

**WYROK**

**z dnia 30 listopada 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **25 listopada 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **9 listopada 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe WAPNOPOL A. N., Głinojeck**

w postępowaniu pn. *Rozbudowa drogi powiatowej nr 2359W Radzanów-Drzazga wraz z mostem o JNI 01005659 na rzece Wkra* (nr postępowania PZD.DT-2310.10.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Mławski – Powiatowy Zarząd Dróg w Mławie**

przy udziale wykonawcy: **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu – dokonanie oceny oferty Odwołującego w kryterium „Doświadczenia zawodowego Kierownika Robót Mostowych” na podstawie oświadczenia złożonego przez Odwołującego w formularzu oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.**

**Sygn. akt KIO 3312/21**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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**.

## Uzasadnienie

Powiat Mławski – Powiatowy Zarząd Dróg w Mławie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Rozbudowa drogi powiatowej nr 2359W Radzanów-Drzazga wraz z mostem o JNI 01005659 na rzece Wkra* (nr postępowania PZD.DT-2310.10.2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 19 sierpnia 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00154526.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

5 listopada 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej: „Strabag” lub „Przystępujący”}.

9 listopada 2021 r. Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe WAPNOPOL A. N. z Głinojecka {dalej: „Wapnopol” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 – przez zaniechanie przyznania ofercie Wapnopolu 10 punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia kierownika robót mostowych, pomimo że osoba wskazana do pełnienia tej funkcji posiada doświadczenie, które według postanowień SWZ uzasadnia przyznanie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, uwzględniając oświadczenie złożone na formularzu oferty, jak również treść podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób, wykazu doświadczenia wykonawcy (wykazu robót budowlanych) oraz treść wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wapnopol.
2. Art. 286 ust. 1 – przez zmianę treści SWZ w zakresie sposobu oceny oferty, polegającą na przyznawaniu punktów w kryterium doświadczenia kierownika robót mostowych nie na podstawie oświadczenia z formularza oferty, ale na podstawie treści podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu osób, złożonego w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego.
3. Art. 239 ust. 1 – przez zaniechanie wyboru oferty Wapnopolu jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Przyznania ofercie Wapnopolu maksymalnej liczby punktów (tj. 10 punktów) w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia kierownika robót mostowych.
4. Dokonanie wyboru oferty Wapnopolu.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

Warunek w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia osoby skierowanej do wykonywania funkcji kierownika robót mostowych określony w SWZ w tomie 1 rozdział 1 pkt 9.2. SWZ ppkt 3) lit. b), po zmianie treści SWZ z 1.09.2021 r.:

- *osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownik Robót Mostowych;*

- *liczba osób: 1*

(...)

- *doświadczenie zawodowe: doświadczenie w realizacji min. 1 zadania: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument), obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę obiektu mostowego o schemacie statycznym belki o rozpiętości m.in. 18,0 m na stanowisku kierownik budowy, kierownik robót, inspektor nadzoru*

Doświadczenie kierownika robót mostowych stanowiło również jedno z kryteriów oceny ofert opisanego w pkt 20.1. lit. b SWZ:

*b) Kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika Robót Mostowych będzie rozpatrywane na podstawie złożonego przez Wykonawcę oświadczenia na Formularzu Oferty.*

*Znaczenie kryterium – 10%.*

*Wykonawca wskaże do pełnienia funkcji „Kierownik Robót Mostowych” osobę posiadającą większe doświadczenie zawodowe, niż wymagane w warunkach udziału w postępowaniu opisane w „zdolność techniczna lub zawodowa — osób”.*

*Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:*

- 1) *doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu – wykonanie 1 zadania – 0 pkt*
- 2) *doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu – wykonanie 2 zadań – 5 pkt*
- 3) *doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu – wykonanie 3*

zadań – 10 pkt

W pkt 3.2 formularza oferty Wapnopol oświadczył, że na etapie realizacji zamówienia do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych skieruje osobę legitymującą się doświadczeniem na więcej niż 2 zadaniach.

