Sygn. akt KIO 763/17

WYROK
z dnia 4 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B.B.B.C. N.D.B. Ł.Z., (...)** Ż.; **2. B.B.B.C. Sp. z o.o. Sp.k., (...) W.; 3. S.I. Sp. z o.o.,**
(...) W.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **T.B.S. W. P. Sp. z o.o., (...) W.**

przy udziale wykonawcy: **M. P.R.I.**
B. S. W. K. sp.j., (...) W., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B.B.B.C. N.D.B. Ł.Z., (...) Ż.; 2. B.B.B.C. Sp.
z o.o. Sp.k., (...) W.; 3. S.I. Sp. z o.o., (...) W., i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w W..**

Przewodniczący: ……...

Sygn. akt KIO 763/17

Uzasadnienie

Zamawiający – T.B.S. W. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego na *„Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim dla planowanej inwestycji polegającej na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego z garażem podziemnym zlokalizowanego przy ul. Radzymińskiej w W.”,* Nr referencyjny: TBS/PZP/1/2017, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 009-013400.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:
1. Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B.B.B.C. N.D.B. Ł.Z. z siedzibą w Ż.; 2. B.B.B.C. Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą
w W.; 3. S.I. Sp. z o.o. z siedzibą w W. – wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
2) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 i innych wskazanych w uzasadnieniu przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu wykazu wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji zamówienia;
3) art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jak również wybór oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy).

Żądania Odwołującego:
1) nieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3) wezwanie do uzupełnienia dokumentu wykazu wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji zamówienia,
4) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
5) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał okoliczności potwierdzające wniesienie odwołania w terminie oraz uzasadnienie interesu do wniesienia odwołania. Stwierdził, że gdyby nie bezpodstawne odrzucenie oferty, winna ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględniając zasady oceny ofert, odwołujący powinien uzyskać 82 pkt, o 10 punktów więcej niż wybrany wykonawca. W konsekwencji wskazane w odwołaniu naruszenia ustawy uniemożliwiały Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Uzasadnienie odwołania.

I. W postępowaniu złożyło oferty dwóch wykonawców: Odwołujący oraz M. P.R.I. B. S. W. K. sp.j. z siedzibą w W..

Informacją z dnia 6 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdzając że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał:
a. Odwołujący nie złożył w ofercie wykazu wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji zamówienia;
b. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu powinni dołączyć do oferty wykaz wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, który powinien zawierać: nazwę (opis) projektów budowlanych wraz z ilością kondygnacji, przy czym Zamawiający uzna 5 pięter od poziomu parteru, nazwę podmiot, na rzecz którego projekty były realizowane, datę uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę. Zamawiający podniósł, że przedmiotowy wykaz stanowił podstawę potwierdzenia i zweryfikowania oświadczenia zawartego w ofercie;
c. Odwołujący złożył w ofercie oświadczenie, że wskazany *„Projektant branży konstrukcyjnej wykonał 5 Projektów Budowlanych dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego, co najmniej 6 piętrowego w technologii tradycyjnej, a dla 5 Projektów uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę, które umożliwiło realizację robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej. Ilość projektów, które zostały zrealizowane lub są realizowane na terenie woj. Mazowieckiego 5. Powyższe oświadczenie jest zgodne z wykazem sporządzonym przez Wykonawcę, o którym mowa w ust. 17.1.2 SIWZ.";*
d. Odwołujący nie złożył w ofercie wykazu w związku z czym, Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny jego oferty i przyznania punktacji w kryterium opisanym w pkt 17.1.2 SIWZ.

Odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia i stanowi naruszenie wskazanych w petitum przepisów 4

postępowania. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że *„Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (…) polega albo na niezgodności*

zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia *z wymaganiami zamawiającego). (...) Punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu dotyczących przedmiotu oferty oraz informacji w ofercie podawanych."* (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r. KIO 426/16). W wyroku z dnia 18 sierpnia 2016 r. KIO 815/16 Izba stwierdziła, że *„Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (…) następuje wyłącznie wówczas, kiedy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, przy czym przez „treść oferty" rozumie się ofertę w sensie* ścisłym, *a więc - w pewnym uproszczeniu - zakres oferowanego* świadczenia *powinien odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia. W zakresie „treści oferty" nie mieści się zatem ewentualne niespełnienie warunków udziału w postępowaniu."*

Zgodnie z orzecznictwem *„Niespełnienie wymogów czysto formalnych w złożonej ofercie nie może stanowić podstawy do jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność formalna nie ma bowiem wpływu na treść oferty."*

II. Zakres zobowiązania ofertowego Odwołującego w pełni odpowiada wymaganiom sformułowanym w SIWZ i gwarantuje realizację umowy zgodnie z jej postanowieniami. Odrzucenie oferty w związku z brakiem możliwości uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert odnoszącego się do *„Doświadczenia Projektanta branży konstrukcyjnej"* nie wpływa na wymagania minimalne dotyczące realizacji opisane w OPZ czy we wzorze umowy. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie wskazał żadnych postanowień dokumentacji przetargowej odnoszących się do wymogów realizacji zamówienia na etapie wykonania umowy. Przeciwnie, Zamawiający powołał się na opis sposobu przyznawania punktacji w ramach omawianego kryterium, które odnosi się do *„doświadczenia zawodowego spełniającego warunek udziału w postępowaniu",* a nie wymagań dotyczących realizacji zamówienia. Treść oferty Odwołującego w aspekcie merytorycznym, tj. oferowanego rozwiązania jest zatem, w świetle wymagań Zamawiającego, w pełni zgodna z SIWZ.

Wskazane przez Zamawiającego uchybienie ma charakter formalny związany ze stwierdzonym przez zamawiającego brakiem „wykazu *wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej".*

Zatem odwołujący stwierdził, że w analizowanej sprawie nie zachodzą podstawy uprawniające Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.

III. Treść SIWZ powoływana przez Zamawiającego w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie pozwala na zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec oferty Odwołującego.

