

**WYROK**  
**z dnia 21 stycznia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Protokolant:       Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez odwołującego: **J. F. „MATEO” Przedsiębiorstwo Budowlane Usługowo-Handlowe, ul. Lwowska 134a, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Akademia Wychowania Fizycznego im. Bronisława Czecha w Krakowie z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **TEXOM Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy TEXOM Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

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

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp pod nazwą: „Przebudowa Domu Studenckiego nr 1 w celu dostosowania do obowiązujących przepisów epidemiologicznych i technicznych - III etap”, dalej „Postępowanie”. Nr ogłoszenia 2021/BZP 00158958/01 z dnia 2021-08-24.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu.

Zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 223 ust. 1 w zw. art. 16 i 17 ust. 2 Pzp przez zmianę treści oferty Wykonawcy Texom sp. z o.o. (dalej: TEXOM) przez wpisanie w ust. 3c formularza oferty zamiast Pana inż. P. K., Pana Pan mgr. inż. G. C.;

2) Art. 239 ust. 1 w zw. art. 16 i 17 ust. 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert

- co narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania, a także skutkuje dokonaniem wyboru oferty Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Wnosi o uwzględnienie odwołania unieważnienie czynności wyboru oferty TEXOM, jako najkorzystniejszej; nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z postanowieniami dokumentów zamówienia oraz przepisami prawa.

W związku z odwołaniem z 2 listopada 2021 r. J. F. w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w dniu 18 listopada 2021 r.,

- uwzględnił zarzut odwołania wskazujący na naruszenie art. 128 ust. 1 i 2 Pzp, przez zaniechanie wezwania uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających dysponowanie przez Przystępującego kierownikiem robót branży sanitarnej, posiadającym co najmniej 5 letnie doświadczenie oraz uprawnienia, budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych i aktualne zaświadczenie z właściwej Izby Samorządu Zawodowego. Warunek określony został w 7.2. ppkt 2.2c SWZ.

Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych mimo, że złożone na wezwanie na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp środki dowodowe nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę wymienionego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający nieprawidłowo zweryfikował spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej przez przyjęcie osoby kierownika robót branży sanitarnej –P. K., nie posiadającego na dzień składania ofert aktualnego zaświadczenia z właściwej izby samorządu zawodowego (wpis do Izby Inżynierów Budownictwa).

W związku z powyższym TEXOM został wezwany do uzupełnienia braków w ofercie.

W uzupełnionych dokumentach Wykonawca przedstawił inną osobę niż ta, która została wskazana w pierwotnie złożonych podmiotowych środkach dowodowych. Zamawiający nie ocenił tego stanu rzeczy, jako skutkującego koniecznością odrzucenia oferty TEXOM na którejkolwiek z podstaw określonych w art. 226 Pzp. Zamawiający podkreślił przy tym, że rzeczona zmiana nie prowadziła do zmiany treści oferty wybranego Wykonawcy.

Drugie z ww. twierdzeń jest nieprawdziwe, P. K. został wprost wskazany w formularzu oferty w zw. z kryterium oceny ofert nr 3, tj. „doświadczenie kierownika budowy”.

Wskazany w uzupełnieniu dokumentów pismem TEXOM z 6 grudnia 2021 r. kierownik branży sanitarnej inż. G. C. mógł być osobą, która znalazła się w uzupełnionym w wyniku wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wykazie osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonym w punkcie 7.2. ppkt 2.2.c SWZ, ponieważ pierwotnie wymagania tego punktu SWZ nie zostały przez Wykonawcę TEXOM spełnione. W związku z tym uzupełnienie dokumentu „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” nie zostało dokonane z naruszeniem art. 128 Pzp.

Zamawiający nie miał prawa wpisać w formularzu oferty osoby G. C. w miejsce P. K. (a to byłoby niezbędne dla możliwości uwzględniania w ocenie kryterium „doświadczenie kierownika budowy” kierownika robót branży sanitarnej). Ustęp 3 lit. c formularza oferty brzmi: „3. Oświadczamy, iż dysponujemy: (UWAGA–TRZECIE KRYTERIUM OCENY OFERT) c) kierownikiem robót branży sanitarnej, posiadającym co najmniej 5 letnie doświadczenie, który w trakcie tego okresu nadzorował realizację budowy lub przebudowy budynku zamieszkania zbiorowego o kubaturze minimum 20 000 m<sup>3</sup> - Wykonawca musi wpisać TAK lub NIE (dane wskazanej osoby, obiektu, inwestora i wykonawcy).

Za sprzeczne z prawem oraz postanowieniami dokumentów zamówienia, należy uznać w ślad za uzupełnieniem załącznika do oferty, tj.: dokumentu „WYKAZ OSÓB /.../”, dokonanie zmiany formularza ofertowego, czyli treści samej oferty.

