

Sygn. akt: KIO 1887/22

## WYROK

z dnia 2 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Danuta Dziubińska

**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2022 r. przez wykonawcę **ERBUD Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02 - 797 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursus**, Plac Czerwca 1976 r. nr 1, 02-495 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **PBO Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** oraz **MTM Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą lidera w Sosnowcu, ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursus**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnica Ursus** na rzecz **ERBUD Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursus (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. - dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Budowa budynku szkoły podstawowej przy ul. Hennela/Silnikowej w Warszawie”, numer referencyjny: UD-XIWZP.271.7.20221JPA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 057-148186.

W dniu 8 lipca 2022 r. Zamawiający zamieścił na platformie zakupowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: PBO Śląsk sp. z o.o. oraz MTM Budownictwo. z o.o. (dalej: „Konsorcjum” lub „Wykonawca”). W dniu 18 lipca 2022 r. wykonawca ERBUD S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: PBO Śląsk sp. z o.o. oraz MTM Budownictwo sp. z o.o.;
- 2) przyznania ofercie Konsorcjum w ramach oceny ofert liczby 100 pkt;
- 3) zaniechania czynności wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do inwestycji referencyjnych wskazanych dla osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy na potrzeby uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert - doświadczenie kierownika budowy, celem ustalenia prawidłowej liczby punktów do przyznania w ramach tego kryterium.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

- 1) w odniesieniu do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty:
  - a) naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum mimo braku podstaw do przyznania tej ofercie 100 pkt w ramach oceny oferty, a w szczególności mimo braku podstaw do przyznania tej ofercie 20 pkt w odniesieniu do kryterium doświadczenie kierownika budowy;
  - b) naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo że w odniesieniu do tego Wykonawcy nie zostało wystosowane wezwanie do udzielenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w przedmiocie ustalenia prawidłowej liczby punktów w ramach kryterium doświadczenie

kierownika budowy w zakresie inwestycji referencyjnych wskazanych dla osoby przewidzianej na funkcję kierownika;

- c) naruszenie art. 239 ust 1 Pzp, art. 16 pkt 1 Pzp, art. 16 pkt 2 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum pomimo naruszeń wskazanych powyżej w ppkt a)
- 2) w odniesieniu do czynności przyznania ofercie Konsorcjum w ramach oceny ofert liczby 100 pkt:
- a) naruszenie art. 242 Pzp, art. 239 ust 1 Pzp, art. 16 pkt 1 Pzp, art. 16 pkt 2 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp w szczególności poprzez przyznanie ofercie Wykonawcy 20 punktów w odniesieniu do kryterium doświadczenie kierownika budowy, pomimo że oferta ta nie kwalifikuje się do otrzymania wskazanej liczby punktów w odniesieniu do wymienionego kryterium;
  - b) naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp w szczególności poprzez przyznanie ofercie Konsorcjum w ramach oceny ofert 20 punktów w odniesieniu do kryterium doświadczenie kierownika budowy, pomimo że w odniesieniu do tego Wykonawcy nie zostało wystosowane wezwanie do udzielenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w przedmiocie ustalenia prawidłowej liczby punktów w ramach kryterium doświadczenie kierownika budowy dot. inwestycji referencyjnych wskazanych dla osoby przewidzianej na funkcję kierownika budowy;
- 3) w odniesieniu do zaniechania czynności wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do inwestycji referencyjnych wskazanych dla osoby przewidzianej do funkcji kierownika budowy na potrzeby uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy, celem ustalenia prawidłowej liczby punktów do przyznania w ramach tego kryterium:
- a) naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w przedmiocie ustalenia prawidłowej liczby punktów w ramach kryterium doświadczenie kierownika budowy dot. inwestycji referencyjnych wskazanych dla osoby przewidzianej na funkcję kierownika budowy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum;
- 2) unieważnienia czynności przyznania ofercie Konsorcjum punktów w ramach oceny ofert;
- 3) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;

4) dokonania wyboru oferty Wykonawcy ERBUD S.A. jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie

wzewzania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ustalenia prawidłowej liczby punktów w ramach kryterium doświadczenie kierownika budowy i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej po uzyskaniu przez Zamawiającego wskazanych wyjaśnień.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający w sposób nieuzasadniony i nieuprawniony dokonał wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum. Oferta tego Wykonawcy nie kwalifikuje się bowiem do przyznania 100 pkt w ramach oceny ofert, a w szczególności 20 pkt w ramach kryterium doświadczenie kierownika budowy. Inwestycje referencyjne wskazane w odniesieniu do tej osoby nie dają bowiem podstaw do przyznania 100 pkt. Na potrzeby uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy, celem uzyskania maksymalnej liczby punktów, należało wykazać, że wskazana osoba w zakresie posiadanych uprawnień w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, przy robocie budowlanej polegającej na budowie/rozbudowie budynku o wartości minimum 15 mln złotych brutto - dotyczy roboty budowlanej, zakończonej (odbiór końcowy przed upływem terminu składania ofert) i oddanej do użytkowania na podstawie wydanej decyzji zezwalającej na użytkowanie przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego. Wykonawca nie przedstawił inwestycji referencyjnych potwierdzających zasadność przyznania maksymalnej liczby w odniesieniu do wymienionego kryterium. Inwestycja referencyjna wskazana w pozycji nr 4 tabeli Załącznika nr 3a (oznaczona „Budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą techniczną wewnętrzną i zewnętrzną, z parkingami, drogą wewnętrzną z chodnikami i małą infrastrukturą na działce nr ewid. 102/2 położonej w Ostrowcu Św. Przy ulicy Kopernika 34a”) nie spełnia bowiem określonego w SWZ kryterium tj. w szczególności budowy/rozbudowie budynku o wartości minimum 15 mln złotych brutto. To oznacza, że Konsorcjum przedstawiając wskazaną inwestycje referencyjną nie może otrzymać maksymalnej liczby punktów. Wykonawca przedstawił inwestycję, która nie spełnia warunku określonego w części 11 pkt 4 SWZ. Nadto nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że w ramach wskazanej inwestycji referencyjnej realizacja w odniesieniu do pojedynczego budynku warta była minimum 15 mln brutto. W powyższych okolicznościach Konsorcjum nie może uzyskać maksymalnej liczby punktów, albowiem jedna z 5 wskazanych inwestycji referencyjnych nie spełnia wymogu określonego w SWZ dla uzyskania punktów w ramach oceny ofert. Zamawiający niezasadnie przyznał Wykonawcy maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wzywał Konsorcjum do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień celem wykazania zasadności przyznania punktów w ramach oceny ofert w odniesieniu do wskazanej inwestycji referencyjnej, chociaż powinien mieć wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Zamawiający w sposób całkowicie bezkrytyczny przyjął stanowisko Wykonawcy nawet tego nie weryfikując.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że zarzuty w zakresie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, czy czynności przyznania tej ofercie 100 pkt oraz zaniechania czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do inwestycji referencyjnych wskazanych dla kierownika budowy, nie wykazują naruszeń mogących lub mających wpływ na wynik postępowania jak i nie wykazują naruszeń zasad postępowania określonych w art. 16, art. 17 ust. 2, art. 223 ust. 1, art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym nie zasługują na uwzględnienie .

Odnosząc się do treści wskazanych w odwołaniu, Zamawiający przytoczył opis kryterium oceny ofert Doświadczenie kierownika budowy i sposobu punktacji zawarty w części 11 pkt. 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) i stwierdził, że wynika z niego, że będzie oceniał doświadczenie kierownika budowy zdobyte podczas realizacji jednego zamierzenia budowlanego polegającego na budowie/rozbudowie co najmniej 1 budynku o określonej wartości minimalnej (15 mln zł brutto), przy czym inwestycja musi być zakończona i oddana do użytkowania. Zamawiający podkreślił, że nie wykluczał doświadczenia kierownika budowy polegającego na budowie/rozbudowie więcej niż 1 budynku, tj. zespołu budynków (2 lub więcej), stanowiącej jedno zamierzenie inwestycyjne o wartości minimum 15 mln złotych brutto - dotyczy roboty budowlanej, zakończonej (odbiór końcowy przed upływem terminu składania ofert) i oddanej do użytkowania na podstawie wydanej decyzji zezwalającej na użytkowanie przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego. Celem tego kryterium jest weryfikacja czy kierownik budowy posiada doświadczenie w realizacji zamierzenia budowlanego polegającego na wykonaniu robót budowlanych o określonej wartości (wielkości zakresu rzeczowego robót budowlanych). Z perspektywy oceny takiego doświadczenia wtórne znaczenie ma to, czy zamierzenie budowlane obejmowało jeden budynek, czy też obejmowało zespół budynków, ale realizowanych jako jedno zamierzenie budowlane i stanowi wynik całości robót budowlanych o wymaganej wartości, nadzorowanych przez kierownika budowy.

Zamawiający stwierdził, że wybrany Wykonawca otrzymał maksymalną liczbę 100 punktów za kryterium doświadczenie kierownika budowy, gdyż przedstawił 5 i więcej inwestycji/ budowy/rozbudowy, spełniające warunki określone w SWZ przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego nie można przyjąć za słuszne, że w ramach spełnienia kryterium

dotyczącego doświadczenia kierownika robót konieczne było wykazanie robót polegających na budowie stricte jednego budynku. Budowa/rozbudowa zespołu budynków (2 lub więcej) jest inwestycją, w ocenie Zamawiającego, jest inwestycją równoważną lub inwestycją bardziej złożoną, skomplikowaną technicznie, trudniejszą w realizacji niż budowa 1 budynku. W konsekwencji tego opis kryterium odnoszący się do budynku, z uwzględnieniem opisu sposobu przyznania punktów, w którym wskazano na punktowanie inwestycji/budowy/rozbudowy pozwalał uznać, iż doświadczenie kierownika budowy powinno też obejmować inwestycję/zamierzenie budowlane dotyczące wykonania robót budowlanych w zakresie budynków o określonej wartości minimalnej (15 mln zł brutto), równoważną lub bardziej złożoną niż budowa 1 budynku, oczywiście jeżeli stanowi jedno zamierzenie inwestycyjne, objęte decyzją zezwalającą na budowę oraz 1 decyzją zezwalającą na użytkowanie obiektu budowlanego. Inwestycja referencyjna wskazana przez Przystępującego w pozycji nr 4 (załącznik nr 3a do SWZ), tj. budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą techniczną wewnętrzną i zewnętrzną z parkingami, drogą wewnętrzną z chodnikami i małą infrastrukturą (o wartości brutto 19 301 805,98 zł) stanowiła jedno zamierzenie inwestycyjne, była objęta jednym pozwoleniem na budowę, na co wskazuje dołączona do odpowiedzi na odwołanie Decyzja nr 45/2017 z dnia 14.02.2017 roku wydaną przez Starostę Ostrowieckiego zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę obejmującą budowę dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z wewnętrznymi instalacjami (wod-kan., c.o.) wentylacji mechanicznej, kanalizacji deszczowej) oraz towarzyszącą infrastrukturą techniczną (parkingi, dojścia, dojazdy, droga przeciwpożarowa, instalacja oświetleniowa, hydrantowa i kanalizacji deszczowej), na działce nr 102/2 (Obr. 17, ark. 5) przy ul. Kopernika w Ostrowcu Świętokrzyskim.