1. Zgodnie z pkt 17.1.2 SIWZ *„Kryterium „Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej" oznacza posiadanie doświadczenia zawodowego przez osobę wskazaną w Formularzu oferty do pełnienia funkcji Projektanta branży konstrukcyjnej. Punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 15 punktów, na podstawie oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w Formularzu Oferta oraz sporządzonego przez Wykonawcę wykazu wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji niniejszego zamówienia. Wykaz musi zawierać co najmniej: nazwę (opis) projektów budowlanych wraz z ilością kondygnacji, przy czym Zamawiający uzna 5 pięter od poziomu parteru, nazwę podmiotu na rzecz którego projekty były realizowane, datę uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę.*
1 pkt - doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu, tj.: wykonał jako Projektant branży konstrukcyjnej co najmniej 2 Projekty Budowlane dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 5 piętrowego w technologii tradycyjnej;
5 pkt - doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu, tj.: wykonał jako Projektant branży konstrukcyjnej co najmniej 3 Projekty Budowlane dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 5 piętrowego w technologii tradycyjnej;

10 pkt - doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu, tj.: wykonał jako Projektant branży konstrukcyjnej co najmniej 3 Projekty Budowlane dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 6 piętrowego w technologii tradycyjnej oraz dla co najmniej 2 projektów uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę;
15 pkt - doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu, tj.: wykonał jako Projektant branży konstrukcyjnej co najmniej 4 Projekty Budowlane dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 6 piętrowego w technologii tradycyjnej oraz dla każdego projektu uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę, w tym co najmniej 2 projekty zrealizowano, lub są realizowane, na terenie województwa mazowieckiego.
UWAGA: zadania, które polegały na aktualizacji dokumentacji projektowej nie będą uznane jako spełniające powyżej opisany warunek, chyba że *aktualizacji dokonał wykonawca dokumentacji.*

Najkorzystniejsza oferta może uzyskać maksimum 15 pkt. w kryterium „doświadczenie zawodowe Projektanta branży konstrukcyjnej".
Jeżeli Wykonawca nie wykaże żadnego *doświadczenia Projektanta w branży konstrukcyjnej, to jego oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów SIWZ."*
2. Z powyższego wynika, że:
a. w ramach kryterium *„Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej"* zostaną przyznane punkty w skali 0-15 pkt;
b. określona została możliwa do uzyskania szczegółowa punktacja zależna od ilości doświadczenia dla osoby projektanta branży konstrukcyjnej (1 pkt, 5 pkt, 10 pkt, 15 pkt);
c. zostało wskazane, że brak wykazania przez wykonawców *„żadnego"* doświadczenia dla projektanta w branży konstrukcyjnej będzie skutkował odrzuceniem oferty - należy zatem uznać, że jeżeli wykonawca wskaże w ofercie jakiekolwiek doświadczenie otrzyma co najmniej 0 pkt.
3. Odwołujący podniósł, że w ust. 17.1.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że poszczególne punkty zostaną przyznane za *„doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu".* Jednakże, warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odnoszący się do posiadania konkretnego doświadczenia przez osobę wskazaną na stanowisko projektanta w branży konstrukcyjnej nie został sformułowany (por. ust. 6.3.3 pkt 2) SIWZ). Skoro jednak doświadczenie projektanta w branży konstrukcyjnej stanowi kryterium oceny oferty, to jego brak lub określona ilość powinny skutkować przyznaniem odpowiedniej liczby punktów (w skali 0-15 pkt), a nie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Kryteria oceny ofert, to mierniki umożliwiające obiektywne porównanie ofert, jak i gwarantujące Zamawiającemu wybór oferty spełniającej w jak najlepszym stopniu jego oczekiwania - por. wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2014 r. KIO 1150/14. Istotą kryteriów oceny ofert jest przyznanie badanej ofercie odpowiedniej liczby punktów – ewentualnie brak przyznania punktacji jeśli badana przez Zamawiającego oferta nie spełnia jakichkolwiek kryteriów przyznawania punktów opisanych w SIWZ.
4. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Odwołujący podkreślił, że wskazał doświadczenie Projektanta w branży konstrukcyjnej, bowiem złożył stosowne oświadczenie w treści Formularza Ofertowego. W pkt 5 formularza ofertowego Odwołującego zostało złożone następujące oświadczenie: *„Oświadczam,* że *wskazany przez nas Projektant branży konstrukcyjnej wykonał 5 Projektów Budowlanych dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 6 - piętrowego w technologii tradycyjnej a dla 5 Projektów (wskazanych powyżej) uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budową, które umożliwiło realizację robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej. Ilość projektów, które zostały zrealizowane lub są realizowane a terenie woj. Mazowieckiego 5".* 7

---

a. Nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, że nie miał on możliwości dokonania oceny oferty Odwołującego w związku z brakiem dołączenia do oferty wykazu przedstawiającego doświadczenie projektanta branży konstrukcyjnej. Oceną oferty jest liczba punktów przyznanych w danym kryterium zgodnie z zasadami oceny określonymi w dokumentacji przetargowej. Zamawiający określił skalę, w jakiej będą przyznawane punkty w kryterium *„Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej"* - por. cytowany

powyżej pkt 17.1.2 SIWZ zd. 2 - *„punkty zostaną przyznane w skali od 0 do 15 punktów”.* Jednocześnie, sankcja odrzucenia oferty została zastrzeżona wyłącznie dla przypadku braku wykazania jakiegokolwiek doświadczenia dla projektanta. Dokonując logicznej i racjonalnej wykładni zasad oceny ofert w ramach ww. kryterium, złożenie przez Odwołującego oświadczenia w formularzu ofertowym powinno w tym przypadku skutkować ewentualnym przyznaniem ofercie 0 pkt. Przyjęcie interpretacji Zamawiającego skutkowałoby tym, że *de facto* nie byłoby możliwe uzyskanie 0 pkt za *„Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej”,* mimo że taka ocena została wprost wskazana w treści SIWZ jako możliwa do uzyskania.

b. Wobec treści złożonego w ofercie oświadczania nie można stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał żadnego doświadczenia dla ww. osoby, co oznacza że odrzucenie oferty Odwołującego jako niespełniającej wymagań SIWZ było niezgodne z treścią dokumentacji przetargowej. Skoro Odwołujący nie dołączył do oferty wykazu doświadczenia dla projektanta branży konstrukcyjnej, ale złożył jasne i jednoznaczne oświadczenie w przedmiocie doświadczenia posiadanego przez ww. osobę, to nie może budzić wątpliwości fakt, że nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a ewentualnie zasadne było przyznanie jej przez Zamawiającego 0 pkt w tym kryterium.

IV. Nawet w przypadku przyznania ofercie Odwołującego 0 pkt za ww. kryterium oceny ofert, powinna ona otrzymać łącznie 82 pkt (80 pkt za kryterium *„Cena”,* 0 pkt za „Doświadczenie *Projektanta branży konstrukcyjnej”,* 2 pkt za kryterium *„Aspekt społeczny”),* a tym samym, zostać uznana za najkorzystniejszą. Oferta drugiego z wykonawców, tj. M. P.R.I. B. S. W. K. sp.j., powinna otrzymać łącznie 72,19 pkt (57,19 pkt za kryterium *„Cena”,* 15 pkt za kryterium *„Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej”,* 0 pkt za kryterium *„Aspekt społeczny”).*

V. Zgodnie z pkt 12.6 SIWZ

„Wraz z ofertą powinny być złożone:
12.6.1 Oświadczenia wymagane postanowieniami pkt 7.1 IDW;
12.6.2 Oświadczenia dla podmiotów, na zdolnościach lub sytuacji których polega wykonawca, wymagane postanowieniami pkt 8.6;”.