W złożonym na wezwanie Zamawiającego podmiotowym środku dowodowym w postaci wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (wykazie osób) opisane zostało 6-letnie doświadczenie p. I. G. , w tym jako inspektora nadzoru na inwestycjach:

1. „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i w/w skrzyżowaniem). Etap I – odc. Węzeł „Opacz” – węzeł „Paszków”; Etap II – odcinek węzeł „Janki Male”-skrzyżowanie z DW 721”

w tym 31 obiektów mostowych z których 25 to obiekty mostowe o schemacie statycznym belki swobodnie podpartej o rozpiętości powyżej 18m (np. belka o rozpiętości 33m na moście WA-OI w km 7+424,79 (DK-7)

2. „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) – Płońsk (S10) odc. Strzegowo-Pieńki”  
w tym 26 obiektów mostowych z których 1 to obiekt mostowy o schemacie statycznym belki swobodnie podpartej o rozpiętości powyżej 18m, który oddano do użytkowania (belka 27,9m na moście WD-43,7 w km 43+676.74 Dz2: 0+364,46 w m. Unierzyż
3. „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) — Płońsk (S10) odc. Pieńki-Płońsk”  
w tym 14 obiektów mostowych z których 2 to obiekty mostowe o schemacie statycznym belki swobodnie podpartej o rozpiętości powyżej 18m, które oddano do użytkowania (belka 27,8m na moście MS/PZSp-61,7b w km Dz2 2+512,43

Ponadto w złożonym jednocześnie wykazie doświadczenia wykonawcy (wykazie robót budowlanych) w poz. 2. wskazano inwestycję:

„Budowa ścieżek rowerowych w ramach działania ograniczenie zanieczyszczeń powietrza i rozwój mobilności miejskiej: Budowa projektowanej obwodnicy zachodniej im. Jana Pawła II w Płońsku od km 1+015 do km 2+817,81 długości 1802,81”

w tym obiekt mostowy o schemacie statycznym belki swobodnie podpartej o rozpiętości 18,90 mb między przęsłami x 2 przęsła.

Wraz z wykazem zostało złożone poświadczenie – referencje z 9.09.2021 r., wystawione przez Urząd Miejski w Płońsku, potwierdzające, że w zakres inwestycji opisanej w poz. 2 wykazu robót wchodził m.in. most na rzece Płonka o długości 45,80 m o schemacie statycznym belki swobodnie podpartej o rozpiętości 18,90 mb między przęsłami x 2 przęsła.

Po złożeniu oferty Zamawiający weryfikował prawdziwość złożonego przez Wapnopol oświadczenia dotyczącego doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych poprzez dwukrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych.

Wezwanie z 30.09.2021 r. dotyczyło doświadczenia p. I. G. wskazanego w poz. 2. i 3. wykazu osób. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy inwestycja na moście WD-43,7 w km 43+676.74 Dz2: 0+364,46 w m. Unierzyż [tj. obiekt mostowy wskazany w poz. 2. wykazu osób – uwaga Odwołującego] oraz inwestycja na moście MS/PZSp-61,7b w km Dz2 2+512,43 [tj. jeden z dwóch obiektów mostowych wskazanych w poz. 3. wykazu – uwaga Odwołującego] zostały ukończone i odebrane, na potwierdzenie czego prosił o wgląd do protokołu odbioru robót.

Wapnopol w odpowiedzi złożył 1.10.2021 r. wyjaśnienia, w których potwierdził ukończenie i odebranie zadania dotyczącego obiektu mostowego z poz. 2 wykazu osób oraz zadania WD-65,2 Wiadukt nad drogą ekspresową S-7 i droga publiczną w ciągu drogi powiatowej 3034W i 3037W wraz z najazdami [tj. drugiego z obiektów mostowych wskazanych w poz. 3 wykazu osób – uwaga Odwołującego], na potwierdzenie czego złożył protokoły odbioru robót,

Ponadto w wyjaśnieniach wskazano, że doświadczenie p. I. G. – podlegające ocenie w kryterium doświadczenia kierownika robót mostowych – obejmuje nie tylko trzy zadania wskazane w wykazie osób, ale również pełnienie funkcji kierownika robót mostowych na inwestycji wskazanej w poz. 2 wykazu robót.

Do wyjaśnień załączono oświadczenie p. I. G. z 30.09.2021 r. potwierdzające, że pełnił funkcję kierownika robót mostowych na ww. zadaniu przez cały okres trwania budowy.