Zamawiający podniósł, że analogicznym doświadczeniem posłużył się Odwołujący, który w wykazie doświadczenia kierownika budowy p. M.W. (poz. nr 2 wykazu) wskazał inwestycję: Kompleksowa realizacja budynków mieszkalnych wielorodzinnych z funkcjami usługowymi, infrastrukturą techniczną, drogami, dojazdami, oświetleniem zewnętrznym i innymi elementami zagospodarowania terenu na terenie działek o nr ew. 6/1, 7/1, 7/5, 15/1, oraz zjazdami na działkach nr ew. cz. 11/1 i cz. 15/2 z obrębu 1-08-17 przy ul. Kłobuckiej w Warszawie pod nazwą Central Park Ursynów. Zamawiający również przyznał stosowną ilość punktów Odwołującemu za w/w inwestycję w ramach kryterium doświadczenie kierownika budowy. Powyższe wskazuje, że zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, a także inni Wykonawcy (np. F.B.I. Tasbud) zrozumieli opis kryterium doświadczenie kierownika budowy jak przedstawia Zamawiający w niniejszym piśmie, przedstawiając w swoich ofertach

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy działający wspólnie w ramach konsorcjum: PBO Śląsk Sp. z o.o., MTM Budownictwo Sp. z o.o. (dalej łącznie: „Przystępujący”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W pisemnym stanowisku Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, wskazując m.in., że w jego ocenie decyzja Zamawiającego o wyborze złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej była prawidłowa, oraz, że podziela interpretację opisu i celu kryterium przedstawioną trafnie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie tj. że celem kryterium jest weryfikacja, czy kierownik budowy posiada doświadczenie w realizacji zamierzenia budowlanego polegającego na wykonaniu robót budowlanych o określonej wartości (wielkości zakresu rzeczowego robót budowlanych). Z perspektywy oceny takiego doświadczenia wtórne znaczenie ma to, czy zamierzenie budowlane obejmowało jeden budynek, czy też obejmowało zespół budynków, ale realizowanych jako jedno zamierzenie budowlane i stanowi wynik całości robót budowlanych o wymaganej wartości, nadzorowanych przez kierownika budowy.

Przystępujący stwierdził, że Odwołujący przedstawia wykładnię kryterium, w sposób, który zdaje się nie odpowiadać jego celowi. W ocenie Przystępującego opis kryterium oraz sposób przyznania punktów w zależności od wskazanej liczby inwestycji/ budowy/ rozbudowy uwzględnia rodzaj prowadzonych robót budowlanych, które mają polegać na budowie/rozbudowie obiektu będącego przedsięwzięciem budowlanym. Słowo budynek, użyte przez Zamawiającego w SWZ miało na celu uszczegółowienie, że wymóg w kryteriach oceny ofert dotyczy realizacji budynku jako rodzaju obiektu budowlanego. Zamawiający nie zdefiniował jednak w SWZ pojęcia „budynek” ani też nie odwołał się do definicji „budynek” wynikającej z ustawy Prawo budowlane. Na gruncie Pzp brak jest definicji pojęcia „budynek”, natomiast zdefiniowano pojęcie „obiekt budowlany”. Zgodnie z definicją (art. 7 pkt. 21 Pzp) „obiekt budowlany” należy rozumieć jako wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Zdefiniowane są również „roboty budowlane” (art. 7 pkt. 21 Pzp), przez które należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że sam zamawiający w kryterium na pierwszym miejscu wskazuje, że inwestycja ma dotyczyć robót budowlanych. W świetle braku definicji słowa „budynek” na gruncie SWZ nie można uznać, że Zamawiający formułując SWZ i ustalając kryterium oceny ofert miał na myśli budynek wyłącznie w sensie ilościowym. Z uwagi na premiowanie przez Zamawiającego „inwestycji/ budowy/ rozbudowy” uprawniona jest interpretacja, że celem