W kwestii sprzeczności z postanowieniami dokumentów zamówienia, należy podkreślić, że Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu, wskutek których zmodyfikował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Warunek otrzymał brzmienie: „7.2. 2 Zdolność techniczna lub zawodowa 2.Wykonawca winien wykazać, że dysponuje lub będzie dysponować co najmniej następującymi osobami: /.../ c) kierownikiem robót branży sanitarnej, posiadającym co najmniej 5 letnie doświadczenie oraz uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci,

instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych i aktualne zaświadczenie z właściwej Izby Samorządu Zawodowego. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na podstawie wykazu osób na zasadzie spełnia/nie spełnia. Ponadto, w wyjaśnieniach z 8 września 2021 r. Zamawiający zmienił w sposób kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia „wszystkich trzech kierowników budowy”.

Pkt. 21.2 ppkt. 3 SWZ otrzymał brzmienie:

„3. doświadczenie kierowników budowy. Zamawiający będzie punktował w tym kryterium doświadczenie wszystkich trzech kierowników budowy: /.../

c) kierownika robót branży sanitarnej, posiadającego co najmniej 5 letnie doświadczenie, który w trakcie tego okresu nadzorował realizację budowy lub przebudowy budynku zamieszkania zbiorowego o kubaturze minimum 20 000 m<sup>3</sup>– Zamawiający przyzna 4 punkty; brak kierownika spełniającego powyższe wymogi – 0 punktów.

Zakres punktów: 0 – 15 punktów. Maksymalnie Wykonawca może otrzymać 15 punktów. Wykonawca na formularzu oferty przy każdym z trzech powyższych kierowników, spełniających określone wymogi wpisze TAK lub NIE.

W przypadku braku potwierdzenia w formularzu oferty dysponowania którymkolwiek z trzech powyższych kierowników, spełniających określone wymogi – Zamawiający uzna za jego brak i nie przyzna punktów – odpowiednio 7 lub 4 lub 4).

W celu oceny oferty w tym kryterium Wykonawca zobowiązany jest wskazać w formularzu oferty imię, nazwisko danego kierownika, doświadczenie, kubaturę obiektu i dane podmiotu(adres, numer telefonu), którego realizację nadzorował.

UWAGA: Zamawiający przypomina, że dowolność w kryterium nie zwalnia Wykonawcy ze spełnienia warunku określonego w pkt. 7.2 SWZ odnośnie konieczności posiadania kierowników w powyższych branżach. Ponadto wskazane w tym kryterium osoby muszą się pokrywać z osobami wskazanymi w wykazie osób składanym na wezwanie Zamawiającego, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.” (treść cytowana wyżej ujęta była w tabeli – przyp. KIO).

UWAGA w powyższej tabeli opisującej kryteria oceny ofert jednoznacznie wskazuje na intencje i sposób rozumienia kryterium przez Zamawiającego. Wykazanie osoby potwierdzającej spełnienie warunku, nie oznacza automatycznie zaoferowania jej w formularzu ofertowym.

Wykazany przez Wykonawcę TEXOM kierownik robót sanitarnych Pan P. K. legitymował się wieloletnim doświadczeniem i warunek w tym zakresie był spełniony. Osoba ta nie mogła wykazać się jednak aktualnych zaświadczeniem z właściwej Izby Samorządu Zawodowego, co przyznał Zamawiający uznając odwołanie w tym zakresie. Skoro wskazane w ww. kryterium osoby muszą się pokrywać z osobami wskazanymi w wykazie osób składanym na

wezwanie Zamawiającego, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, to oznacza to, że kwalifikacje tej samej osoby podlegałyby ocenie w ramach kryterium oceny ofert, jednak ze względu na brak możliwości dokonania zmiany treści oferty po terminie składania ofert, należy uznać, że uzupełnienie osoby kierownika robót sanitarnych mogło nastąpić jedynie w związku z koniecznością potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, co jest zgodne z art. 128 ust. 1 Pzp, ale nie mogło prowadzić do zmian w formularzu oferty, co stanowi naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp. Zatem należy uznać, że pomimo uzupełnienia dokumentu „WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONYWANIU ZAMÓWIENIA” (o określoną osobę w tym dokumencie), w formularzu oferty nie było kierownika robót sanitarnych, za którego w świetle postanowień SWZ Wykonawca TEXOM mógł uzyskać punkty, bo pierwotnie wskazany nie spełniał wymagań.)

Ze względu zatem na wymagania związane z oceną kryterium oceny ofert, tj. „doświadczenia kierowników budowy” i brakiem możliwości dokonywania zmian w treści oferty, należy zakwestionować możliwość uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert w odniesieniu do kierownika robót sanitarnych po uzupełnieniu „braków oferty” w dniu 6 grudnia 2021 r.

W związku z wykonaniem niezgodnej z przepisami ustawy czynności wprowadzenia bezprawnych zmian do formularza oferty Odwołujący zarzuca także naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W dniu 29 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował ponownie o wyborze oferty Wykonawcy TEXOM, jako najkorzystniejszej. Oferta TEXOM otrzymała 100 pkt, Odwołującego 97,11 pkt.

Dokonanie zmiany w treści oferty oraz przyznanie punktów TEXOM w zakresie kryterium „doświadczenia kierowników budowy” spowodowało, że Zamawiający dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy. Gdyby Zamawiający ocenił ofertę tego Wykonawcy na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia i zgodnie z przepisami prawa, to TEXOM otrzymałby o 4 pkt mniej, czyli 96 pkt, bo za kierownika robót sanitarnych otrzymałby 0 pkt. To oferta Odwołującego, z przewagą 1,11 pkt zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Oferta TEXOM w świetle postanowień SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, nie jest ofertą najkorzystniejszą i została wybrana bezprawnie.