Wezwanie z 5.10.2021 r. dotyczyło już tylko doświadczenia p. I. G. wskazanego w poz. 3. wykazu osób (doświadczenie wskazane w poz. 2. nie budziło już dalszych wątpliwości Zamawiającego). Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy inwestycja na moście MS/PZSp-61,7b w km Dz2 2+512,43 [tj. jeden z dwóch obiektów mostowych wskazanych w poz. 3 wykazu – uwaga Odwołującego] została ukończona i odebrana, na potwierdzenie czego prosił o wgląd do protokołu odbioru robót.

W odpowiedzi 7.10.2021 r. Wapnopol wyjaśnił, że powyższe zadanie zostało zakończone i oddane do użytkowania, na dowód czego załączył protokół odbioru inwestorskiego / wykonania i odbioru robót budowlanych.

Wyjaśnił również, że w ramach inwestycji wskazanej w poz. 3. wykazu osób powołał się na 2 zakończone obiekty mostowe, z których 1 został opisany jako przykładowy. Niemniej został on wpisany omyłkowo do doświadczenia p. I. G. , ponieważ nie pełnił on od początku funkcji Inspektora Nadzoru na tym zadaniu. W ramach „Budowy drogi S7 Olsztynek (S51) —

Płońsk (SIO) odcinek Pieńki — Płońsk” zgodnie z wykazem osób został także wykonany i oddany do użytkowania drugi obiekt mostowy WD-65,2 Wiadukt nad drogą ekspresową S-7 i droga publiczną w ciągu drogi powiatowej 3034W i 3037W wraz z najazdami, zgodnie z protokołem odbioru przedstawionym Zamawiającemu w wyjaśnieniu z 1.10.2021 r.

Zamawiający 20.10.2021 r. poinformował o wyborze oferty Strabag, która uzyskała 98,87 pkt. Oferta Wapnopolu uzyskała 95 pkt, w tym 5 pkt w kryterium doświadczenia kierownika robót mostowych 5 pkt. Zamawiający nie poinformował o przyczynach nieprzyznania Wapnopolowi maksymalnej liczby punktów w tym kryterium.

25.10.2021 r. Wapnopol wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na wybór najkorzystniejszej oferty.

3.11.2021 r. Zamawiający unieważnił czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty.

5.11.2021 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty Strabag. Tym razem Zamawiający podał następujące uzasadnienie braku przyznania Wapnopolowi maksymalnej liczby punktów w kryterium doświadczenia kierownika robót mostowych:

*w złożonej w postępowaniu ofercie Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe „WAPNOPOL” A. N. oświadczyło, że na etapie realizacji zamówienia do pełnienia funkcji Kierownika robót mostowych skieruje osobą legitymującą się doświadczeniem na więcej niż 2 zadaniach, co dawałoby Wykonawcy maksymalną liczbę punktów w tym kryterium, tj. 10 punktów; (...)*  
*w toku badania oferty, Zamawiający wezwał Oferenta do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego oraz wykazu doświadczenia zawodowego tychże osób; (...)*  
*w związku z powyższym Zamawiający uznał, iż zgodnie z wykazem doświadczenia zawodowego, p. I. G. posiada doświadczenie na 2 zadaniach i w kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika Robót Mostowych” przyznał Wykonawcy 5 punktów. W ocenie Zamawiającego niedopuszczalnym jest dokonywanie zmiany pierwotnego wykazu na inny, w którym dopisany został dodatkowy obiekt mostowy, w celu uzyskania maksymalnej liczby punktacji w ramach kryterium. Działanie takie oznaczało de facto, uzupełnienie dokumentu, którego treść była badana nie tylko pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz również w ramach oceny kryterium oceny ofert, co zgodnie z orzecznictwem jest niedopuszczalne. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w (...)*

{okoliczności prawne}

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, co prawda odnoszącym się

do przepisów ustawy pzp z 2004 r., ale zachowującym aktualność, wskazuje się, że zamawiający jest związany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie może odstępować od określonych przez siebie wymagań po terminie składania ofert.