W pkt 12.6 SIWZ nie wymieniono oświadczenia, o którym mowa w 17.1.2 SIWZ.
W konsekwencji wykonawcy nie byli obowiązani do ich złożenia razem z ofertą. 8

W ocenie Odwołującego wykaz, o którym mowa w 17.1.2 SIWZ, jest dokumentem potwierdzającym kwalifikacje osób wskazanych do wykonania zamówienia i jako taki mógł być złożony na żądanie zamawiającego. Zamawiający nie zwrócił się z takim żądaniem do odwołującego.

VI. Nawet jeśli stanowisko Zamawiającego co do sankcji grożącej za brak dołączenia przez wykonawców do oferty wykazu doświadczenia posiadanego przez projektanta branży konstrukcyjnej, tj. odrzucenie oferty jako niespełniającej wymogów SIWZ, jest słuszne, to należy stwierdzić, że w kształcie SIWZ obowiązującym w postępowaniu zachodzi podstawa do wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

1. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp ma charakter szeroki i tryb nim przewidziany jest obowiązkowy do zastosowania przed podjęciem przez Zamawiającego dalszych kroków w postępowaniu. Nowelizacją z lipca 2016 r. ustawodawca zdecydował się dokonać jego modyfikacji i rozszerzenia, dodając przesłankę aktualizującą konieczność wezwania wykonawcy do uzupełnienia *„innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”.* Treść przepisu wskazuje, że jest to odrębna kategoria dokumentów, przy czym ustawodawca nie zdecydował się doprecyzować katalogu dokumentów jakie mieszczą się pod tym sformułowaniem. W związku z czym, okoliczność czy została spełniona przesłanka zastosowania trybu z art. 26 ust. 3 Pzp powinna być badana w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego - przy jednoczesnym założeniu, że - tak jak było wskazane powyżej - ww. przepis powinien być interpretowany w sposób szeroki. Podobne stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 9 stycznia 2017 r. KIO 2416/16. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp *„zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”.* Wykaz wskazany ust. 17.1.2. SIWZ w jest zatem oświadczeniem (dokumentem) *„niezbędnym do przeprowadzenia postępowania”.*

2. W sprawie Zamawiający uznał, że brak wykazu z pkt 17.1.2 SIWZ uniemożliwia dokonanie oceny oferty Odwołującego i przyznanie punktacji w kryterium *„Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej”.* Biorąc pod uwagę treść SIWZ, w szczególności, że wykaz stanowił

uszczegółowienie oświadczenia złożonego przez wykonawcę w formularzu ofertowym, wykaz z pkt 17.1.2 SIWZ powinien być uznany jako inny dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp, co z kolei oznacza, że niezbędne jest wyczerpanie trybu postępowania określonego ww. przepisem.
3. Wykaz z pkt 17.1.2 SIWZ powinien być nadto uznany za dokument przedmiotowy w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp, w związku z czym również na tej podstawie powinien podlegać uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Stosownie do treści art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. 9

Dokumenty zostały określone przez ustawodawcę jako potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego oraz brak podstaw wykluczenia. Treść SIWZ należy odczytywać zgodnie z jej literalnym brzmieniem, ale jednocześnie dokonywać jej interpretacji w sposób zgodny z Pzp. Przy założeniu, że Zamawiający wymaga dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i określonych w art. 25 ust. 1 Pzp, wykaz doświadczenia z pkt 17.1.2 SIWZ obejmujmy projekty wykonane przez projektanta branży konstrukcyjnej powinien być uznany za dokument potwierdzający, że oferowane usługi będą wykonywane w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Dokument taki jest zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp uzupełniany w sytuacji, gdy nie został złożony przez wykonawcę.
4. Obowiązkowi wezwania określonemu w art. 26 ust. 3 nie stoją na przeszkodzie postanowienia ust. 6.4 SIWZ, zgodnie z którymi działając na podstawie *„art. 24aa ust. 1 ustawy, Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada: czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu."*

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał w swojej opinii: jeżeli *„zamawiający przewidział możliwość zastosowania tzw. „procedury odwróconej", a następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwierdza,* że *jest to nieuzasadnione z jakichś względów czy niecelowe (np. w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta), może odstąpić od stosowania tej procedury."* Powyższe uprawnienie (wynikające z art. 26 ust. 2f Pzp) powoduje, że w świetle SIWZ oraz art. 26 ust. 3 zamawiający był obowiązany wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów istotnych dla ewentualnego odrzucenia oferty.
5. Wezwanie do uzupełnienia wykazu projektów projektanta branży konstrukcyjnej nie będzie stanowiło naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, mimo że jest to dokument pozwalający wykonawcom uzyskać wyższą liczbę punktów w kryterium *„Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej".* W konkretnym stanie faktycznym sprawy, Odwołujący złożył w pkt 5 formularza ofertowego oświadczenie w przedmiocie posiadanego przez projektanta branży konstrukcyjnej doświadczenia, wskazując że:
a. osoba ta legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu 5 projektów budowlanych dla budynku mieszkalnego wielorodzinnego,
b. co najmniej 6 - piętrowego w technologii tradycyjnej,
c. natomiast dla 5 projektów uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę,
d. a ilość projektów które zostało zrealizowane na terenie województwa mazowieckiego to 5.
6. Doświadczenie dla projektanta branży konstrukcyjnej zostało przez Odwołującego określone w formularzu ofertowym, natomiast wykaz z pkt 17.1.2 SIWZ powinien stanowić 10

---

potwierdzenie doświadczenia projektanta. W tym przypadku, potwierdzenie doświadczenia projektanta branży konstrukcyjnej w zakresie określonym w formularzu ofertowym Odwołującego w żaden sposób nie naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a przedmiotowy wykaz jak najbardziej powinien być uznany za dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, a tym samym podlegający uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

VII. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o: 1. odrzucenie, względnie oddalenie odwołania w całości; 2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego

Odwołującego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający przedstawił opis kryterium oceny ofert – rozdział 17 pkt 17.1.2 *„Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej”,* wskazując, że *„Kryterium „Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej” oznacza posiadanie doświadczenia zawodowego przez osobę, wskazaną w formularzu oferty do pełnienia funkcji Projektanta branży konstrukcyjnej.”* Przedstawił zasady przyznawania punktów w tym kryterium oraz zastrzeżenie: *„Jeżeli Wykonawca nie wykaże* żadnego *doświadczenia Projektanta w branży konstrukcyjnej, to jego oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów SIWZ”.*