Nie można zgodzić się z uzasadnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej, w którym Zamawiający stwierdził, że: W tym stanie rzeczy Zamawiający ocenił, że stoi wobec konieczności - po dokonaniu ponownej oceny ofert — do ponownego wyboru oferty TEXOM jako najkorzystniejszej. Zamawiającemu znane są zasadnicze tezy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (np. KIO 884/17), zgodnie z treścią których podobne stany faktyczne

prowadziły do dyskwalifikacji o stanach faktycznych. Tym niemniej, Zamawiający jest zdania, że w przedmiotowym przypadku brak jest zarówno odrzucenia oferty TEXOM, jak i do zmiany punktacji przyznanej TEXOM w ramach kryterium osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

Przemawiają za tym wymienione niżej argumenty. W pierwszej kolejności należy zważyć, że w aspekcie badania osoby wyznaczonej na stanowisko kierownika branży sanitarnej, dochodzi do zbieżności badania w zakresie przedmiotowym i podmiotowym. Innymi te same fakty skutkują badaniem treści oferty (strona przedmiotowa) jak i zdolności podmiotowej wykonawcy (strona podmiotowa). Należy jednak zwrócić uwagę, że zbieżność ta materializuje się bardziej na płaszczyźnie faktycznej, natomiast zbieżność prawnej ma charakter jedynie pozorny. Otóż nie ulega wątpliwości, że w zakresie w jakim dochodziło do badania spełnienia waru postępowaniu zasoby Wykonawcy badane są na podstawie podmiotowych środków dowodowych. Natomiast doświadczenie wyznaczonego do realizacji zamówienia kierownika branży elektrycznej w przekraczały minimum wyznaczone treścią odnośnego warunku udziału w postępowaniu i po badane są na podstawie treści oferty. Inaczej rzecz ujmując, podlegające punktacji doświadczenie odnosi się do sposobu spełnienia świadczenia przez wykonawcę. Dodatkowe punkty uzyskiwane są za to, że zgodnie ze złożonym oświadczeniem woli, że będzie wykonywał przedmiot zamówienia objęty ofertą przy udziale personelu o podwyższonych kwalifikacjach. Nie jest przy tym istotne jaka konkretnie osoba będzie nosicielem tego doświadczenia. Istotnym jest, żeby osoba ta miała właśnie takie kwalifikacje jakie odpowiadają treści złożonej oferty. Nie ulega wątpliwości, że w zakresie w jakim mamy do czynienia z potwierdzaniem spełniania w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem branży elektrycznej(przypis Odwołującego - błąd: sanitarnej), w okolicznościach opisanych w art. 128 p.z.p przepis ten ma zastosowanie. Wykonawca wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych musi wskazać konkretną osobę będącą nosicielem doświadczenia. Dokonuje oświadczenia wiedzy wykonawcy, który w wykazie osób wyznaczonych do realizacji zamówień o istniejącym stanie zasobów ludzkich pozostających w jego dyspozycji. Nie ulega też dozwolona jest zmiana jednej osoby na inną.

Zamawiający sam stwierdził, że jedyne wątpliwości dotyczą kwestii punktacji w ramach kryteriów oceny ofert. Sam podkreślił, że: KIO w przywołanym wyroku wskazała, że: „Akceptacja takiego stanu rzeczy prowadziłaby do tego, iż wykonawcy mogliby uzupełniać/ zmieniać informacje/ dokumenty podlegające badaniu w ramach kryteriów oceny ofert po zapoznaniu się innymi ofertami ilością np. doświadczenia wskazaną przez pozostałe podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia”. Zupełnie bezpodstawnie jednak uznał (myląc kwestię spełniania warunków i możliwości uzupełniania oświadczeń lub dokumentów na ich potwierdzenie, z kwestią oceny oferty i zakazem zmiany ich treści po terminie

składania ofert, w szczególności przez Zamawiającego. W przekonaniu Zamawiającego, zaprezentowane wyżej stanowisko, zastosowane wprost do przedmiotowego postępowania, prowadziłyby do paradoksalnych rezultatów. To właśnie nieprzyznanie punktów w kryterium doświadczenia personelu skutkowałoby niedozwoloną zmianą treści oferty. Zamawiający — dzieląc w tym zakresie stanowisko KIO - nie ma jakichkolwiek wątpliwości co do tego, że zmiana osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia nie może prowadzić do przyznania dodatkowej ilości punktów. W oczywisty sposób prowadziłyby to do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia reguły uczciwej konkurencji. Należy jednak zauważyć, że do takiego samego rezultatu mogłoby prowadzić dopuszczenie do sytuacji obniżenia ilości przyznanych punktów. Wykonawca znający ilość przyznanych punktów innym wykonawcom — w przypadku w którym jego oferta miałaby dostateczną przewagę punktową - mógłby zmieniać osoby wyznaczone do realizacji zamówienia, tym samym obniżając walory swojej oferty, przy zachowaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. (...) Całkowicie też bezprawne jest twierdzenie (w części dotyczącej oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert), że: Wobec zaprezentowanych wyżej argumentów Zamawiający stoi na stanowisku, że podjęta przez niego czynność ponownej oceny ofert w rezultacie której doszło do ponownego wyboru złożonej przez TEXOM oferty jako najkorzystniejszej, była jedyną dopuszczalną. Czynność ta nie naruszała reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także była zgodna z naruszającym (przypis Odwołującego - błąd? Zbędne słowo „naruszającym”?) art. 128 pzp i art. 239 pzp.