kryterium jest premiowanie doświadczenia odnoszącego się do kierowania robotami budowlanymi dotyczącymi realizacji zamierzenia budowlanego o określonej skali/wartości. Z punktu widzenia Zamawiającego istotne było przedstawienie przez wykonawców inwestycji związanej z budową budynków (nie innych obiektów), przy czym Zamawiający nie zdefiniował ani pojęcia „budynek” ani też nie wskazał na rodzaj budynku. Innymi słowy, z punktu widzenia oceny doświadczenia kierownika budowy istotne było kierowanie realizacją przedsięwzięcia budowlanego (procesu budowlanego) o minimalnej wartości 15 mln zł brutto. Sporna pozycja została wskazana przez Przystępującego w załączniku 3a – wykaz doświadczenia kierownika budowy, poz. 4, w której przedstawił doświadczenie dotyczące budowy zespołu budynków. Powyższa inwestycja była realizowana w tym samym miejscu i czasie, wykonywana przez tego samego inwestora, projektanta i kierownika budowy, na jednym terenie budowy i na tej samej nieruchomości, należącej do tego samego właściciela i dotyczy obiektów funkcjonalnie oraz technicznie powiązanych, a roboty prowadzone były na podstawie jednej umowy o roboty budowlane i jednego pozwolenia na budowę. Powyższe okoliczności dowodzą, że występuje tożsamość przedmiotową dotycząca realizacji zamierzenia budowlanego (art. 28 ust. 1 Prawa budowlanego) oraz tożsamość podmiotową (art. 17 Prawa budowlanego). Przykładowo pozwolenie na budowę wskazuje, że inwestycja stanowi jedno zamierzenie inwestycyjne i to niezależnie od ilości budynków czy budowli nim objętych. W przypadku doświadczenia Przystępującego określonego w pozycji 4, załącznika 3a do SWZ, Przystępujący wskazał inwestycję polegającą na budowie dwóch budynków, wobec której zachodzi tożsamość podmiotowa (jeden kierownik robót), jak i przedmiotowa inwestycji (jedno zamierzenie budowlane, objęte jednym pozwoleniem na budowę), a więc wpisuje się w kryterium określone przez Zamawiającego. Istotą kryterium jest weryfikacja przez Zamawiającego doświadczenia kierownika budowy i odniesienie go do przedmiotu zamówienia. Celem Zamawiającego było zlecenie zamówienia wykonawcy, który dysponuje kierownikiem budowy z doświadczeniem w projektach o wielkości zbliżonej do przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Nieistotne jest dla Zamawiającego czy projekt polegał na budowie jednego czy kilku budynków, bowiem chodziło o inwestycję pewnej skali, która była nadzorowanych przez wskazanego kierownika robót. Oceniając doświadczenie pod uwagę należy wziąć charakter wykonanych robót - polegający na wykonaniu jednego zamierzenia budowlanego - inwestycji/budowy/rozbudowy. Wywodzenie z opisu kryterium, że ocenie podlega wykonanie wyłącznie „jednego budynku” (rozumianego jako jeden obiekt budowlany), prowadziłoby do absurdalnej sytuacji, w której osoba posiadająca doświadczenie w wykonaniu zamierzenia budowlanego o większej skali (zespołu budynków wykonanych jako jedno zamierzenie budowlane wraz z infrastrukturą towarzyszącą i zagospodarowaniem terenu) jest oceniane jako mniej wartościowe niż doświadczenie osoby, która kierowała robotami przy realizacji dosłownie jednego obiektu. W takiej sytuacji,

kierownik robót posiadający większe doświadczenie (nabyte przy realizacji zespołu budynków - obiektów kubaturowych - najczęściej budynków wielorodzinnych/ osiedli mieszkaniowych) jest oceniane jako mniej „wartościowe” niż doświadczenie osoby kierującej budową jednego obiektu. Taka interpretacja warunku byłaby nieproporcjonalna również w stosunku do przedmiotu zamówienia, który dotyczy właśnie obiektu kubaturowego. Powyższe potwierdza orzecznictwo „Na wstępie wskazania wymaga, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. (...). Warunki udziału zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2022, KIO 1239/22). Przystępujący zaznaczył, że powyższe orzeczenie co prawda dotyczy warunku udziału, jednak określenie kryteriów oceny ofert podlega analogicznym zasadom, co inne czynności zamawiającego, uwzględniając obowiązek zachowania proporcjonalności przy określaniu kryterium wynika z ogólnej zasady zawartej w art. 16 pkt. 3 Pzp.

Przystępujący podał, że z opisu inwestycji przedstawionej w poz. 4 w załączniku 3a wynika, że obejmuje ona nie tylko budowę dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych, ale również infrastrukturę techniczną wewnętrzną i zewnętrzną, z parkingami, drogą wewnętrzną z chodnikami i małą infrastrukturą, że jest to jedno zamierzenie budowlane - zespół budynków wielorodzinnych wraz z infrastrukturą i zagospodarowaniem terenu (parkingi, drogi wewnętrzne, chodniki, mała infrastruktura). Ponadto, oba budynki wykonywane były jako jedno przedsięwzięcie stanowiące całość, które, co najważniejsze, było realizowane z zachowaniem jednolitości i ciągłości miejsca i czasu.

Przyjęcie, że Zamawiający miał na celu, żeby wykonawcy przedstawili doświadczenie dotyczące wyłącznie budowy jednego budynku, nie ma logicznego uzasadnienia. Warunki stawiane przez zamawiających w postępowaniu mają określony cel, którym jest weryfikacja czy dany wykonawca daje rękojmię wykonania obiektu będącego przedmiotem zamówienia.