Odwołujący powołał się na to, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazano na możliwość wyjaśniania kwestii imienia i nazwiska osoby, której doświadczenie jest przedmiotem oceny w kryteriach oceny ofert, pod warunkiem że nie prowadzi to do zmiany oferty {w odwołaniu wskazano na wyroki Izby z: 13 marca 2020 r. sygn. akt KIO 429/20, 11 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3353/20 i 5 października 2020 r. sygn. akt KIO 2265/20 oraz przytoczono obszernie fragmenty z uzasadnień tych orzeczeń}.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, podnosząc dodatkowo, co następuje.

Po pierwsze, że ramach uzasadnienia przyznanej punktacji w kryterium doświadczenia kierownika robót mostowych Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do tego, że zgodnie z SWZ przyznawanie punktów następowało na podstawie oświadczenia w formularzu oferty, a nie informacji podanych w wykazie osób jako podmiotowym środkiem dowodowym. Ponadto Zamawiający przemilczał fakt, że p. I. G. posiada doświadczenie na zadaniu wskazanym w poz. 2 wykazu robót, którego uwzględnienie potwierdza prawdziwość oświadczenia złożonego w formularzu oferty Wapnopolu.

Po drugie, że opis doświadczenia podany w poz. 2 wykazu robót budowlanych wraz z wyjaśnieniami z 1.10.2021 r. odczytywane łącznie potwierdzają doświadczenie kierownika robót mostowych punktowane w kryteriach oceny ofert. Wyjaśnienia te nie prowadziły w żaden sposób do zmiany treści złożonej oferty, zawierającej oświadczenie, że osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych posiada doświadczenie na więcej niż 2 zadaniach, które jest prawdziwe. Wyjaśnienie nie wprowadzały również żadnego nowego zadania ani żadnej nowej osoby w stosunku do wymienionych w wykazie osób i wykazie robót budowlanych. W przypadku zadania wskazanego w poz. 2 wykazu robót budowlanych polegały na wskazaniu imienia i nazwiska kierownika robót mostowych na tym zadaniu tj. p. I. G. . Zamawiający powinien uwzględnić takie wyjaśnienie i uwzględnić to przy przyznawaniu punktacji w kryterium doświadczenia kierownika robót mostowych.

Po trzecie, że Zamawiający zmienił zasady oceny ofert opisane w SWZ w taki sposób, że zamiast przyznawania punktów na podstawie oświadczenia zawartego w ofercie, przyznawał je podstawie podmiotowego środka dowodowego składanego dopiero na wezwanie, co samo w sobie jest nieprawidłowe. Zamawiający nie żądał złożenia wykazu osób wraz z ofertą i pomylił zasady dotyczące badania zdolności podmiotowej (potwierdzania warunków udziału w postępowaniu) z kwestią oceny w kryterium oceny ofert.



W odpowiedzi na odwołanie z 22 listopada 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając następującą argumentację.

Zamawiający opisał przebieg badania i oceny oferty Wapnopolu zasadniczo w sposób zbieżny z odwołaniem.

Zamawiający dodatkowo podał, że według SWZ doświadczenie zawodowe kierownika robót mostowych uznane zostanie, jeżeli zadanie, którym legitymuje się osoba wskazana, będzie wykonane od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument). Ponieważ według wiedzy Zamawiającego inwestycja wskazana w poz. 3 wykazu osób nie została zakończona, wezwał Wapnopol do udzielenia wyjaśnień, czy obiekty mostowe, którymi legitymował się p. I. G. w wykazie doświadczenia zawodowego, są ukończone i odebrane.

Zamawiający zastrzegł, że w odpowiedzi Wapnopol przedstawił protokół odbioru inwestorskiego /wykonania i odbioru robót budowlanych nie tylko dla wyszczególnionego w powyższym wykazie obiektu mostowego WD-43,7 (którego budowa, według kolejnych wyjaśnień Wapnopolu, nie była nadzorowana przez p. I. G. ), ale dodatkowo dla nowo wskazanego obiektu mostowego WD-65,2.

W ocenie Zamawiającego takie działanie Wapnopolu oznaczało *de facto* uzupełnienie dokumentu, którego treść była badana nie tylko pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz również w ramach oceny kryterium oceny ofert, co zgodnie z orzecznictwem jest niedopuszczalne. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie sygn. akt KIO 3374/20, stwierdzając że *uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może dotyczyć wyłącznie oświadczeń i dokumentów wskazanych w art. 25a ust. 1 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem nie może dotyczyć m.in. dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia kryteriów oceny ofert.*

Zamawiający podkreślił, że skierował do Wapnopolu wezwanie do złożenia wyjaśnień, a nie do uzupełnienia dokumentów.