Wskazał, że wymóg dołączenia do oferty wykazu wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji zamówienia, został przywołany także w pkt 5 w rozdziale 2 SIWZ – formularz oferty.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania, Zamawiający wywiódł, że skoro Zamawiający w postanowieniach SIWZ przewidział sankcję odrzucenia oferty za brak powołanego wykazu i w efekcie niewykazanie żadnego doświadczenia, o którym mowa powyżej, to Odwołujący kwestionując powołane postanowienie, powinien wnieść odwołanie zgodnie z art 182 ust. 2 pkt 1 ustawy w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co nastąpiło w dniu 13.01.2017 r. (data publikacji bezsporna, przyznana też na str. 1 odwołania). Tymczasem odwołanie w istocie sprowadza się do kwestionowania tegoż postanowienia SIWZ na różne (sprzeczne ze sobą i nieuzasadnione) sposoby. Raz Odwołujący zarzuca, że brak wykazu ma charakter czysto formalny niestanowiący podstawy odrzucenia (pkt I uzasadnienia), innym razem, że brak wykazu nie wpływa na zakres zobowiązania, przez co nie może skutkować odrzuceniem oferty (pkt II), w kolejnym pkt III i IV, że nie pozwala to na zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, lecz na przyznanie 0 pkt za doświadczenie, w następnym pkt V i VI, że brak wykazu powinien skutkować wezwaniem do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a nie odrzuceniem oferty. W tych okolicznościach, odwołanie wniesione 18.04.2017 r., uchybia terminowi i podlega odrzuceniu. 11

Z ostrożności, na wypadek nieodrzucenia odwołania, uzasadniając wniosek o jego oddalenie, zamawiający wskazał. Odnosząc się do pkt 1 uzasadnienia odwołania w kontekście zarzutu, że brak wykazu ma charakter czysto formalny niestanowiący podstawy odrzucenia oraz zarzutu, że brak wykazu nie wpływa na zakres zobowiązania przez co nie może skutkować odrzuceniem oferty (pkt II uzasadnienia), Zamawiający nie podzielił poglądów Odwołującego. Podniósł, że brak wykazu całkowicie uniemożliwił Zamawiającemu możliwość zweryfikowania doświadczenia personelu i przyznania punktów także w ilości 0. (orz. KIO 1609/16, KIO 2016/16, KIO 1615/16). Przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, że błędem formalnym jest brak numeracji strony, brak trwałego spięcia oferty, brak pieczęci, brak potwierdzenia za zgodność każdej strony (vide: orz. KIO/UZP 1175/08; J. Andała-Sępkowska *”Odrzucenie oferty niezgodnej z SIWZ”,* opubl. ABC), a nie jest nim brak wymaganego przez Zamawiającego wykazu.

Wykaz wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji zamówienia, którego Odwołujący nie złożył w ofercie, stanowił dokument treści oferty, zgodnie z którym Zamawiającym miał zweryfikować:

a) projektanta branży konstrukcyjnej, czyli osobę przewidzianą do realizacji zamówienia jako projektanta branży konstrukcyjnej – zgodnie z wymogiem zawartym w warunku, opisanym w 6.3.3. 2) b) SIWZ,
b) faktyczną realizację projektów budowlanych, na podstawie opisu zawartego w wykazie wraz z lokalizacją i ilością pięter,
c) podmiot na rzecz którego projekty były realizowane – w celu zweryfikowania czy projekty podlegały aktualizacji i przez kogo,
d) datę uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę w celu zakwalifikowania do opisu punktowego i uznania skutecznego wykonania tych projektów.

Niewykazanie powyższych informacji jest niezgodnością oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami i interesem Zamawiającego zawartymi w SIWZ, tj. oczekiwaniem wykazania się stosownym doświadczeniem potwierdzonym informacjami o nazwie zamawiających, na rzecz którym projektant zrealizował prace projektowe i to skutecznie, gdyż wskazanie żądanej daty prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę, pozwala ustalić, że te projekty zostały zatwierdzone przez właściwe organy działające na podstawie Prawa budowlanego z 1994 r. Zatwierdzenie projektów powołanymi decyzjami jest warunkiem rozpoczęcia robót budowlanych realizowanych na ich podstawie. Powyższy brak dotyczy więc istotnych elementów mających wpływ na przyszłą umowę i jej realizację,

zwłaszcza w kontekście doświadczenia niezbędnego do realizacji danej inwestycji.

W świetle powyższego nie wykazanie tych danych jest ograniczeniem składanych informacji w stosunku do żądanych przez Zamawiającego i nie może być uznane za

działanie zgodne z treścią SIWZ, skutkiem czego jest odrzucenie oferty i taką sankcję przewidział Zamawiający.

W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że za niezgodność skutkującą koniecznością odrzucenia oferty musi być uznana taka forma prezentacji informacji, która zmienia bądź ogranicza jej zakres w stosunku do oczekiwanej przez Zamawiającego (vide: wyrok S.O. w Olsztynie z 27.9.2007 r., sygn. akt Ga 88/07; W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak w *"Prawo zamówień publicznych. Komentarz",* wyd. VI, opubl. Lex 2014 r., kom. do art. 89 ust. 1 pkt 4; KIO 1525/11; KIO/2011/12).

Odnosząc się do zarzutu pkt III i IV uzasadnienia odwołania, Zamawiający podkreślił, że brak wykazu nie pozwolił Zamawiającemu na wyliczenie i przyznanie faktycznych punktów w tym kryterium. Zamawiający nie miał możliwości przyznania 0 punktów, ponieważ niewykazanie żadnego doświadczenia determinowało konieczność odrzucenia oferty – zgodnie z SIWZ.

Żeby Zamawiający mógł stwierdzić że wykonawca nie wykazał żadnego doświadczenia wymaganego opisem kryterium i przyznać mu 0 punktów, musiałby zweryfikować to co wstępnie zadeklarował on w ofercie. Zamawiający nie mógł też tych danych uzupełnić w trybie art. 87 Pzp, gdyż powodowałoby to istotną zmianę treści oferty i wpływało na ocenę punktową, ale przede wszystkim nie mógł tego uczynić, gdyż nie znal tych danych i nie zostały one wyrażone w ofercie.

Żądanie wyjaśnień w trybie art 87 ust. 1 Pzp *"nie dotyczy tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał"* (vide: wyrok S.O. we Wrocławiu z 30.3.2010 r., sygn. akt X Ga 7/10).