W Postępowaniu nie ma znaczenia czy wykonawcy przedstawią doświadczenie kierownika robót w zakresie realizacji inwestycji polegającej na budowie jednego budynku, czy też kilku, ponieważ najistotniejszy jest fakt, że taka osoba ma doświadczenie w zarządzaniu pewnej skali inwestycją. Nie jest istotne jaki konkretnie projekt architektoniczny był realizowany. Przedmiot zamówienia w postępowaniu nie charakteryzuje się żadnymi wyjątkowymi cechami, których realizacja wymaga szczególnego doświadczenia. Istotą jest posiadanie przez kierownika robót doświadczenia adekwatnego do realizacji przedmiotu zamówienia, a więc nieuzasadnione pozostaje stanowisko Odwoływającego, jakoby wyłącznie projekt obejmujący jeden budynek mógł zostać wskazany jako doświadczenie w załączniku nr 3a do SWZ.

Kluczowym argumentem stanowiącym o fakcie, że warunek określony przez Zamawiającego nie dotyczy wyłącznie inwestycji, jak wynika z literalnego brzmienia, polegającej na budowie jednego budynku, jest okoliczność, że inni wykonawcy, w tym Odwoływający, zinterpretowali warunek tak samo jak Przystępujący. Sam Odwoływający w wykazie doświadczenia kierownika budowy (poz. nr 2 wykazu) wskazał na inwestycję: Kompleksowa realizacja budynków mieszkalnych wielorodzinnych z funkcjami usługowymi, infrastrukturą techniczną, drogami, dojazdami, oświetleniem zewnętrznym i innymi elementami zagospodarowania terenu na terenie działek o nr ew. 6/1, 7/1, 7/5, 15/1, oraz zjazdami na działkach nr ew. cz. 11/1 i cz. 15/2 z obrębu 1-08-17 przy ul. Kłobuckiej w Warszawie pod nazwą Central Park Ursynów, Kubatura budynków: 211 825,83 m<sup>3</sup>. Co istotne, Odwoływający w wykazie wskazał całkowitą wartość inwestycji, składającej się z wielu budynków mieszkalnych (osiedle), a nie wykazywał wartości poszczególnych budynków. Również w wykazie doświadczenia kierownika budowy wykonawcy FBI TASBUD S.A. na 6 wymienionych doświadczeń aż 5 dotyczy doświadczenia zdobytego podczas budowy osiedli mieszkaniowych – zespołów budynków wielorodzinnych, w tym składających z dwóch budynków. Wszystkie powyżej wskazane inwestycje zostały uznane przez Zamawiającego. Co więcej, niniejsze doświadczenia uzyskały maksymalną ilość punktów. W związku z czym, nie można uznać, że Zamawiającemu zależało na wykazaniu inwestycji polegającej na budowie jednego budynku. Gdyby tak było nie uznałby doświadczenia żadnego z wykonawców obejmującego realizację inwestycji dotyczącej budowy więcej niż jednego budynku. Istotą wykazania doświadczenia przez wykonawców było przedstawienie Zamawiającemu inwestycji dotyczących robót budowlanych o wartości minimalnej 15 000 000 złotych brutto.

Na marginesie Przystępujący wskazał, że doświadczenie wykazane w załączniku nr 3a do SWZ nie jest jedynym doświadczeniem jakie posiada Pan J. S., jako kierownik robót budowlanych. Pan J. S. posiada znacznie bogatsze doświadczenie niż 5 wskazanych

inwestycji, które również mogłyby zostać wpisane do załącznika, bowiem spełniają kryteria oceny ofert, przykładowo kierował również robotami budowlanymi jako kierownik budowy podczas realizacji inwestycji polegającej na kompleksowej budowie od podstaw budynku wraz niezbędną infrastrukturą. pn. Rozbudowa Kampusu Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Tarnowie dla potrzeb tworzenia Akademii Tarnowskiej o budynek Instytutu Ochrony Zdrowia o wartości 42.977.611,00 zł brutto; data zakończenia robót: 28 listopada 2012; data oddania do użytkowania na podstawie wydanej decyzji zezwalającej na użytkowanie przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego: 13 grudnia 2012 r. Pan J. S. został wskazany przez Przystępującego, ponieważ jest bardzo doświadczonym kierownikiem budowy, wykonuje te funkcje od 19 lat i realizował wiele projektów o wielkości zbliżonej do przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Z całą pewnością daje on rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia i jego doświadczenie wpisuje się w kryterium Zamawiającego z części 11 pkt 4 SWZ.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego na okoliczność potwierdzenia, iż inwestycja obejmowała dwa odrębne budynki, a wartość żadnego z nich nie przekraczała 15 mln zł, w postaci: SIWZ, w tym opis projektu wykonawczego, dwóch przedmiarów dot. dwóch odrębnych budynków, wydruku ze strony internetowej inwestycji w tym galerii zdjęć, wydruku ze strony GUNB, załącznika nr 3a złożonego przez Przystępującego, pliku rysunków obejmujących inwestycję w Ostrowcu Świętokrzyskim dot. dwóch odrębnych budynków, na okoliczność iż inwestycja w Ostrowcu Świętokrzyskim dot. dwóch odrębnych budynków mieszkalnych, referencje inwestora Central Park Ursynów oraz Przystępującego w postaci: wyciąg z umowy nr 1/03/2017, protokołu odbioru końcowego, oraz decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie, a także dowód załączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie w postaci Decyzji nr 45/2017 z dnia 14.02.2017, wydanej przez Starostę Ostrowieckiego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego i jest

zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z warunkami zamówienia postawionymi przez Zamawiającego i z treścią SWZ. Jednocześnie Odwołujący spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Oferta złożona przez Odwołującego powinna otrzymać najwyższą liczbę punktów w ramach oceny ofert. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego byłaby potencjalnie wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący nie byłby zatem narażony na poniesienie ewentualnych negatywnych skutków niezasadnego i bezpodstawnego wyboru oferty innego wykonawcy, co potencjalnie skutkować może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Stosownie do postanowień SWZ część 11. *Opis kryteriów wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobem oceny ofert* kryteriami w postępowaniu są: cena brutto z wagą 60%, gwarancja jakość z wagą 20% i doświadczenie kierownika budowy z wagą 20%. W pkt 4 zostało wskazane:

*Zamawiający będzie oceniać doświadczenie kierownika budowy i przyznawać punkty za pełnienie funkcji kierownika budowy w zakresie posiadanych uprawnień w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, przy robocie budowlanej polegającej na budowie/rozbudowie budynku o wartości minimum 15 mln złotych brutto - dotyczy roboty budowlanej, zakończonej (odbiór końcowy przed upływem terminu składania ofert) i oddanej do użytkowania na podstawie wydanej decyzji zezwalającej na użytkowanie przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego.*

*Zamawiający wskazał ilość punktów jaką otrzyma wykonawca, za doświadczenie pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie:*

- \* *za 5 i więcej inwestycje/budowy/rozbudowy - 100 pkt*
- \* *za 4 inwestycje/budowy/rozbudowy - 80 pkt*
- \* *za 3 inwestycje/budowy/rozbudowy - 60 pkt*
- \* *za 2 inwestycje/budowy/rozbudowy - 40 pkt*

\* *za 1 inwestycje/budowy/rozbudowy - 20 pkt*

*Ocena/weryfikacja doświadczenia kierownika budowy odbywa się tylko i wyłącznie w oparciu o informacje zawarte w Załączniku nr 3a do SWZ.*

Konsorcjum PBO Śląsk sp. z o.o. oraz MTM Budownictwo sp. z o.o. w załączniku nr 3a *Doświadczenie kierownika budowy* wskazało 5 inwestycji. W poz. 4 wskazało inwestycję pn. „Budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą techniczną wewnętrzną i zewnętrzną, z parkingami, drogą wewnętrzną z chodnikami i małą infrastrukturą na działce nr ewid. 102/2 położonej w Ostrowcu Św. Przy ulicy Kopernika 34a” podając wartość inwestycji brutto 19 301 805,98 zł.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

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

W myśl 223 ust. 1 Pzp 1. *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Stosownie do art. 16 pkt 1 i 2 Pzp Zamawiający *przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty;*

Art. 17 ust. 2 Pzp stanowi: *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Istotą sporu jest sposób rozumienia kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia kierownika budowy, a w konsekwencji zasadność przyznania przez Zamawiającego ofercie wykonawcy konsorcjum PBO Śląsk sp. z o.o. oraz MTM Budownictwo sp. z o.o. maksymalnej liczby punktów w tym kryterium bez wystąpienia do tego wykonawcy o wyjaśnienia.

Nie jest przy tym sporne, że wskazana w załączniku 3a inwestycja mogła obejmować więcej niż jeden budynek. Spór dotyczy tego, czy określona w opisie kryterium wartość min. 15 mln zł odnosiła się do jednego budynku, czy mogła odnosić się do większej liczby budynków zrealizowanych w ramach jednej inwestycji.

Ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego wynika, że Konsorcjum nieuzasadnienie otrzymało maksymalną liczbę punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy, bowiem jedna z pięciu wskazanych w załączniku 3a inwestycji nie spełnia wymogu określonego w części 11 pkt 4 SWZ, bowiem dotyczy budowy dwóch budynków o łącznej wartości 19 301 805,98 zł brutto, podczas gdy zgodnie z SWZ to wartość jednego budynku winna wynosić minimum 15 mln brutto, a Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że w ramach wskazanej inwestycji referencyjnej realizacja pojedynczego budynku była o wartości minimum 15 mln brutto. Nadto zdaniem Odwołującego to, że wartość inwestycji obejmującej dwa budynki wraz z infrastrukturą nieznacznie przekraczała 19 mln. zł, powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego wymagające wyjaśnienia, natomiast Zamawiający o nie wystąpił o takie wyjaśnienia przed przyznaniem punktów w tym kryterium.

Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego i Przystępującego wynika natomiast, że określona w opisie kryterium wartość min. 15 mln zł nie odnosi się do budynku, lecz do zamierzenia inwestycyjnego, które mogło obejmować więcej niż jeden budynek. W związku tym, Przystępujący także w poz. 4 złożonego załącznika 3a wskazał inwestycję, która spełnia postawiony w SWZ wymóg kryterium co do wartości.

Rozstrzygając ww. spór w pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że zarówno Zamawiający jak wykonawcy są związani postanowieniami SWZ, których zmiana po dacie składania ofert nie jest możliwa. Wprowadzenie takich zmian naruszałoby bowiem podstawowe zasady obowiązujące na gruncie zamówień publicznych, w tym zasadę przejrzystości.