Dla Zamawiającego jest oczywiste, że zawsze gdy przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, nie podlega on procedurze uzupełnienia.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania

odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, wskazując następującą argumentację.

Zamawiający postąpił prawidłowo, gdyż zawartą w formularzu oferty informację odnośnie doświadczenia kierownika robót mostowych na potrzeby oceny w ramach kryterium oceny ofert należy traktować jako mającą charakter wstępny i podlegającą weryfikacji zamawiającego. Z uwagi na art. 106 ust. 1 pzp Zamawiający w tym celu mógł zażądać dokumentów na potwierdzenie oświadczenia wynikającego z formularza oferty (w tym przypadku, na potwierdzenie, że doświadczenie obejmuje trzy zadania punktowane w ramach kryterium). Nie można było polegać wyłącznie na treści oświadczenia zawartego w formularzu oferty, skoro nie znalazło ono w pełnym zakresie potwierdzenia w wykazie osób.

Biorąc pod uwagę zawarty w SWZ opis sposobu oceny w kryterium doświadczenia kierownika robót mostowych, oczywiste jest, że odsyła on do wykazu doświadczenia osoby zgłoszonej na to stanowisko, gdyż to jest jedyne miejsce, gdzie można dowiedzieć się, kto konkretnie zostanie skierowany jako kierownik robót mostowych i jakie ma doświadczenie, które zarówno służy potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i weryfikacji punktacji w kryterium oceny ofert.

Wykaz doświadczenia osoby zgłaszanej na stanowisko kierownika robót mostowych nie może ulegać żadnym zmianom, gdyż służy potwierdzeniu zgodności oświadczenia zawartego w formularzu oferty z rzeczywistym stanem rzeczy.

Ponadto w świetle art. 128 ust. 3 pzp niedopuszczalne jest uzupełnianie podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu kryteriów selekcji.

Nie ma podstaw, aby przy ocenie w ramach kryterium oceny ofert dot. doświadczenia osoby brać pod uwagę wykaz dot. doświadczenia wykonawcy, gdyż służy on wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wykonawcy, a nie osoby.

Reasumując, Zamawiający prawidłowo wziął pod uwagę przy weryfikacji na potrzeby przyznania punktacji w kryterium dot. kierownika robót mostowych dwie pierwsze pozycje wykazu dot. zgłoszonej osoby, a trzeciej nie, gdyż dot. obiektu, przy którym, co jest niesporne, wspomniana osoba nie pełniła funkcji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż nieprzyznanie mu większej liczby punktów uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Tom I SWZ stanowi instrukcja dla wykonawców {dalej: „IDW”}, której rozdział 2. zawiera m.in. wzór formularza oferty.

Pkt 9.2. ppkt 3 lit. a) oraz b) rozdziału 1 IDW zawiera w szczególności następujący opis warunków udziału w postępowaniu:

*Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu), (def. wykonania zadania: protokół odbioru lub dokument równoważny) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:*

- *co najmniej 1 obiektu mostowego o schemacie statycznym belki swobodnie podpartej o rozpiętości min. 20 m, wykonanie przebudowy/budowy/rozbudowy*
- (...)

*Wykonawca musi wskazać osobę, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującą się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jaka zostanie jej powierzona.*

(...)

- *osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownik Robót Mostowych:*

- *liczba osób: 1*

- *minimalne kwalifikacje: osoba wskazana na stanowisko Kierownika Robót Drogowych winna posiadać: uprawnienia budowlane wymagane ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń*

- *doświadczenie zawodowe: doświadczenie w realizacji min. 1 zadania: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny*

*dokument), obejmujących budowę, rozbudowę lub przebudowę obiektu mostowego o schemacie statycznym belki swobodnie podpartej o rozpiętości min 20,0 m, na stanowisku kierownik budowy, kierownik robót , inspektor nadzoru*

Według pkt 11.4. rozdziału I IDW Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W pkt 11.5. rozdziału 1. IDW określone zostało, że Zamawiający żąda od wykonawcy złożenia m.in. następujących podmiotowych środków dowodowych:

*c) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty te zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty;*