W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak w "Prawo *zamówień publicznych, Komentarz",* wyd. VI, opubl. Lex 2014 r., kom. do art. 26 ust. 1 pkt 8, wskazali: *„W kontekście dokumentów odnoszących się do przedmiotu zamówienia warto zauważyć,* że *instytucja uzupełniania dokumentów nie może prowadzić do zmiany treści oferty. Artykuł 87 ust. 1 wyraźnie stanowi,* że *niedopuszczalne jest prowadzenie miedzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, dokonywanie zmian w jej treści innych niż poprawienie oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych".*

Odwołujący podał w oświadczeniu, że *„wskazany Projektant branży konstrukcyjnej wykonał 5 Projektów Budowlanych dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 6 piętrowego w technologii tradycyjnej a dla 5 Projektów (wskazanych powyżej) uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę, które umożliwiło realizację robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej. Ilość projektów które zostały zrealizowane lub są realizowane na terenie woj. Mazowieckiego 5. Powyższe oświadczenie jest zgodne z wykazem sporządzonym przez Wykonawcę, o którym mowa w ust. 17.1.2. SIWZ".* Jednak brak jest tego wykazu. 13

Z opisu tego wynika, że Odwołujący wskazał w ofercie projektanta i że zrealizował on ww. usługi projektowe, a powyższe wynika i jest zgodne z wykazem sporządzonym przez Odwołującego, jednak brak tegoż wykazu w ofercie. Zamawiający przyznałby ofercie Odwołującego zero punktów tylko w tym przypadku, kiedy wskazane w ofercie realizacje nie potwierdzałyby, w oparciu o załączony wykaz, że zawierają się w wymogach opisu kryterium w pkt 17.1.2 SIWZ.

Zamawiający nie miał możliwości dokonać tej weryfikacji, nie mógł też przyznać ofercie 0 pkt za wskazane, ale nie potwierdzone realizacje projektanta branży konstrukcyjnej. Nie mógł także zweryfikować o jakim projektancie branży konstrukcyjnej jest mowa w ofercie Odwołującego, gdyż informacji tej nie zawierał też Jednolity Dokument Zamówienia żadnego z konsorcjantów.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przepisy art. 91 ustawy wskazują możliwości w doborze kryteriów oceny ofert, w tym poza ceną, przynajmniej jednego dodatkowego kryterium oceny ofert. Kryterium takie, skoro już zostanie ustanowione, nie powinno być przypadkowe i nic nie wnoszące do oferty, lecz powinno stanowić miarę wyższej jakości

przedmiotu zamówienia, który ma uzyskać Zamawiający. Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowania jedynie w stosunku do wiedzy i doświadczenia wykonawcy jako całej firmy i pominął takie wymogi w stosunku do personelu, aby personel ten (w postaci osób przeznaczonych konkretnie do realizacji tego zamówienia) oceniać w ramach kryteriów oceny ofert, w tym przypadku projektant branży konstrukcyjnej. W takim wypadku, to w tym kryterium Zamawiający określił minimalne wymogi co do kwalifikacji osoby, za niespełnienie których odrzucałby ofertę, a następnie dokonywał oceny w zakresie przekraczającym wymagane minimum.

Odnosząc się do pkt V i VI uzasadnienia odwołania w kontekście zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wywiódł, że mając na względzie omawiane postanowienie SIWZ, Zamawiający wyraźnie wskazał i określił, że wykaz wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji zamówienia, stanowi treść oferty i nie jest ani dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu ani żadnym z dokumentów enumeratywnie wymienionym w art. 25 ust. 1 ustawy i rozporządzeniu wydanym na podstawie delegacji ustawowej zawartej w ust. 2 tegoż przepisu.

Ponieważ wykaz wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji zamówienia, miał walor treści oferty, nie może mieć miejsca w tym przypadku zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy. Jeśli oferta nie odpowiada treści SIWZ nie można jej uzupełniać w powyższym trybie, o co wnosił Odwołujący. Uzupełnienie tego dokumentu w tym trybie prowadziłoby do obejścia zakazu zmiany treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy. Aby dokument mógł potwierdzać treść oferty musi ona 14

---

najpierw w niej zaistnieć do upływu terminu składania ofert a nie być następczo wprowadzana wyłącznie na podstawie uzupełnianego dokumentu (sygn. KIO 2064/16). Trudno więc zgodzić się z argumentem Odwołującego że *„zakres oferowanego* świadczenia *powinien odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia. W zakresie treści oferty nie mieści się zatem ewentualne niespełnienie warunków udziału w postępowaniu”.*

”Tymczasem ustawa pzp odróżnia treść oferty od dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, wskazanych przykładowo w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Jak to wskazano powyżej kosztorysy ofertowe wchodziły w zakres wymaganej treści oferty, co oznacza, że Zamawiający bezpodstawnie wzywał do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Charakter prawny oświadczeń i dokumentów jest kategorią obiektywną, niezależną od wadliwej interpretacji dokonanej przez Zamawiającego. Rozgraniczenie to jest istotne, gdyż usuwaniu wadliwości treści oferty służą zupełnie odrębne instrumenty prawne. Niejasna treść oferty podlega wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 pzp lub poprawieniu w razie stwierdzenia uchybień, o których mowa w art. 87 ust. 2 pzp. Natomiast dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego podlegać mogą uzupełnieniu lub wyjaśnieniu na podstawie odpowiednio art. 26 ust. 3 i 4 pzp. Dopuszczanie do ponownego złożenia kosztorysów ofertowych zawierających wymagany według treści s.i.w.z zakres szczegółowości oznaczałoby przyzwolenie na sprecyzowanie oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, już po upływie terminu składania ofert. Powyższe stanowiłoby obejście wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp zakazu dokonywania jakiejkolwiek zmiany w treści oferty. Tymczasem jedynym dopuszczalnym odstępstwem od tego zakazu jest wynikająca z art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3”. (vide: KIO 2611/12).

Nawet gdyby przyjąć, że omawiany wykaz służył także potwierdzaniu wymagań w postępowaniu, należy podkreślić, że ma on na celu jednocześnie ustaleniu punktacji, więc także przy takiej kwalifikacji niemożliwym było jego uzupełnianie, co potwierdza doktryna i orzecznictwo: *”Niemożliwe jest uzupełnianie takich dokumentów, które choć potwierdzają wymagania, służą jednocześnie do ustalenia punktacji danej oferty w ramach ustalonych na podstawie art. 91 ust. 2 p.z.p. kryteriów oceny ofert.”* Zgodnie z ustaleniami poczynionymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2013 r., KIO 2511/13, *„gdy próbka ma służyć potwierdzeniu wymagań zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający w toku oceny próbki ma obowiązek zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w okolicznościach wskazanych w przepisie, jeśli natomiast ma stanowić element oferty (w tym z częstym przełożeniem na kryterium oceny ofert), wówczas wskazany przepis nie*

ma zastosowania" (vide: J. Andała-Sępkowska *"Granice poprawiania przez zamawiającego oferty złożonej w postępowaniu",* opubl. w Lex).

Zamawiający nie może także uznać argumentacji Odwołującego, że złożył jasne i jednoznaczne oświadczenie, jak również zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Brak wskazania osoby projektanta branży konstrukcyjnej przewidzianego do realizacji zadania, na tym etapie postępowania, nie pozwoliłby Zamawiającemu potwierdzić, że ten właśnie projektant branży konstrukcyjnej zostałby wskazany w wykazie osób – przy kolejnym etapie oceny oferty – w procedurze 24aa.

Samo oświadczenie, niezawierające niezbędnych danych, uniemożliwia ocenę oferty także na późniejszym etapie postępowania. Tym samym Zamawiający nie wiedziałby także czy Odwołujący dysponuje osobami posiadającymi wymagane uprawnienia do projektowania bez ograniczeń. Zatem, nie sposób zarzucać naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, zwłaszcza mając na względzie argumentację powołaną w tej odpowiedzi.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wniósł jak wyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek legitymacji czynnej warunkującej wniesienie odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec spełnienia wymagań ustawowych skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy).

Nie wystąpiły przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Niezasadny był wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania z tego powodu, że dotyczyło ono postanowień SIWZ. Odwołanie zostało wniesione w związku z odrzuceniem oferty odwołującego i podlegało rozpoznaniu na rozprawie.

Zamawiający opisał w SIWZ – warunki udziału w postępowaniu – wskazując w pkt 6.3.3 warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy: w ppkt 1 posiadanie doświadczenia, w ppkt 2 dysponowanie osobami. W pkt 7 – oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia odpowiednio wykazu usług wykonywanych, wykazu osób – szczegółowo opisanych w SIWZ.

W pkt 17 – kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia – zamawiający opisał kryteria oceny ofert i podał ich znaczenie: cena 80%, doświadczenie 16

projektanta w branży konstrukcyjnej 15%, aspekt społeczny 5% oraz wskazał sposób oceny ofert.

Odnośnie do kryterium doświadczenia projektanta w branży konstrukcyjnej, opisał w pkt 17.1.2, że oznacza ono posiadanie doświadczenia zawodowego przez osobę wskazaną w Formularzu oferty do pełnienia funkcji Projektanta branży konstrukcyjnej. Opisał szczegółowo wymagania w zakresie doświadczenia oraz sposób przyznawania punktów w skali od 0 do 15. Przedstawiając wymagany zakres wykonanych projektów, których ilość, rodzaj, ilość poziomów, technologia wykonania, uzyskanie prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę oraz wykonanie projektów na terenie województwa mazowieckiego, kwalifikowały wykonawcę do uzyskania punktów w tym kryterium w ilości 1, 5, 10, 15.

Określił, że punkty zostaną przyznane na podstawie oświadczenia złożonego w ofercie przez wykonawcę (pkt 5 Formularza Oferta) oraz wykazu wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji zamówienia. Opisał treść i zakres informacji jakie powinien przedstawiać wykaz. Zastrzegł, że niewykazanie żadnego doświadczenia projektanta w branży konstrukcyjnej, będzie podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy, jako niespełniającej wymogów SIWZ.

Wymóg złożenia wykazu został potwierdzony w odpowiedzi na pytanie Nr 2 dotyczącej treści SIWZ z dnia 13.02.2017 r.: „Zgodnie *z zapisem pkt 17.1.2 SIWZ „Kryterium „Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej:"*
Kryterium „Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej" oznacza posiadanie doświadczenia zawodowego przez osobę wskazaną w Formularzu oferty do pełnienia funkcji

Projektanta branży konstrukcyjnej. Punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 15 punktów, na podstawie oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w Formularzu Oferta oraz sporządzonego przez Wykonawcę wykazu wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji niniejszego zamówienia. Wykaz musi zawierać co najmniej: nazwę (opis) projektów budowlanych wraz z ilością kondygnacji, przy czym Zamawiający uzna 5 pięter od poziomu parteru, nazwę podmiotu na rzecz którego projekty były realizowane, datę uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę.
Treść odpowiedzi Zamawiający przekaże Wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, oraz zamieści na własnej stronie internetowej.
Wprowadzone zmiany mają moc wiążącą i stanowią integralną część SIWZ."

Odwołujący złożył oświadczenie w pkt 5 formularza oferty, podając że oświadczenie jest zgodne z wykazem sporządzonym przez wykonawcę, o którym mowa w pkt 17.1.2 SIWZ. Wykazu, jako uszczegółowionej treści oświadczenia wymaganego w formularzu oferty nie złożył. 17

W oświadczeniu odwołujący podał ilość projektów wraz z opisem, jaki został zamieszczony w opisie punktacji, oświadczenie nie zawierało opisu projektów budowlanych pozwalającego na ich identyfikację, nazw podmiotów na rzecz których projekty były realizowane, dat uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę – nie zawierało informacji dotyczących projektów branży konstrukcyjnej wykonanych przez zaoferowanego do realizacji zamówienia projektanta, wymaganych w pkt 17.1.2 SIWZ.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego „na *podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ").*

Uzasadnienie:

Wykonawca nie złożył w ofercie wykazu wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji niniejszego zamówienia. Wykaz musiał zawierać co najmniej: nazwę (opis) projektów budowlanych wraz z ilością kondygnacji, przy czym Zamawiający uzna 5 pięter od poziomu parteru, nazwę podmiotu na rzecz którego projekty były realizowane, datę uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę.

Wykonawcy, w celu możliwości dokonania oceny ofert w oparciu o przyjęte w SIWZ kryteria oceny ofert, mieli obowiązek załączyć do oferty wykaz wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji niniejszego zamówienia. Wykaz musiał zawierać co najmniej: nazwę (opis) projektów budowlanych wraz z ilością kondygnacji, przy czym Zamawiający uzna 5 pięter od poziomu parteru, nazwę podmiotu na rzecz którego projekty były realizowane, datę uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę. Wykaz stanowił podstawę potwierdzenia i zweryfikowania oświadczenia zawartego w ofercie, w którym wykonawca oświadczał, że wskazany Projektant branży konstrukcyjnej wykonał Projekty Budowlane dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego piętrowego w technologii tradycyjnej a dla Projektów (wskazanych powyżej) uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę, które umożliwiło realizację robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej. Ilość projektów które zostały zrealizowane lub są realizowane na terenie woj. Mazowieckiego. Powyższe oświadczenie musiało być zgodne z wykazem sporządzonym przez Wykonawcę, o którym mowa w ust. 17.1.2. SIWZ.

Wykonawca - ww. Konsorcjum firm - złożył w ofercie oświadczenie że „wskazany Projektant branży konstrukcyjnej wykonał 5 Projektów Budowlanych dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 6 piętrowego w technologii tradycyjnej a dla 5 Projektów (wskazanych powyżej) uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę, które umożliwiło realizację robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej. Ilość projektów które zostały zrealizowane lub są realizowane na terenie woj.

Mazowieckiego 5, Powyższe oświadczenie jest zgodne z wykazem sporządzonym przez Wykonawcę, o którym mowa w ust. 17.1.2. SIWZ".

Wykonawca nie złożył w ofercie wymaganego wykazu, a tym samym Zamawiający

nie miał możliwości dokonania oceny jego oferty i przyznania punktacji w kryterium opisanym w pkt 17.1.2 SIWZ: „Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej:"

Kryterium „Doświadczenie Projektanta brandy konstrukcyjnej" oznacza posiadanie doświadczenia zawodowego przez osobę wskazaną w Formularzu oferty do pełnienia funkcji Projektanta branży konstrukcyjnej, Punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 15 punktów, na podstawie oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w Formularzu Oferta oraz sporządzonego przez Wykonawcę wykazu wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej, przewidzianego do realizacji niniejszego zamówienia. Wykaz musi zawierać co najmniej: nazwę (opis) projektów budowlanych wraz z ilością kondygnacji, przy czym Zamawiający uzna 5 pięter od poziomu parteru, nazwę podmiotu na rzecz którego projekty były realizowane, datę uzyskania prawomocnego pokolenia na budowę.

1 pkt - doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu, tj.: wykonał jako Projektant branży konstrukcyjnej co najmniej 2 Projekty Budowlane dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 5 piętrowego w technologii tradycyjnej;

5 pkt - doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu, tj.: wykonał jako Projektant branży konstrukcyjnej co najmniej 3 Projekty Budowlane dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 5 piętrowego w technologii tradycyjnej;

10 pkt - doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu, tj.: wykonał jako Projektant branży konstrukcyjnej co najmniej 3 Projekty Budowlane dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 6 piętrowego w technologii tradycyjnej oraz dla co najmniej 2 projektów uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę;

15 pkt - doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału w postępowaniu, tj.: wykonał jako Projektant branży konstrukcyjnej co najmniej 4 Projekty Budowlane dla budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego co najmniej 6 piętrowego w technologii tradycyjnej oraz dla każdego projektu uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę, w tym co najmniej 2 projekty zrealizowano, lub są realizowane, na terenie województwa mazowieckiego.

UWAGA.: żądania, *które polegały na aktualizacji dokumentacji projektowej nie będą uznane jako spełniające powyżej opisany warunek, chyba* że *aktualizacji dokonał wykonawca dokumentacji.*

Najkorzystniejsza oferta może uzyskać maksimum 15 pkt. w kryterium „doświadczenie Zawodowe Projektanta branży konstrukcyjnej."

Jeżeli Wykonawca nie wykaże żadnego *doświadczenia Projektanta w branży konstrukcyjnej, to jego oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów SIWZ".* 19

Po rozpoznaniu odwołania w granicach zarzutów z uwzględnieniem postępowania dowodowego przeprowadzonego na rozprawie, Izba uznała, że w świetle wykazanych okoliczności, odwołanie podlega oddaleniu.

Ze stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego wynika, że kwestią sporną było zakwalifikowanie wymagania zamawiającego zamieszczonego w pkt 17.1.2 SIWZ i pkt 5 formularza oferty – wykazania przez złożenie oświadczenia i wykazu wykonanych projektów przez projektanta branży konstrukcyjnej przewidzianego do realizacji zamówienia – *posiadania doświadczenia zawodowego przez osobę wskazaną w Formularzu oferty do pełnienia funkcji Projektanta branży konstrukcyjnej* – w zakresie opisanym w tych dokumentach.

W ocenie odwołującego oświadczenie i wykaz były to oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp *(W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może* żądać *od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert)* – a więc podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy (Jeżeli *wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba* że *mimo ich złożenia, uzupełnienia lub*

poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania).

Ponadto, w ocenie odwołującego, informacja zamieszczona w pkt 5 formularza oferty mogła być uznana za wykazanie doświadczenia projektanta w branży konstrukcyjnej, ewentualnie z przyznaniem 0 punktów lub nieprzyznaniem, co nie miałoby wpływu na ogólną punktację oferty ze względu na korzystniejszą cenę oferty odwołującego, która uzyskałaby więcej punktów od oferty konkurencyjnej – uczestnika postępowania odwoławczego.

Przepisy art. 91 ustawy stanowią:

- *ust.1 Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;*

- *ust. 2 Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: (…) 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;*
- *ust. 2d Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców;*
- *ust. 3 Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.*

Zamawiający zastosował kryterium oceny ofert – doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia mogącej mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia – jako inne kryterium odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

Izba podzieliła ocenę zamawiającego, że oświadczenie i wykaz nie stanowiły oświadczeń lub dokumentów potwierdzających: -spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, -spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, -brak podstaw wykluczenia; -innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, lecz była to treść oferty, stanowiąca przede wszystkim jakościową gwarancję wykonania istotnego zakresu zamówienia oraz kryterium jakości niezbędne do punktacji oferty. Treść oświadczenia zamieszczona w pkt 5 formularza oferty odwołującego nie zawierała informacji dotyczących projektów branży konstrukcyjnej wykonanych przez zaoferowanego do realizacji zamówienia projektanta, w zakresie wystarczającym do oceny wymagań zamawiającego opisanych w pkt 17.1.2 SIWZ.

Z tego powodu nie mogło mieć miejsca uzupełniające złożenie wykazu w wyniku wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, również wyjaśnianie treści oferty skutkujące złożeniem wykazu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż przez złożenie wykazu oferta podlegałaby niedopuszczalnej w świetle wskazanego przepisu zmianie, a nie wyjaśnieniu jej treści.

Również oferta nie mogłaby być oceniona z pominięciem kryterium doświadczenia projektanta branży konstrukcyjnej, gdyż doświadczenie obok podstawy punktacji w kryterium jakości, stanowiło merytoryczny zakres realizacji zobowiązania wykonawcy stosowny do wymagania zamawiającego, stanowiącego teść oferty (jakościowe zobowiązanie wykonania umowy w sposób odpowiadający poziomowi doświadczenia projektanta wykazanego na podstawie przedstawionych projektów).

Izba podzieliła stanowisko prezentowane w artykule *„Doświadczenie zespołu jako kryterium oceny ofert”,* SIDiR (http://sidir.pl), [fragmenty opracowania w odniesieniu do jakości jako istotnego kryterium oceny ofert stanowiącego treść oferty]:

Promowanie jakości oferowanych przedmiotów wynika z dyrektyw zamówieniowych z 2014 r., które odwołują się do pojęcia jakości oraz – w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej – koncepcji *„najlepszej relacji jakości do ceny”,* odnoszących się do usług, których wykonanie na odpowiednim poziomie w dużej mierze zależy od rzetelnego i solidnego działania wykonawcy oraz jego umiejętności, usług projektowych (dostawę dzieła w postaci projektu).

Dotychczasowa ocena doświadczenia i kwalifikacji tego rodzaju osób, na

podstawie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – były utożsamiane z ogólnym potencjałem kadrowym wykonawcy i tym samym warunkami udziału w postępowaniu, a zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy nie mogą one stanowić kryteriów oceny ofert.

Wyrażona w przepisie art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zasada, że *kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej* (zasada wywodząca się z prawa wspólnotowego), nadal pozostaje niezmienna.

Prawo unijne, jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), wskazuje, że nie narzuca ono tak rygorystycznego zakazu, jak dotychczas przyjmowano. Wynika to bezpośrednio z dwóch przepisów dyrektyw, tj. art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/25/UE. Przepisy te mają analogiczne brzmienie – istotne elementy przepisu: *„2. (…) Kryteria takie mogą np. obejmować: (…) b) organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; (…).”*
Zatem, *„organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia”* zostały wskazane jako jedno z przykładowych kryteriów oceny ofert – kryterium o charakterze jakościowym.

Na gruncie wskazanych dyrektyw – oficjalnie i jednoznacznie przesądzono, że kryterium odnoszące się do jakości personelu (zespołu) mającego wykonywać przedmiot zamówienia nie dotyczy i nie łamie zakazu zawartego w art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – przy założeniu, że kryterium to zostanie prawidłowo sformułowane, tj. będzie się odnosiło do konkretnego personelu (zespołu) wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie ogólnie personelu wykonawcy bez wskazania jego powiązania z przedmiotem zamówienia i jego jakością. Tym samym kryterium to powinno być powiązane

ze sposobem wykonania zamówienia, przykładowo jako element metodologii wykonania zamówienia.

W wyroku TSUE z 26 marca 2015 r. w sprawie C-601/13 (Ambisig) Trybunał wskazał, że zdolność do wykonania zamówienia może zależeć w znacznym stopniu od zawodowej wartości osób zobowiązanych do jego wykonania, a na wartość tę składa się również doświadczenie zawodowe i wykształcenie tych osób, szczególnie, gdy usługa ma charakter intelektualny.

Zacytowane powyżej przepisy dyrektyw wskazują wprost: *„organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia”,* a wskazanie na *„personel wyznaczony do realizacji danego zamówienia”* jest bezpośrednim odniesieniem się do jednej z podstawowych zasad ustanawiania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli powiązania kryterium z przedmiotem zamówienia. Zasady te zostały wskazane w kilku orzeczeniach TSUE, z których najważniejsze to wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab.

Relacja kryterium jakościowego dotyczącego personelu, a warunku udziału w postępowaniu polega na tym, że przy ocenie warunku udziału w postępowaniu ocenia się potencjał kadrowy wykonawcy ogólnie, a przy ocenie według kryterium oceny ofert – indywidualnie osoby, które są wyznaczone do realizacji danego zamówienia.

W tym samym postępowaniu wymagania dotyczące osób mogą stanowić i warunek udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert. W takim przypadku zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu może określić minimalny zakres kwalifikacji i doświadczenia wymagany od personelu wykonawcy, a w ramach kryterium oceny ofert oceniać zakres kwalifikacji i doświadczenia osób przeznaczonych konkretnie do realizacji danego zamówienia, przyznając im stosowne punkty.

Oceniając spełnianie warunku zamawiający ocenia te kwalifikacje zero-jedynkowo, czy wymogi zostały spełnione, czy też nie. Natomiast oceniając zespół w ramach kryterium oceny ofert, zamawiający dokonuje wartościowania kwalifikacji proponowanych osób i przyznaje za nie ofercie punkty, które będą przyczyniały się do uplasowania oferty na danym miejscu rankingu ofert.

Obie oceny podlegają także innym rygorom formalnym – do kryterium oceny ofert nie ma zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych (zaproponowane do

zespołu osoby nie muszą stanowić kadry własnej wykonawcy, jednak wykonawca musi zagwarantować udział tych osób w realizacji zamówienia), podobnie jak, co do zasady, art. 26 ust. 3 – a przynajmniej zastosowanie to będzie poważnie ograniczone ze względu na wyrażony w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakaz zmiany treści oferty, bowiem członkowie zespołu będą stanowili ścisłą treść oferty, do tego podlegającą ocenie.

W rozpoznanym odwołaniu dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia na *"Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim dla planowanej inwestycji polegającej na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego z garażem podziemnym zlokalizowanego przy ul. Radzymińskiej w W.",* zamawiający jednoznacznie opisał warunek udziału wykonawców w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej ze skutkami oceny wynikającymi z ustawy oraz opisał kryterium oceny ofert *„Doświadczenie Projektanta branży konstrukcyjnej",* nadając temu wymaganiu treść oferty.

Odwołujący nie wykazał (kwestia bezsporna) doświadczenia zaproponowanego projektanta w sposób opisany w SIWZ. Brak pełnej informacji odpowiadającej wymaganiu w zakresie doświadczenia projektanta, stanowiącej treść oferty, nie podlegał uzupełnieniu.

Izba podzieliła stanowisko orzecznictwa, że zakres oferty służący do jej oceny w ramach kryteriów oceny ofert, nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert.

Treść oferty może być wyjaśniana wyłącznie w trybie wynikającym z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazującym uprawnienie zamawiającego w tym zakresie.

W wyroku z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/10 Sąd Okręgowy we Wrocławiu wskazał, że *„art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości* żądania *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał."*

Reasumując powyższe, Izba uznała, że wobec zaniechania odwołującego wykazania wymaganego doświadczenia projektanta zaproponowanego do wykonania zamówienia w sposób opisany w SIWZ, zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, zatem oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł. Izba nie

uwzględniła wniosku uczestnika postępowania odwoławczego o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, z uwagi na brak w okolicznościach tej sprawy podstawy prawnej.

Przewodniczący: ……