W ocenie Izby obecnie prezentowany przez Zamawiającego i Przystępującego sposób rozumienia kryterium oceny ofert doświadczenie kierownika budowy wskazuje natomiast na nieuprawnioną próbę zmiany SWZ, poprzez wprowadzenie do tego kryterium nieistniejących w nim treści w miejsce tam zapisanych, tj. w miejsce występującego w nim odniesienia do budynku o wart. min. 15 mln, wprowadzenia odniesienia do zamierzenia inwestycyjnego o tej wartości. Zauważenia przy tym wymaga, że sam Przystępujący w swoim powyżej przedstawionym piśmie przyznaje, że taki sposób rozumienia kryterium nie wynika z interpretacji literalnej opisu kryterium, lecz podobnie jak Zamawiający próbuje wprowadzić inny opis kryterium używając określenia: zamierzenie inwestycyjne.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że ani Zamawiający ani Przystępujący nie wskazują, aby obowiązywała definicja termin zamierzenia inwestycyjnego, przedstawiana w obowiązujących przepisach, jak też, że w SWZ została sformułowana na użytek tego postępowania. Analiza SWZ prowadzi natomiast do wniosku, że nie występuje w niej

odniesienie do zamierzenia inwestycyjnego. W związku z tym użyty w SWZ w liczbie pojedynczej termin budynek, należy rozumieć zgodnie z zawartą w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tj. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.), z której wynika, że przez budynek *należy rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.* W pkt 1 tego artykułu został natomiast zdefiniowany obiekt budowlany *jako budynek, budowla bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych.*

W opisie kryterium Zamawiający podał bowiem co rozumienie przez robotę budowlaną tj., że chodzi o budowę/rozbudowę budynku o wartości minimum 15 mln zł. W związku z tym w ocenie Izby rozumienie terminu budynek, użytego w opisie spornego kryterium oceny ofert w liczbie pojedynczej nie powinno budzić wątpliwości, nawet, jeśli - jak podnosi Przystępujący – SWZ nie zawiera definicji budynku. Tym bardziej, jeżeli odnieść go do przedmiotu zamówienia, którym jest budowa budynku szkoły podstawowej, oraz zauważyć, że w opisie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w należytych wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie kubaturowego obiektu budowlanego tj. budynku użyteczności publicznej o kubaturze minimum 25 000m<sup>3</sup>, o wartości co najmniej 25 000 000 zł brutto każda z tych robót. Z SWZ wynika zatem, że Zamawiający zastosowanemu terminowi: "budynek" przypisywał znaczenie, które odpowiada jego definicji, i - w zależności od własnych wyborów - określał wymaganą liczbę budynków: przy określaniu warunku udziału w postępowaniu wskazując na dwa budynki, zaznaczając przy tym, że chodzi o budynki użyteczności publicznej i wprowadzając parametr objętości, zaś w kryterium oceny ofert wskazując na jeden budynek, bez szczególnych wymogów co do jego rodzaju, lecz z zaznaczeniem jego wartości i faktu pełnego zrealizowania, potwierdzonego m.in. pozwoleniem na użytkowanie.

W sytuacji zatem, gdy w opisie kryterium doświadczenie kierownika budowy Zamawiający jasno wskazał, że będzie oceniać doświadczenie kierownika budowy i przyznawać punkty za pełnienie funkcji kierownika budowy w zakresie posiadanych uprawnień w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, przy robocie budowlanej polegającej na budowie/rozbudowie budynku o wartości minimum 15 mln złotych brutto zaznaczając przy tym, że dotyczy to roboty budowlanej, zakończonej, której odbiór końcowy musiał być dokonany przed upływem terminu składania ofert, nadto oddanej do użytkowania na podstawie wydanej przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego decyzji zezwalającej na użytkowanie, to nie można przyjąć za uprawnioną obecnie

przedstawianego stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że podana w kryterium wartość nie odnosi się do wykonanego i oddanego do użytku budynku, lecz do nie występującego SWZ i nie zdefiniowanego na potrzeby postępowania zamierzenia inwestycyjnego.

Zauważenia wymaga, że jeżeli Zamawiający, jak twierdzi w odpowiedzi na odwołanie, miał inne intencje, niż przyznawanie w kryterium doświadczenie kierownika budowy punktów za doświadczenie osoby wskazanej przez wykonawcę do pełnienia tej funkcji przy budowie/rozbudowie budynku o wartości minimum 15 mln złotych brutto, tj. że chodziło mu o to, aby zamierzenie inwestycyjne o wskazanej wartości, bez względu na liczbę objętych nim budynków, to powinien tak to opisać w SWZ, przedstawiając w niej także sposób rozumienia takiego zamierzenia, tym bardziej, jeżeli zależałoby mu na tym, jak obecnie, aby było sfinalizowane przed terminem składania ofert w tym postępowaniu. Skoro Zamawiający w opisie spornego kryterium jednoznacznie odniósł wskazana w nim wartość 15 mln zł do jednego budynku, to nie może po otwarciu ofert tego zmieniać. W związku z tym jego twierdzenia zawarte w odpowiedzi na odwołanie i prezentowane na rozprawie, że celem tego kryterium jest weryfikacja czy kierownik budowy posiada doświadczenie w realizacji zamierzenia budowlanego polegającego na wykonaniu robót budowlanych o określonej wartości (wielkości zakresu rzeczowego robót budowlanych), a z perspektywy oceny takiego doświadczenia, wtórne znaczenie ma to, czy zamierzenie budowlane obejmowało jeden budynek, czy też obejmowało zespół budynków, ale realizowanych jako jedno zamierzenie budowlane i stanowi wynik całości robót budowlanych o wymaganej wartości, nadzorowanych przez kierownika budowy, nie można uznać za podstawę do usprawiedliwienia wprowadzania zmian postanowień SWZ po terminie składania ofert.

