przystępującego Budimex (zostały one szeroko przytoczone powyżej, zatem nie będą powtarzane) oraz samego pana C. co do przebiegu kwestionowanych inwestycji, Izba nie stwierdziła, że zachodzi którakolwiek z tych okoliczności, tj. ani udzielenia Zamawiającemu nieprawdziwych informacji wprowadzających go w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ani niewykazania w złożonym „Wykazie osób” datowanym na 26 października 2020 r., że p. C. posiada 5-letnie doświadczenie.

Izba uznała powyższe wyjaśnienia za przekonujące.

Jednocześnie Izba uznała, że z wyjaśnień tych wynika, że we wskazanym okresie p. C., po pierwsze, pełnił funkcję kierownika robót, nawet jeśli nie była to funkcja obligatoryjna w świetle przepisów ustawy Prawo budowlane. Po drugie, przez ten okres nie pełnił tej funkcji jedynie w sposób formalny (będąc wyznaczonym na to stanowisko, lecz nie wykonując obowiązków, gdyż roboty się nie toczyły), lecz faktyczny (w tym okresie realnie toczyły się roboty, które można zaliczyć do doświadczenia kierownika budowy).

Izba bowiem jak najbardziej podziela stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w orzeczeniu z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. W odpowiedzi nr 4 Trybunał wskazał, że do uznania, że dany podmiot ma doświadczenie, konieczne jest jego faktyczne i konkretne uczestnictwo w realizacji danego zadania. Pytanie co prawda dotyczyło doświadczenia grupy wykonawców, lecz odnosiło się właśnie do doświadczenia realnego kontra formalnego (faktycznego udziału w realizacji lub samego powołania, uczestnictwa w grupie, a nie wykonaniu zadania). Trybunał uznał, że doświadczenie jest kwestią realną, a nie formalną, a, zdaniem Izby, zasada ta dotyczy ogólnie doświadczenia i przekłada się na każdy jego rodzaj – czy to podmiotu, czy osoby.

Jak wykazał przystępujący Budimex, wymagany okres 5 lat został osiągnięty przez wskazane w „Wykazie osób” trzy realizacje niezależnie nawet od odmiennego sposobu jego liczenia, zatem nie ma potrzeby szczegółowego odnoszenia się, od kiedy i do kiedy takie doświadczenia należy liczyć. Ogólnie rzecz ujmując – sposób liczenia może różnić się w zależności od stanu faktycznego, tj. przebiegu danej inwestycji, ale w tym przypadku i w zakresie spornego doświadczenia Izba podziela stanowisko przystępującego Budimex.

W ramach ogólnych wskazań można stwierdzić, że co do zasady okres pełnienia funkcji przez kierownika budowy wiąże się z jej rozpoczęciem, które w art. 41 ust. 1 ustawy Prawo budowlane zostało określone jako chwila podjęcia prac przygotowawczych na terenie budowy, oraz wykonywaniem zakresu prac wskazanych w art. 22 ustawy Prawo budowlane. Co nie oznacza, że nie mogą od tej sytuacji występować wyjątki, jak np. wskazany w art. 21a ustawy Prawo budowlane obowiązek kierownika budowy sporządzenia, jeszcze przed rozpoczęciem budowy, planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia.

Natomiast jeśli chodzi o dokonywanie wpisów w dzienniku budowlany, to to od kiedy, do kiedy i jakie wpisy są dokonywane, jak też, czy dziennik w ogóle jest prowadzony, jest w dużej mierze kwestią formalną, wynikającą m.in. z przepisów art. 45 ust. 1 w zw. z art. 42 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo budowlane. Tym samym okres dokonywania wpisów w dzienniku budowy nie musi pokrywać się z okresem sprawowania funkcji kierownika budowy. Jednak, jak wskazano powyżej, ustalenie realności czynności danej osoby jako kierownika budowy zależy od indywidualnego stanu faktycznego przebiegu robót budowlanych i całej realizacji inwestycji.

Jako że postawione, opisane powyżej zarzuty nie potwierdziły się, Izba nie stwierdziła także naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Z związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając, w każdej ze spraw, uiszczony przez Odwołujących wpis w wysokości 20.000 złotych oraz, po połowie, koszt dojazdu pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 485,60 złotych i wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący: