Sygn. akt: KIO 3245/24

WYROK

Warszawa, 10 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 7 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 września 2024 r. przez Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych „C." S. i J. C. S.J. w Krynicy-Zdroju w postępowaniu prowadzonym przez Małopolskie Parki Przemysłowe sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

przy udziale Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych „C." S. i J. C. S.J. w Krynicy-Zdroju i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych i Transportowych „C." S. i J. C. S.J. w Krynicy-Zdroju na rzecz zamawiającego - Małopolskie Parki Przemysłowe sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 3 938 zł (słownie trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3245/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Małopolskie Parki Przemysłowe sp. z o.o. Kraków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dla zadania: FOLWARK KOMPETENCJI – centrum wsparcia w obszarze e-zdrowia, zdrowia i zdrowienia wraz z wyposażeniem oraz uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie dla całego zakresu inwestycji, Znak postępowania: 1/ZP/BA/2024

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych „C." S. i J. C. Spółka Jawna Krynica-Zdrój wniósł 6 września 2024r. od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy BUDIMEX S.A. z/s w Warszawie której zarzuca niezgodność z przepisami ustawy Pzp.

Zarzuca, iż zaskarżona czynność została dokonana z naruszeniem przepisu art. 239 ust. 1, w zw. z art. 128 ust. 3, art. 223 ust. 1, art 16 Pzp oraz w zw. postanowieniami SWZ - rozdz. XIII ust. 4 - poprzez:

- uwzględnienie w trakcie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, w ramach analizy spełniania przez ofertę złożoną przez spółkę BUDIMEX S.A. kryterium: „Doświadczenie Personelu" i oceny tego kryterium, inwestycji realizowanych przez pana M. S. przewidywanego do pełnienia funkcji kierownika budowy w miejsce pana P. B. -wykazanego do pełnienia tej funkcji w Formularzu ofertowym – Załącznik nr 2 do SWZ - po terminie składania ofert i nadto w Załączniku nr 9 do SWZ – przeznaczonym do przedstawienia osób, które pełnić będą funkcje techniczne w procesie budowlanym i do przedstawienia danych dotyczących doświadczenia /wykształcenia tych osób w celu oceny, czy oferent spełnia warunki udziału w postępowaniu w postępowaniu określone w rozdz. V SWZ, ust. 4 lit. d),

- przyznanie w ramach kryterium „Doświadczenie personelu" ofercie spółki BUDIMEX S.A. 16 punktów, a całej ofercie 96 punktów – pomimo tego, że w związku ze zmianą osoby kierownika budowy po terminie składania ofert, oferta spółki BUDIMEX S.A. w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu" powinna otrzymać „0" punktów.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. ponownego badania i oceny ofert przy uwzględnieniu w nim, iż niedopuszczalne zmiany treści oferty,

dotyczące danych stanowiących podstawę ustalenia wagi kryterium przy ocenie złożonej oferty nie mogą zostać uwzględnione w ponownym badaniu i ocenie ofert.

Zarzucone przepisów Pzp stanowi, w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, istotne naruszenie przepisów, gdyż ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w przypadku potwierdzenia zarzutów oferta spółki BUDIMEX S.A. nie uzyska najbardziej korzystnego bilansu punktów przyjętych w postępowaniu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej.

UZASADNIENIE

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę spółki BUDIMEX S.A. w Warszawie przyznając jej, po dokonaniu oceny wszystkich kryteriów z SWZ dla oceny ofert, 96 punków. Oferta Odwołującego PRBiT „C." uzyskała 84,96 punktów i zajęła drugie miejsce.

Na uznanie za najkorzystniejszą ofertę BUDIMEX S.A. miało wpływ przyznanie tej ofercie 16 punków w ramach ustalonego w SWZ (rozdz. XIII ust. 4 SWZ) kryterium oceny ofert, jakim jest „ Doświadczenie Personelu". Odwołujący kwestionuje zasadność przyznania ofercie spółki BUDIMEX S.A. jakichkolwiek punktów na podstawie tego kryterium oceny ofert, stoi bowiem na stanowisku, iż oferta w sposób niedopuszczalny w świetle reguł dotyczących postępowań o udzielenie zamówień publicznych, została zmieniona przez tę Spółkę na etapie przedstawiania na wezwania Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z SWZ i Pzp Zamawiający po wstępnej ocenie, iż najkorzystniejsza jest oferta złożona przez spółkę BUDIMEX S.A, wezwał tę spółkę o przedstawienie podmiotowych środków dowodowych, mających potwierdzić spełnienie przez BUDIMEX S.A. warunków udziału w postępowaniu. Dane te, zgodnie z postanowieniami SWZ, miały zostać przedstawione Zamawiającemu w załączniku nr 9 do SWZ.

Spółka BUDIMEX S.A. w załączniku tym wykazała zmianę osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy, wprowadzając pana M. S. w miejsce pana P. B., przewidywanego do pełnienia tej funkcji w złożonej ofercie – zał nr 2 do SWZ. W załączniku nr 9 BUDIMEX S.A. dopisała rubrykę „ Kryterium: Doświadczenie Personelu (SWZ pkt XIII ppkt 4) „wykazała roboty budowlane, które jako kierownik budowy prowadził pan M. S., i które dawały podstawę do uzyskania dodatkowych punktów za złożoną ofertę, w ramach ustalonego w SWZ (Rozdz. XII ust. 4) kryterium oceny ofert „Doświadczenie Personelu".

Wskazanie innej osoby do pełnienia funkcji kierownika budowy z jednoczesnym wykazaniem jego doświadczenia zawodowego, z którym związane jest, w związku z ustalonym kryterium oceny ofert, uzyskanie dodatkowych punktów dla złożonej oferty, po terminie składania ofert i w sposób niedopuszczony zgodnie SWZ - w załączniku nr 9 a nie Załączniku nr 2 – stanowi niedopuszczalną w świetle norm zawartych w przepisach art. 128 ust. 3, 223 ust. 1 i 187 Pzp zmianę oferty.

Art. 128 ust. 3 Pzp zakazuje w oświadczeniu służącym uzupełnieniu lub poprawieniu oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub w podmiotowych środkach

dowodowych zawierania informacji służących potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji. Nie może więc prowadzić do zmiany oferty. W art. 187 Pzp także jest zakaz dokonywania istotnych zmian w treści ofert w ramach uszczegółowiania i wyjaśniania treści ofert. Granice dopuszczalnych zmian określa także przepis art. 223 ust. 1 Pzp, w którym zakazano prowadzenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i dokonywania jakichkolwiek zmian jej treści.

W SWZ zawarty jest zapis: „Punkty w kryterium „Doświadczenia Personelu" będą przyznawane w oparciu o informacje podane w Formularzu oferty , stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ.

Jest to uzasadnione, gdyż informacje te, ze względu na ustalenie punktowanego kryterium „Doświadczenie personelu" służą wstępnej ocenie oferty oraz, w związku z zasadami jawności, równego traktowania i uczciwej konkurencji a także niedopuszczalnością zmiany ofert, znane są wszystkim oferentom w chwili otwarcia ofert i określają płaszczyznę do dalszego prowadzenia postępowania. Ponadto, zawarcie tych danych w ofercie jest, w przypadku ich zmiany natychmiast widoczne dla wszystkich uczestników postępowania i pozwala na rzetelną ocenę wszystkich czynności podejmowanych w postępowaniu.

Informacja o osobie przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy powinna być podana na Formularzu oferty (załącznik nr 2 do SWZ) , gdyż w tym dokumencie miały zostać zawarte informację o inwestycjach, pozwalające przyznać ofercie złożonej przez BUDIMEX S.A. dodatkowe punkty w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu". Zmiana personelu owszem jest możliwa ale w takiej sytuacji nie można zgodzić się z przekonaniem i praktyką Zamawiającego, iż możliwym byłoby przyznanie 16 pkt Wykonawcy Budimex w ramach przedmiotowego kryterium w sytuacji, gdy nastąpiła zmiana kierownika budowy.

Takie działanie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, umożliwia bowiem modyfikację oświadczenia wykonawcy stanowiącego podstawę oceny oferty w ramach przewidzianych kryteriów po otwarciu ofert.

Należy zauważyć, że taka sytuacja byłaby równoznaczna ze zmianą ceny oferty po otwarciu ofert i zapoznaniu się z cenami innych wykonawców. Nie oznacza to jednakże, że nie jest dopuszczalna zmiana osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, jeżeli osoba ta jest powołana również dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie jest natomiast możliwe przyznanie punktów za doświadczenie nowej osoby w ramach kryteriów oceny ofert, jeżeli nowa osoba została wskazana po terminie otwarcia ofert. wobec w przedmiotowej sprawie naruszono tym samym art. 239 ust. 1 ustawy Pzp jak i art. 16 pkt1 ustawy Pzp.

Spółka BUDIMEX S.A. informację tę, nową, uzupełnioną w pewien sposób zakamuflowała w Zał. nr 9 do SWZ, przeznaczonym do przedstawienia danych dotyczących podmiotowych

środków dowodowych, służących wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w rozdz. V ust. 4 lit. d) SWZ.

Tym samym dokonała w ten sposób faktycznej zmiany oferty, zmiany informacji ocenianych w kontekście kryterium doświadczenie kierownika robót budowlanych co jest niedopuszczalne w świetle art. 128 ust.3 Pzp. Przepis stanowi, iż Złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

Podanie nowych (innych) inwestycji realizowanych przez zmienionego kierownika budowy na wykazanie jego doświadczenia zawodowego, które jest oceniane w ramach jednego z ustanowionych kryteriów oceny ofert, stanowi zmianę treści oferty. Jest niedopuszczalne, zaś zaakceptowanie tego przez Zamawiającego -prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wskazanych powyżej przepisów Pzp. Zezwolenie na wprowadzania takich zmian do treści oferty pozwalałoby na podejmowanie przez wykonawców, po zapoznaniu się z ofertami innych oferentów, działań mających polepszyć ich sytuację w postępowaniu.

Zamawiający określił w SWZ, iż ocena kryterium „Doświadczenie Personelu" dokonywana będzie na podstawie informacji zawartych w treści oferty, złożonej na Formularzu oferty (zał. nr 2 do SWZ). W tym dokumencie brak jest inwestycji dowodzących doświadczenie zawodowe pana M. S., mającego pełnić funkcję kierownika budowy w trakcie realizacji zamówienia.

Konsekwencją przyjęcia przez Zamawiającego zmienionej przez BUDIMEX S.A. oferty i uznania, że wykazywane w Zał nr 9 do SWZ doświadczenie zawodowe zmienionego kierownika budowy, inne niż potwierdzające spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, może stanowić podstawę do oceny tej oferty w zakresie kryterium: Doświadczenie Personelu" i przyznanie za spełnianie tego kryterium dodatkowych 16 punktów ofercie BUDIMEX S.A. jest wadliwa, z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp.

Punkty za wypełnianie kryterium „Doświadczenie Personelu" nie mogły być przyznane za doświadczenie zawodowe pana M. S., gdyż nie było ono wykazane w dokumencie oferty, a wprowadzenie danych dot. doświadczenia Pana M. S. stanowiło zmianę oferty i nie mogło podlegać ocenie i nie mogły być także przyznane punkty za doświadczenie jako kierownika budowy Pana P. B., skoro nie będzie on pełnić funkcji kierownika budowy.

Naruszenie przez Zamawiającego zasad oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi istotne naruszenie prawa w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych dla zadania: FOLWARK KOMPETENCJI – centrum wsparcia w obszarze e-zdrowia, zdrowia i zdrowienia wraz z wyposażeniem oraz uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie dla całego zakresu inwestycji.

W konsekwencji za kryterium „Doświadczenie Personelu" oferta spółki BUDIMEX S.A. powinna otrzymać „0" punktów.

W przypadku przeprowadzenia prawidłowej oceny ofert, oferta spółki BUDIMEX S.A. uzyska 80 punktów a oferta Odwołującego PRBiT „C." 84,96 punktów i to ta oferta powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe fakty i naruszenie przez Zamawiającego zasad oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty wnoszę o orzeczenie zgodnie z wnioskiem.

Załączono dokumenty wskazane w treści odwołania (zawarte w dokumentacji postępowania prowadzonego przez zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie bezzasadnego z uzasadnieniem, jak niżej.

Zamawiający 29 sierpnia 2024 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu Jako najkorzystniejszą uznano ofertę Przystępującego.

Zarzuty odwołania są niezasadne. Zamawiający nie naruszył przytoczonych w odwołaniu przepisów, ani też zasad z nich wynikających.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że nie doszło do zmiany treści oferty.

Pojęcie „treść oferty" nie zostało zdefiniowane w ustawie pzp, choć ustawa odwołuje się do niego m.in. wymieniając wśród przesłanek odrzucenia oferty niezgodność jej treści ze specyfikacją. Definicję tę można wywieść z orzecznictwa. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego.

W tym kontekście treść oferty Przystępującego nie uległa w żadnym stopniu zmianie.

Jak wynika z dokumentacji, na skutek zdarzenia losowego Przystępujący zmuszony był wskazać nową osobę do pełnienia funkcji Kierownika budowy na etapie postępowania.

Zmiany osobowe zostały przez Zamawiającego przewidziane i stosowne klauzule znajdują się w projektowanych postanowieniach umownych.

Zmiana w zakresie personelu Wykonawcy dopuszczalna jest nie tylko po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, ale i także przed jej zawarciem.

W tym miejscu należy rozważyć czy zmiana w składzie personelu Wykonawcy w tzw. wykazie osób jest dopuszczalna w trakcie postępowania. Literalne brzmienie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych (np. art. 128) pozwala na dokonywanie takiej zmiany.

Zaistniała zmiana nie wpływa na sytuację Wykonawców w postępowaniu.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości.

Reasumując, wniesione odwołanie co jest zrozumiałe stanowi jedynie próbę podważenia prawidłowo dokonanej przez Zamawiającego czynności w nadziei unieważnienia postępowania. Odwołanie nie zawiera przy tym wykazania rzeczywistych uchybień, ale stanowi jedynie polemikę z wyrywkowo cytowanymi fragmentami oświadczeń i dokumentów.

Przystępujący odnosząc się do każdego z zarzutów przedstawił swoje stanowisko co do kluczowych aspektów stanu faktycznego i prawnego spraw, ze szczególnym uwzględnieniem następujących elementów:

1) treść oferty i znaczenie jej poszczególnych elementów w kontekście pozacenowych

kryteriów oceny ofert,

2) treść dokumentacji postępowania, w tym SWZ i projektowanych postanowień umowy

w kontekście warunku udziału w postępowaniu i pozacenowego kryterium oceny ofert — „Doświadczenie personelu”,

3) możliwość zmiany osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy w kontekście

pozacenowych kryteriów oceny ofert i przyznanej punktacji.

Przystępujący podnosi, że formalnie nie zmienił treści swojej oferty. Treścią oferty jest bowiem oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, które stanowi jednostronne zobowiązanie wykonawcy do realizacji określonego świadczenia na rzecz zamawiającego. Zobowiązanie wykonawcy stanowiące treść oferty' odnosi się do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, innymi słowy — to oferowany przedmiot zamówienia oraz jego wielkość lub zakres. Nie budzi wątpliwości, że nie wszystkie elementy zawarte w formularzu ofertowym stanowią treść oferty.

Na podstawie art. 8 ustawy PZP należy przyjąć, że pojęcie oferty powinno być w ramach zamówień publicznych rozumiane zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, choć z określonymi odrębnościami wynikającymi ze szczególnych regulacji w ustawie Pzp. W ramach zamówień publicznych ofertę interpretuje się w sposób funkcjonalny, który nie zawsze odpowiada jej kodeksowej definicji.

W postępowaniu treścią oferty są oświadczenia znajdujące się na pierwszej stronie formularza ofertowego, które odnoszą się do tych właśnie elementów [tj. pkt 2), 3) oraz 5)):

2) składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w

Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami w ww. postępowaniu,

3) oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze SWZ i jej załącznikami i uznajemy się za

związanych jej postanowieniami;

4) wskazujemy dostęp do odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego,

Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej lub innego właściwego rejestru: [XI ekrs.ms.gov.pl — odpis z właściwego rejestru.

5) oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za:

Cena kosztorysowa za cały przedmiot zamówienia: brutto w PLN: 36 716 730 (trzydzieści sześć milionów siedemset szesnaście tysięcy siedemset trzydzieści złotych.

Zamawiający przewidział w postępowaniu następujące kryteria pozacenowe wraz z ich procentową wartością:

Cena —60%, Długość okresu gwarancji —20 % Doświadczenie Personelu —20 % Oczekiwaniem Zamawiającego było więc zaoferowanie najbardziej korzystnego cenowo zrealizowania przedmiotu zamówienia, zaoferowanie jak najdłuższego okresu gwarancji udzielanej przez wykonawcę na wykonany przedmiot zamówienia, a także dysponowanie jak najbardziej doświadczonym kierownikiem budowy.

W Rozdziale XIII ust. 4 SWZ Zamawiający określił, że:

„Zamawiający przyzna punkty za dodatkowe umowy (inne niż wymagane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określone w Rozdziale V SWZ) spełniające warunki określone dla danej funkcji w Rozdziale V SWZ w pełnieniu funkcji - w swojej specjalności kierownika budowy oraz kierownika prac konserwatorskich.

W kryterium punktowana będzie ilość wykonanych zamówień/umów, w których kierownik budowy wskazany do realizacji zamówienia pełnił funkcję kierownika budowy w powyższym zakresie /…/. Za każdą zrealizowaną umowę wykonawca otrzyma 2 punkty. Maksymalnie w ramach tego kryterium można uzyskać 20 punktów.

(...) Wykonawca nie może wykazać tych samych umów, które podał w wykazie osób wg zał 9 do SWZ zarówno na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności zawodowej kierownika budowy oraz kierownika prac konserwatorskich skierowanych do realizacji niniejszego zamówienia, jak i w kryterium oceny ofert.

Zamówienia wskazane w Formularzu ofertowym do kryterium oceny ofert, nie mogą być wykazane przez wykonawcę potem na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej kierownika budowy i kierownika prac konserwatorskich.

W przypadku wskazania w ofercie do oceny w ramach kryterium doświadczenia osób więcej niż jednej osoby do pełnienia danej funkcji, zamawiający będzie uwzględniał jedną osobę o najwyższej liczbie dodatkowego doświadczenia, która spełnia warunki udziału określone w przedmiotowym postępowaniu. Wówczas ta osoba będzie wskazana w wykazie osób i będzie realizować zamówienie jako kierownik budowy kierownik prac konserwatorskich. "

Powyższe postanowienia SWZ wskazują na fakt, że Zamawiający oczekiwał powiązania doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie spełniania warunku udziału z pozacenowym kryterium oceny ofert, co wynika bezpośrednio z szeregu uwag w cytowanym powyżej fragmencie SWZ. Kierownik budowy wskazany do realizacji

przedmiotu zamówienia, który był wskazany w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, musiał być tą samą osobą, której doświadczenie było dodatkowo punktowane w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Co więcej, doświadczenie wskazywane na potwierdzenie spełniania warunku udziału nie mogło się pokrywać z doświadczeniem wskazywanym w pozacenowym kryterium oceny ofert, które było punktowane dodatkowo.

W tych okolicznościach Budimex S.A. złożył oświadczenie odnoszące się do dysponowania specjalistą posiadającym kompleksowe doświadczenie w zakresie wymaganym. Treścią Przystępującego jest więc oświadczenie o posiadaniu w dyspozycji takiej osoby.