Należy przywołać jeszcze fakt, że, jak zwrócił uwagę sam Zamawiający, w piśmie z 8 września 2021 r. udzielając wyjaśnień do SWZ, nie należy mylić kryteriów oceny ofert z warunkami udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził przy tym, że: Tylko w kryterium oceny ofert określono, iż punktowane dodatkowo będzie doświadczenie kierowników budowy w nadzorowaniu realizacji budowy lub przebudowy budynku zamieszkania zbiorowego o kubaturze minimum 20 000 m<sup>3</sup>. Nie eliminuje to w żadnym przypadku udziału Wykonawcy w postępowaniu, a tylko pozwala uzyskać punkty w jednym z trzech kryteriów oceny ofert, które Zamawiający opisał w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

Zatem nawet poprawne uzupełnienie dokumentów potwierdzających kwalifikacje kierownika nie mogło doprowadzić do tego, że Wykonawca w ramach omawianego kryterium oceny ofert mógłby uzyskać dodatkowe punkty.

Naruszanie zasad określonych art. 16 stanowi zarzut towarzyszący naruszeniem innych przepisów Pzp w toku postępowania. Orzecznictwo wskazuje, że naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców są najczęstszą przyczyną odwołań.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości,

Stwierdził, że ewentualne rozstrzygnięcie odwołania po jego myśli mogłoby skutkować modyfikacją linii orzeczniczej odnoszącej się do spraw podobnych do przedmiotowej, a wyznaczonej m.in. wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej KIO 884/17, KIO 807/18, KIO 2234/20, KIO 2633/20, KIO 2634/20.

Podkreślił złożoność prawną spornego zagadnienia. Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Wskazał, że w ramach czynności badania i oceny ofert w ramach kryterium organizacji, kwalifikacji i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia dochodzi do swoistej zbieżności badania ofert w zakresie przedmiotowym i podmiotowym.

Te same fakty skutkują badaniem treści oferty od strony przedmiotowej (gdzie badane są oświadczenia woli wykonawcy odnoszące się do świadczeń przyszłych) jak i zdolności podmiotowej wykonawcy (gdzie badane są oświadczenia wiedzy wykonawcy odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu wykazywanych w momencie składania ofert). Zbieżność ta materializuje się bardziej na płaszczyźnie faktycznej, natomiast zbieżność na płaszczyźnie prawnej ma charakter jedynie pozorny. Prawidłowo rzecz biorąc ocena prawna odbywa się rozdzielnie dla obu tych aspektów, a w związku z tym, jak zostanie to szczegółowo wykazane, Zamawiający był uprawniony i zobowiązany do wyboru oferty TEXOM jako najkorzystniejszej.

Ad. Zarzut nr 1)

1. Istota zarzut Odwołującego wyraża się stwierdzeniu zawartym na str. 4 czwartej odwołania: „W żadnym razie Zamawiający nie miał prawa wpisać w formularzu oferty osoby Pana mgr. inż. G. C. w miejsce Pana inż. P. K. (a to byłoby niezbędne dla możliwości uwzględnienia w ocenie kryterium „doświadczenie kierownika budowy” kierownika robót branży sanitarnej).”

Przywołane tu stwierdzenie oddaje z jednej strony istotę zarzutu, z drugiej zaś, wskazuje na błąd rozumowania, którego dopuszcza się Odwołujący. Otóż twierdzi On, że dla konieczności przyznania TEXOM punktów w kryterium doświadczenia kierownika branży sanitarnej niezbędne było, by Zamawiający „wpisał go do formularza ofertowego” Stanowi to oczywistą nadinterpretację powołanych przez Odwołującego postanowień SWZ. Czynności podjęte przez Zamawiającego ograniczyły się bowiem do zastosowania art. 128 pzp oraz 239 pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie punkty w kryterium doświadczenie personelu były przyznawane za wyznaczenie do realizacji zadania kierownika budowy o określonym, podwyższonym doświadczeniu zawodowym. Natomiast sposób w jaki badane było owo doświadczenie wyznaczony jest treścią normy zawartej w art. 242 ust. 2 pkt. 5 pzp. Przepis ten stanowi, że: kryterium jakościowym może być: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (...). Przepis należy oczywiście



łączyć z art. 241 ust. 1 pzp stanowiącym, że kryteria oceny ofert muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia.

2. Wynika z tego, że art. 242 ust. 2 pkt. 5 pzp nakazuje badać atrybuty osób przy pomocy których Wykonawca zobowiązał się świadczyć przyszłe zamówienie. Płyną z tego trojakiemu rodzaju wnioski:

- po pierwsze, że punkty w kryterium doświadczenia personelu są przyznawane za sposób w jaki to świadczenie (przedmiot zamówienia) będzie realizowane. Dokładniej rzecz ujmując za to, jakimi cechami będą legitymować się osoby wykonujące zamówienie. Oznacza to, że punkty przyznawane są w odniesieniu do treści oświadczenia woli odnoszącego się do przedmiotu przyszłego zamówienia.

- po drugie, – co wynika również ze zdania poprzedniego – że punkty są przyznawane za kwalifikacje zawodowe i doświadczenie, której nosicielem jest konkretna osoba. Nie są natomiast przyznawane za „bycie” konkretną osobą.

- po trzecie – że punkty nie są przyznawane za dysponowanie osobami na etapie realizacji zamówienia. W tym znaczeniu treść formularza ofertowego, w jej części gdzie znajduje się oświadczenie Wykonawcy, że „dysponuje” on osobami do realizacji zamówienia nie oddaje w pełni prawnego mechanizmu oceny ofert. Zapis ten brzmi:

„Oświadczamy, iż dysponujemy: (UWAGA–TRZECIE KRYTERIUM OCENY OFERT) c) kierownikiem robót branży sanitarnej, posiadającym” i sugeruje, że idzie tu o potwierdzenie dysponowania osobą na moment składania ofert. Podczas gdy w istocie idzie tu o część deklaracji odnoszącej się do przyszłego zamówienia. Zatem, z mocy art. 242 ust. 2 pkt. 5 pzp, zapis ten należy rozumieć w ten sposób, że na stanowisko kierownika Wykonawca wyznacza osobę która posiada podlegające punktacji doświadczenie zawodowe. Jednakowoż nawet jeżeli ów zapis nie w pełni oddaje sens omawianego przepisu, to przecież Zamawiający treścią swojego zapisu nie pozostawał w mocy do zmodyfikowania jego treści. Tak samo jak nie był w stanie (i nie czynił tego) stosować przepis w zmienionym sensie. A na taki właśnie sens – niezgodny z art. 242 ust. 2 pkt 5 pzp – powołuje się Odwołujący i z niego stara się wyprowadzać zeń korzystne dla siebie twierdzenia.

3. Wskazane powyżej argumenty mają doniosłe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Skoro bowiem punkty nie były przyznawane za bycie konkretną osobą, logiczną konsekwencją powyższego jest stwierdzenie, że zmiana osoby Pana K. na osobę Pana C. nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Podkreślić przy tym należy, że bez względu na to czy Wykonawca posługiwałby się przy realizacji zamówienia osobą Pana C., Pana K. czy też innej osoby będącej nosicielem analogicznego doświadczenia zawodowego, zadeklarowany w ofercie sposób spełnienia świadczenia pozostałby niezmienny. O sposobie tym, nie przesądzają przecież w jakimkolwiek stopniu specyficzne przymioty

tudzież właściwości Panów C. bądź K. jako indywidualów. Znaczenie takie mają natomiast - zdefiniowane, a podlegające ocenie w ramach kryteriów - ich doświadczenie zawodowe.

Tym samym nie może być mowy o jakiegokolwiek zmianie w obrębie treści oferty TEXOM albowiem nie doszło do jakiegokolwiek w obrębie jego oświadczenia woli, zgodnie z którym na stanowisko kierownika budowy wyznaczył on osobę która posiada podlegające punktacji doświadczenie zawodowe.

Powyższe prowadzi do wniosku, że nie może być mowy o naruszeniu art. 223 ust. 1 pzp.

Ad. Zarzut nr 2)

4. Należy przy tym zgodzić się z Odwołującym, że uzupełnienie osoby kierownika robót sanitarnych mogło nastąpić jedynie w związku z koniecznością potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, co jest zgodne z art. 128 ust. 1 pzp..

Wykonawca wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych musi wskazać konkretną osobę będącą nosicielem doświadczenia. Dokonuje się to w ramach oświadczenia wiedzy wykonawcy, który w wykazie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia zaświadcza o istniejącym stanie zasobów ludzkich pozostających w jego dyspozycji. Nie ulega też wątpliwości, że dozwolona jest zmiana jednej osoby na inną.

Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym wyżej wyroku wskazała, że: „Akceptacja takiego stanu rzeczy prowadziłaby do tego, iż wykonawcy mogliby uzupełniać/ zmieniać informacje/ dokumenty podlegające badaniu w ramach kryteriów oceny ofert po zapoznaniu się z innymi ofertami i ilością np. doświadczenia wskazaną przez pozostałe podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia”. Jednak w przekonaniu Zamawiającego, zaprezentowane wyżej stanowisko, zastosowane wprost do przedmiotowego postępowania, prowadziłoby do paradoksalnych rezultatów. To właśnie nieprzyznanie punktów w kryterium doświadczenia personelu skutkowałoby niedozwoloną zmianą treści oferty. Zamawiający nie ma wątpliwości co do tego, że zmiana osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia nie może prowadzić do przyznania dodatkowej ilości punktów. W oczywisty sposób prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia reguły uczciwej konkurencji. Należy jednak zauważyć, że do takiego samego rezultatu mogłoby prowadzić dopuszczenie do sytuacji obniżenia ilości przyznanych punktów. Wykonawca znający ilość przyznanych punktów innym wykonawcom – w przypadku w którym jego oferta miałaby dostateczną przewagę punktową - mógłby zmieniać osoby wyznaczone do realizacji zamówienia, tym samym obniżając walory swojej oferty, przy zachowaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Istnieją racjonalne podstawy do przyjmowania, że koszt pozyskania personelu o mniejszym doświadczeniu zawodowym, jest niższy niż koszt pozyskania osób wysoce kwalifikowanych (których doświadczenie jest najczęściej punktowane). To z kolei prowadzi do wniosku, że wykonawcy zyskiwaliby możliwość poprawiania swojego położenia względem Zamawiającego poprzez

obniżanie kosztów własnych i to już po upływie terminu składania ofert. Jednakże skutek wywoływałyby przecież podniesienie po otwarciu ofert zaoferowanej ceny.

5. Należy również mieć na względzie zapis SWZ zgodnie z treścią którego „osoba wskazana w kryteriach musi być tą samą która jest wskazana w warunku udziału w postępowaniu”. A zatem postępowanie Zamawiającego było jedynym możliwym. Rozumowanie przeciwne prowadziłoby zasadniczo do wyłączenia możliwości skutecznego uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przecież postępując w zgodzie z postulatem wyrażonym w odwołaniu w każdym przypadku zastosowanie art. 128 pzp w odniesieniu do personelu w zasadzie każdorazowo prowadziłoby do zmiany osoby tamże wskazanej.

6. Wobec zaprezentowanych argumentów Zamawiający stoi na stanowisku, że podjęta przez niego czynność ponownej oceny ofert, w rezultacie której doszło do ponownego wyboru złożonej przez TEXOM oferty jako najkorzystniejszej, była jedyną dopuszczalną. Czynność ta nie naruszała reguł uczciwej konkurencji ani równego traktowania wykonawców, a także była zgodna z art. 128 z art. 223 i art. 239 pzp. W tym stanie rzeczy nie mogło również dojść do naruszenia art. 16 i 17 pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Texom sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Strony przedstawiły stanowiska na rozprawie podtrzymując wcześniej sformułowane na piśmie.

Odwołujący stwierdził, wskazał na przedmiot sporu dotyczący relacji warunku udziału w postępowaniu z kryteriami oceny ofert z pozacenowymi kryteriami oceny ofert. Podkreślił niedopuszczalność zmiany w treści oferty po terminie jej składania, z wyjątkiem wskazań ustawowych niemających w sprawie zastosowania. Stwierdził, że uznanie działań Zamawiającego za dopuszczalne prowadziłoby do szeregu zmian w toku badania ofert i wyniku tych badań oraz niewiadomych w zakresie wyboru oferty. Przypomniał wymagania, treść formularza, wymóg niezmienności treści oferty i odmienne cechy wymienionych osób. Przypomniał także wiążący charakter specyfikacji oraz złożonej oferty. Stwierdził, że uzupełnienie oferty, jakie miało miejsce w sprawie, nie pozwalało na przyznanie punktów w przedmiotowym kryterium, skoro osoba przedstawiona w ofercie pierwotnie nie spełnia warunku.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Zauważył, że fakt zamiany p. K. na p. C. wywołał skutek w dwóch obszarach:

1. W zakresie spełnienia warunku udziału opisanego w SWZ (art. 108, 109, 128 pzp), stanowiącego oświadczenie wiedzy;

2. Oświadczenia woli, co do deklarowanego sposobu wykonania zamówienia (art. 242 ust. 1 pkt 5 pzp) – jakość i kryteria oceny oferty.

Stwierdził, że nie miała miejsca zmiana oferty. Nie zmieniono oświadczenia woli, także w zakresie doświadczenia, jakie będzie miał kierownik budowy branży sanitarnej. Dane personalne osoby nie mają znaczenia przy niezmienionym doświadczeniu opisanym w samym formularzu ofertowym. Istotą jest wymagane doświadczenie lub podwyższone i punktowane doświadczenie zawodowe. W niniejszej sprawie, nawet hipotetycznie nie mogłoby dojść do zmiany oceny ofert. Ponadto zauważył, że nie jest kwestionowana czynność wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co miało miejsce ze skutkiem w postaci podjętych czynności. Zauważył także, iż ta czynność jest zgodna z postanowieniem specyfikacji co do wymogu zgodności informacji o osobie w zakresie doświadczenia i kryteriów. Przypomniał, że przy wymaganym doświadczeniu 5 lat punktowane było każde doświadczenie powyżej tego progu, a taka sytuacja miała miejsce w sprawie w odniesieniu do obydwu wymienionych osób. Podkreśla ponownie rozumienie warunku udziału oraz kryterium i konieczność rozróżnienia. W rozpatrywanym stanie faktycznym nie miał innej możliwości działania w wyniku uprzedniego uwzględnienia zarzutu. Zauważył, że wbrew stanowisku Odwołującego nie było możliwości obniżenia punktacji w tym przyznania „0 pkt”, gdyż takie działanie oznaczałoby zmianę treści oferty i byłoby niezgodne z art. 223 PZP.