*d) wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami,*

*(...)*

Pkt 20. rozdziału I IDW zawiera następujący opis sposobu oceny w kryterium doświadczenia zawodowego kierownika robót mostowych oraz dalsze postanowienia odnośnie oceny ofert:

*20.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert*

*(...)*

*b) Kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika Robót Mostowych”: będzie rozpatrywane na podstawie złożonego przez Wykonawcę oświadczenia na Formularzu Oferty. Znaczenia kryterium – 10 %.*

*Wykonawca wskaże do pełnienia funkcji „Kierownik Robót Mostowych” osobę posiadającą większe doświadczenie zawodowe, niż wymagane w warunkach udziału w postępowaniu*

opisane w „zdolność techniczna lub zawodowa - osób”. Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:

- 1) doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu – wykonanie 1 zadania – 0 pkt
- 2) doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu – wykonanie 2 zadań – 5 pkt
- 3) doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu – wykonanie więcej niż 2 zadań – 10 pkt

20.2. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta Wykonawcy, który spełni wszystkie postawione w niniejszej SWZ warunki oraz uzyska łącznie największą liczbę punktów (P) stanowiących sumę punktów przyznanych w ramach każdego z podanych kryteriów, wyliczoną zgodnie z poniższym wzorem:

$$P = C + DKb + DKm + G$$

gdzie:

C – liczba punktów przyznana ofercie ocenianej w kryterium „Cena”

DKb – liczba punktów przyznana ofercie ocenianej w kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika Budowy”

DKm – liczba punktów przyznana ofercie ocenianej w kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika Robót Mostowych”

G – liczba punktów przyznana ofercie ocenianej w kryterium „Okres gwarancji jakości”

20.3. Punktacja przyznawana ofertom w poszczególnych kryteriach oceny Ofert będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami arytmetyki.

20.4. W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym zaoferowanej ceny.

Zgodnie z pkt 15.5. SWZ ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” oraz Kosztorys ofertowy.

Wzór tego formularza w pkt 3.2. zawiera oświadczenie w następującym zapisie (oraz dodatkową uwagę Zamawiającego):

*DEKLARUJEMY, że w realizacji zamówienia do pełnienia funkcji „Kierownik Robót Mostowych” skierujemy osobę legitymującą się doświadczeniem na 1 zadaniu / 2 zadaniach /więcej niż 2 zadaniach\* [na dole formularza: \* niepotrzebne skreślić]*

*„Jeśli wykonawca nie określi doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji „Kierownik Robót Mostowych” to Zamawiający przyzna mu w tym kryterium 0 pkt.*

Poza wszelkim sporem była okoliczność, że w pkt 3.2. formularza oferty Wapnopol określił, że podczas realizacji zamówienia do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych

skieruje osobę, która ma doświadczenie zdobyte przy realizacji więcej niż 2 zadania ponad zadanie konieczne do spełnienia warunku udziału, za co przysługiwało według opisu kryterium 10 pkt. Zamawiający na podstawie tego oświadczenia oraz innych informacji zawartych w formularzu oferty, które podlegały ocenie w pozostałych kryteriach oceny ofert, uznał ofertę Wapnopolu za najwyżej ocenioną, w wyniku czego – postępując w sposób opisany w SWZ – wezwał Wapnopol m.in. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu robót i wykazu osób w celu dokonania ostatecznej oceny spełniania przez Wapnopol warunków udziału w postępowaniu.

Oprócz niespornych poz. 1. i 2. doświadczenia wyszczególnionego w wykazie osób dla osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych, za przyznany i udowodniony należy uznać fakt, że osoba ta pełniła również funkcję kierownika robót mostowych w zadaniu wyszczególnionym w poz. 2 wykazu robót, które obejmowało budowę obiektu mostowego o schemacie statycznym belki swobodnie podpartej o rozpiętości min. 20 m. Zamawiający i Przystępujący ani nie zaprzeczyli tej okoliczności wynikającej z odwołania i potwierdzonej dowodem złożonym na rozprawie przez Odwołującego, ani nie przedstawili żadnego dowodu, który wskazywałby na odmienny stan rzeczy.

Niezależnie od powyższego Zamawiający przeszedł do porządku dziennego nad tym, że w wykazie osób w poz. 3. opis doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót mostowych wspomina o dwóch obiektach mostowych, i wzywał do wyjaśnień wyłącznie co do pierwszego z nich, poprzestając na ustaleniu, że został on wskazany przez Wapnopol omyłkowo. Również w tym zakresie Zamawiający i Odwołujący nie zgłosili żadnych dowodów, które zaprzeczałyby, że doświadczenie przy realizacji tego drugiego obiektu mostowego, opisanego bardziej szczegółowo przez Wapnopol w wyjaśnieniach, nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując, Izba ustaliła na podstawie powyższych postanowień SWZ, treści oferty Wapnopolu oraz dokumentów i wyjaśnień złożonych przez niego na wezwania Zamawiającego, co następuje.

Po pierwsze, że w ramach warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy opisano m.in. warunek wymagający od wykonawcy doświadczenia w budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu mostowego o schemacie statycznym belki swobodnie podpartej o rozpiętości min. 20 m, a także warunek wymagający od wykonawcy dysponowania kierownikiem robót mostowych posiadającego doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru budowy przy realizacji takiego zadania.

Po drugie, że w celu potwierdzenia spełniania powyższych warunków, oprócz

obligatoryjnego (z mocy art. 273 ust. 2 w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy pzp) oświadczenia o spełnianiu tych warunków, Zamawiający zażądał podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób i wykazu robót budowlanych. Miały one zostać złożone przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona według kryteriów oceny ofert, na odrębne wezwanie Zamawiającego, a nie wraz z ofertą przez wszystkich wykonawców.

Po trzecie, że odrębnie opisano kryterium dotyczące doświadczenia zawodowego kierownika robót mostowych, w którym punktowane jest posiadanie przez osobę przewidzianą na to stanowisko doświadczenia w większej liczbie zadań niż jedno wymagane na potrzeby spełnienia przez tę osobę warunku udziału. Według tego opisu oferty w tym kryterium miały być oceniane na podstawie treści oświadczenia zawartego w formularzu oferty. Wzór tego oświadczenia wymagał od wykonawcy jedynie przekreślenia dwóch z trzech alternatywnych stwierdzeń. Określono również skutek braku pozostawienia przygotowanego wzoru oświadczenia bez zmian. Przy czym z przytoczonego brzmienia tego zastrzeżenia wynika *a contrario*, że dokonanie wyboru jednej z trzech opcji zostanie poczytane za określenie przez wykonawcę poziomu doświadczenia osoby, która zostanie skierowana przez niego do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych, na potrzeby ustalenia punktacji oferty w tym kryterium.

Po czwarte, że Zamawiający nie zawarł w IDW żadnego postanowienia, które wskazywałoby, że powyższy sposób oceny oferty w kryterium doświadczenia zawodowego kierownika robót nie jest wyczerpujący, a określenie przez wykonawcę w treści formularza doświadczenia tej osoby będzie podlegało weryfikacji na podstawie informacji zawartych w wykazie osób. Tymczasem skoro według art. 273 ust. 1 pkt 2 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, aby mogły one pełnić dodatkowo inną funkcję, konieczne byłoby uregulowanie tego w SWZ.

Po piąte, że badanie podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wapnopol nie podważyło prawdziwości oświadczenia zawartego w treści oferty Wapnopolu co do poziomu doświadczenia osoby, którą skieruje do kierowania robotami mostowymi przy realizacji tego zamówienia. Wręcz przeciwnie, okazało się, że osoba ta posiada doświadczeniem wynikającym z pełnienia odpowiednich funkcji technicznych przy realizacji łącznie czterech zadań dotyczących obiektów mostowych, o które chodziło Zamawiającemu.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 16 ustawy pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Według art. 286 ust. 1 w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

W ustalonych powyżej okolicznościach zarzuty naruszenia powyższych przepisów w pełni się potwierdziły. Zamawiający na etapie badania ofert ocenił ofertę Odwołującego w sposób odmienny niż ten, który uprzednio określił w SWZ. Takie zachowanie Zamawiającego stanowi nie tylko naruszenie zakazu zmiany treści SWZ po upływie terminu składania ofert, ale również naruszenie zasady przejrzystości, a przede wszystkim doprowadziło do wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z kryteriami oceny opisanymi w SWZ.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 286 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.