Z kolei, jeżeli Przystępujący miał zastrzeżenia do brzmienia spornego kryterium mógł np. wystąpić do Zamawiającego przed terminem składania ofert z sugestią jego zmiany lub dla stworzenia sobie szansy uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium, mógł wypełnić załącznik 3a wskazując na doświadczenie wpisujące się w opis kryterium, tym bardziej, że jak podał w swoim piśmie, wskazana przez niego osoba do pełnienia funkcji kierownika budowy może się wylegitymować doświadczeniem opisanym w SWZ. Na obecnym etapie postępowania przypisywanie jasnym postanowieniom SWZ innej treści niż literalnie w niej przedstawiona nie może korzystać z ochrony.

W ocenie Izby nie można podzielić argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, że inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, w tym Odwołujący, który w załączniku 3a wskazał na inwestycję dotyczącą kilku budynków, tak samo rozumieli to kryterium, przedstawionej na poparcie stanowiska, że w kryterium nie chodziło o wartość budynku, lecz zamierzenia inwestycyjnego, na co miałyby wskazywać, w ich ocenie, wprowadzenie w

części dotyczącej punktacji wskazania również na inwestycję. Po pierwsze, jak wynika z dokumentacji postępowania w postępowaniu zostało złożonych 7 ofert. Analiza załączników 3a złożonych w postępowaniu, wbrew sugestiom Zamawiającego i Przystępującego, prowadzi do wniosku, że zdecydowana większość wykonawców wskazała jedynie inwestycje dotyczące jednego budynku o wartości min. 15 mln zł, co oznacza, że rozumieli opis kryterium zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Po drugie, występuje istotna różnica pomiędzy treścią załącznika 3a złożonego przez Odwołującego, gdzie w poz. 2 została wskazana inwestycja Central Park Ursynów zad. 2A i 2B obejmująca kompleksową realizację budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą techniczną, drogami, dojazdami, oświetleniem zewnętrznym i innymi elementami zagospodarowania terenu o wartości 114 989 188,51 zł brutto ze wskazaniem kubatury budynków: 211 825,83 m<sup>3</sup>, a załącznika 3a poz. 4 złożonego przez Przystępującego, gdzie jest wskazanie na budowę 2 budynków wraz z infrastrukturą techniczną wewnętrzną i zewnętrzną z parkingami, drogą wewnętrzną z chodnikami i małą infrastrukturą o wartości inwestycji 19 301 805,98 zł. Nie można zatem zgodzić się z Zamawiającym, że treść obydwu dokumentów uprawniała go do przyjęcia, że ich ocena winna być analogiczna, tym bardziej bez wystąpienia o wyjaśnienia co do wartości budynków w ramach tych inwestycji.

W ocenie Izby o ile bowiem wartość ww. inwestycji wskazanej przez Odwołującego w łącznej kwocie 114 989 188,51 zł mogła pozwalać na przypuszczenie, że wyjaśnienia pozwolą na pozytywne rozwianie w tym zakresie wątpliwości, jak bowiem wynika z wyjaśnień Odwołującego przedstawionych na rozprawie, w ramach ww. inwestycji wybudowano 5 budynków, to już w przypadku inwestycji wskazanej w poz. 4 załącznika 3a złożonego przez Przystępującego, która obejmowała budowę dwóch takich samych budynków mieszkalnych, nie zostało zaprzeczone przez Przystępującego i co wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego w postaci m.in. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej tej inwestycji w Ostrowcu Świętokrzyskim wraz z infrastrukturą o łącznej wartości 19 301 805,98 zł czy przedmiarów robót dla bloków nr 1 i 2, już o takie przypuszczenie było trudniej. Nie oznacza to jednak, że również w tym przypadku Zamawiający przed przyznaniem punktów nie powinien wystąpić o wyjaśnienia.

W ocenie Izby prowadzana na równych zasadach ocena 7 załączników 3a złożonych przez wykonawców w postępowaniu, z których zdecydowana większość wskazywała na inwestycje dotyczące jednego budynku o wskazanej wartości, równe traktowanie wykonawców, wbrew temu, co wynika ze stanowiska prezentowanego przez Przystępującego, nie powinna polegać na tym, aby przyznać punkty za inwestycje obejmujące więcej niż jeden budynek, co do których treść załącznika 3a budziła wątpliwości co do wartości jednego budynku wybudowanego i oddanego do użytkowania w ich ramach,

lecz na tym, aby wyjaśnić te wątpliwości i dopiero po uzyskaniu wiedzy w tym zakresie, powinna zostać podjęta decyzja co do punktacji w kryterium doświadczenie kierownika budowy.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenie zarzucanych przez Odwołującego przepisów Pzp, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....