Przystępujący: Podkreślił niezmiennosc złożonej oferty, także w zakresie informacji o doświadczeniu. Złożył pismo procesowe popierając stanowisko zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W treści odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów p.z.p:

1) art. 223 ust. 1 w zw. art. 16 i 17 ust. 2 Pzp poprzez zmianę treści oferty Wykonawcy Texom Sp. z o.o., poprzez wpisanie w ust. 3 lit. c formularza oferty zamiast pana inż. P. K., pana mgr. inż. G. C. ;

2) Art. 239 ust. 1 w zw. art. 16 i 17 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Mając na uwadze, że kluczowy zarzut odwołania wskazuje na czynność dokonania przez zamawiającego zmiany treści oferty wykonawcy (przystępującego) poprzez dokonanie wpisu w formularzu ofertowym w sposób wskazany powyżej, jako naruszający art. 223 ust. 1 ustawy pzp (zarzut 1), należy wskazać na pojęcie oferty przyjmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady przyjęć należy, stosownie do art. 8 ustawy pzp, rozumienie oferty zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego, jednakże z uwzględnieniem

specyficznych dla zamówień publicznych rozwiązań odnoszących się do takich kwestii, jak np. związanie ofertą (początek związania ofertą i upływ okresu związania ofertą) lub konieczność stosowania, poddanych ogólnym zasadom rządzącym zamówieniami publicznymi, formalnych czynności proceduralnych wynikających z zastosowania określonego trybu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd samo pojęcie „oferta” w Pzp nie zawsze odpowiada definicji kodeksowej i jest ono traktowane w sposób funkcjonalny. Co istotne dla sprawy rozpatrywanej, ustawa odróżnia ofertę od przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych, co wynika bezpośrednio z treści przepisów, np. jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą (art. 107 ust. 1). Oferta nie zawsze zatem ma postać jednego dokumentu, nie zawsze również wszystkie treści zawarte w ustalonym przez zamawiającego formularzu ofertowym, jakkolwiek wymagane, stanowią treść oferty.

W sprawie rozpatrywanej, w ocenie składu orzekającego, sporna treść zawierająca oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej osoby kierownika robót branży sanitarnej jest, jak słusznie wskazał zamawiający, oświadczeniem wiedzy wykonawcy dotyczącym spełnienia przez niego tegoż warunku podmiotowego. Oświadczenie to wymagane postanowieniami specyfikacji i treścią formularza ofertowego, nie jest jednak wprost treścią oferty i stosownie do art. 128 pzp pozwalającym uzupełnienie dokumentu wymagało potwierdzenia wymaganym podmiotowym środkiem dowodowym. Wezwanie dotyczące tej kwestii zamawiający wystosował do wykonawcy dnia 29 listopada 2021 r.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedstawił inną osobę niż ta, która została wskazana w pierwotnie złożonych podmiotowych środkach dowodowych.

Przypomnienia i podkreślenia wymaga okoliczność, że dysponowanie określonym doświadczeniem zawodowym z deklaracją wykorzystania tego doświadczenia, tu doświadczenia kierownika robót sanitarnych, stanowiło niespornie kryterium oceny ofert punktowane stosownie do postanowień specyfikacji.

Podzielając pogląd, że uzasadnione jest przyjęcie, iż treść przedstawionego doświadczenia jakkolwiek zawiera oświadczenie woli (deklarację) o wykorzystaniu wymaganego doświadczenia w ramach realizacji zamówienia, równie nie stanowi części oferty rozumianej ściśle, to jednocześnie należy zauważyć, iż jest to oświadczenie składane wraz z ofertą na potwierdzenie w istocie jakości planowanych prac i z tej racji ma charakter przedmiotowy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W tym zakresie ma zastosowanie art. 107 ustawy pzp dotyczący przedmiotowych środków dowodowych, które co do zasady składane są wraz z ofertą, a podlegają ewentualnemu późniejszemu złożeniu lub uzupełnieniu na wezwanie zamawiającego. Jednakże niedopuszczalne jest uzupełnianie przedmiotowych dokumentów, jeżeli mają one potwierdzić zgodność oświadczenia z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, na co jednoznacznie wskazuje przepis art. 107 ust. 3 ustawy pzp.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że zamawiający nie dokonał zmiany treści oferty zdefiniowanej powyżej i w sposób uprawniony uznał, że na potwierdzenie spornego spełniania wykonawca w wyniku wezwania przedstawił osobę p. G. C., a zmiana ta nie naruszyła przepisu art. 126 i 128 ustawy pzp.

Jednocześnie jednak wymaga podkreślenia, że oświadczenie zawierające dane podlegające ocenie w zakresie kryteriów oceny oferty określonych w swz jako niepodlegające zmianie, stosownie do wyżej wskazanych podstaw prawnych, nie mogło ulec modyfikacji wobec ustawowej niedopuszczalności.

Wypada w tym miejscu przypomnieć, że zamawiający, uwzględniając w poprzednim postępowaniu odwoławczym zarzut braku wskazania wymaganego zaświadczenia z właściwej Izby Samorządu Zawodowego dotyczącego wskazanej na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, osoby. W tym też zakresie zadeklarował podjął dnia 29 listopada 2021 r. czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia braku „w ofercie”.

Trudno odmówić słuszności tezie zamawiającego, że w ciągu omawianych zdarzeń doszło do do swoistej zbieżności badania ofert (dokumentów ofertowych – przypisek KIO) w zakresie przedmiotowym i podmiotowym.

Istotnie, te same fakty skutkują badaniem treści oferty od strony przedmiotowej (gdzie badane są oświadczenia woli wykonawcy odnoszące się do świadczeń przyszłych) jak i zdolności podmiotowej wykonawcy (gdzie badane są oświadczenia wiedzy wykonawcy odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu wykazywanych w momencie składania ofert. Rzeczywiście zbieżność ta materializuje się na płaszczyźnie faktycznej, natomiast na płaszczyźnie prawnej ma charakter odmienny. Prawidłowo rzecz biorąc ocena prawna odbywa się rozdzielnie dla obu tych aspektów.

Izba podziela ten podgląd wskazując na uprawnione uzupełnienie oświadczenia w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu. To jest aspekt pierwszy i uznany.

Wszelako aspekt drugi napotyka się na prawną przeszkodę w postaci niemożności uznania za dopuszczalną następczą zmianę w oświadczeniu wykonawcy co do treści, które są podstawą oceny oferty w ustalonych i niezmiennych kryteriach.

Doświadczenie zawodowe w tym zakresie jest, wbrew stanowisku zamawiającego, immanentnie powiązane z osobą, która, jak to określono, jest tego doświadczenia nosicielem. W ocenie składu orzekającego nie ma podstaw do twierdzenia, by owo doświadczenie niejako zostało „oderwane” od nosiciela i mimo to pozostawało aktualne i prawidłowe, mimo jego (nosiciela) zmiany) i podlegało pozytywnej ocenie.

Skoro zamawiający w obowiązujących postanowieniach specyfikacji postawił jednoznaczne *iunctim* osoby uosabiającej określone doświadczenie zawodowe zarówno w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu jak dla celów dokonania oceny oferty w ramach przyjętych pozacenowych kryteriów, co zostało kilkakrotnie podkreślone w specyfikacji stosownymi „Uwagami”, nie ma podstaw do przyjęcia za możliwe, by było uprawnione przyznanie, że całkowicie odrębne jest doświadczenie zawodowe przedstawione na potrzebę potwierdzenia spełnienia warunku udziału, a odrębnie doświadczenie innej nowo-wskazanej osoby na potrzeby oceny w ramach kryteriów.

W świetle powyższego Izba stwierdza, że w czynnościach zamawiającego nie nastąpiła zmiana treści oferty definiowanej *sensu stricto*, przez dokonanie wpisu nowych treści.

Należy przy tym zgodzić się z Odwołującym, że uzupełnienie osoby kierownika robót sanitarnych mogło nastąpić jedynie w związku z koniecznością potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, co jest zgodne z art. 128 ust. 1 pzp..

Natomiast, w aspekcie drugim, zamawiający nie miał prawa wpisać w formularzu oferty osoby G. C. w miejsce P. K., co byłoby niezbędne dla możliwości uwzględnienia w ocenie kryterium „doświadczenie kierownika budowy” kierownika robót branży sanitarnej.

Zatem mimo braku zmiany treści oferty w toku czynności dokonana została zmiana niedopuszczalna przepisem art. 107 ustawy pzp zmiana bezpośrednio dotycząca kryterium oceny ofert.

Rzecz ujmując lapidarnie należy tym samym stwierdzić, że od dnia otwarcia ofert, zarówno wykonawca, jak i zamawiający nie są uprawnieni do dokonywania zmian w dokumentacji ofertowej w zakresie, w jakim dotyczy to samej oferty, jak i oświadczeń stanowiących kryteria oceny ofert a zatem wszystkich kryteriów, w tym pozacenowych. Nawet, gdyby termin złożenia takiego dowodu był inny, to pozostaje w zakresie będącym przedmiotem rozpoznania, obowiązująca zasada jednokrotności bez prawa jego zmiany lub uzupełnienia.

Z uwagi na powyższe, pomimo stwierdzenia, iż zamawiający nie dokonał zmiany treści oferty, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy pzp wobec nieprzedstawienia przez wykonawcę wymaganego środka dowodowego w terminie wyznaczonym jako dzień otwarcia ofert zgodnie z art. 107 ustawy pzp.

Jedynie tytułem przypomnienia należy wskazać, że zamawiający uwzględniając uprzedni zarzut odwołania zadeklarował ponowne zweryfikowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wskazanej osoby kierownika nie posiadającego na dzień składania ofert aktualnego zaświadczenia z właściwej izby samorządu zawodowego. W takim zakresie ustalenie zostało przeprowadzone poprawnie, co pozostaje jednak bez wpływu na rozstrzygnięcie w sprawie niniejszej.

Mając na względzie stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp.

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

.....