Treść dokumentacji postępowania

Treścią oferty Przystępującego nie są personalia (tożsamość) osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, bowiem kierownik budowy, podobnie jak każda osoba wskazywana do pełnienia określonej funkcji, może zostać zmieniona na etapie realizacji przedmiotu umowy, z uwzględnieniem konkretnych wytycznych zamawiającego.

Na tę właśnie okoliczność zwrócił zresztą uwagę sam Zamawiający określając w ramach projektowanych postanowień umowy (57 ust. 9 i ust. 10) warunki zmian „W przypadku wystąpienia niespodziewanych przeszkód w ich wykonaniu, Wykonawca będzie zobowiązany zapewnić na swój koszt zastępstwo dla tych osób. Zastępcy ustanowieni w ten sposób a w szczególności nowy kierownik budowy będą posiadać nie niższe uprawnienia i nie gorsze doświadczenie zawodowe, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu określone w SWZ oraz nie gorsze doświadczenie, niż to wskazane do punktacji w kryterium oceny ofert /…/

Ustanowienie zastępstwa wymaga zgody Zamawiającego wrażonej pisemnie. Zgoda zostanie wyrażona, jeżeli zostaną spełnione warunki określone w ust. 9 niniejszego paragrafu. Ustanowienie zastępstwa stanowi zmianę nin. Umowy. "

Treścią oferty złożonej przez Przystępującego była więc deklaracja odnosząca się do posiadania w ramach struktur personelu osoby — kierownika budowy, który posiada odpowiednie doświadczenie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Treścią oferty nie jest zaś, ujmując rzecz lapidarnie, „imię i nazwisko” kierownika, który, co się zresztą często dzieje po podpisaniu umowy, może zostać zmieniony na etapie realizacji, nawet w sytuacji, gdy doświadczenie kierownika jest jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Możliwość dokonania zmian w tym zakresie jest efektem interpretacji art. 454 ust. 1 i art. 455 ustawy Pzp. Zgodnie z wymienionymi przepisami, istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. A contrario zmiany inne niż istotne są w pełni dopuszczalne i nie wymagają przeprowadzenia nowego postępowania.

Należy wskazać, że zmiana polegająca na zmianie kierownika budowy, w określonych sytuacjach (takich jak ta, z którą mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu) może zostać

uznana za nieistotną. Warunkiem uznania przedmiotowej zmiany za nieistotną jest zagwarantowanie, że nowa osoba wskazana jako kierownik budowy będzie posiadała doświadczenie zbliżone do tego, które posiadał pierwotnie wskazany kierownik budowy, którego doświadczenie było odpowiednio punktowane na moment złożenia oferty i jej otwarcia i pozwoliło Wykonawcy otrzymać liczbę punktów plasującą jego ofertę na pierwszym miejscu w rankingu. Jeżeli wykonawca przedstawi taką osobę, to trudno mówić o tym, że gdyby pierwotnie ta osoba była wskazana jako kierownik,

to oferta zostałaby inaczej oceniona lub też nawet nie uznana za najkorzystniejszą. Pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczy przecież posiadanego doświadczenia, a nie określonych personaliów.

Nowo wskazany kierownik budowy posiada zbliżone doświadczenie jak wskazany pierwotnie (tak jest w niniejszym stanie faktycznym), zmiana taka nie może zostać uznana za istotną dla przedmiotowego zamówienia. Zmiana jest kwestią techniczną, a nie formą niedozwolonych negocjacji między Zamawiającym a Przystępującym, jak chciałby to kwalifikować Odwołujący. 1Przystępujący niezwłocznie powiadomił Zamawiającego o zamiarze zmiany osoby uczestniczącej w wykonaniu zamówienia, ze wskazaniem kluczowych informacji na temat posiadanych przez tę osobę uprawnień i doświadczenia zawodowego, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu i doświadczenia wymaganego w kryterium oceny ofert. Uczynił tak, by nie utrzymywać stanu fikcji niezmienności składu osobowego personelu wykonawcy przeznaczonego do realizacji inwestycji, a nie np. dlatego, że dostrzeżono nieprawidłowości w przekazanych danych, wykonawca usiłował wprowadzić Zamawiającego w błąd, wtedy by miała miejsce sytuacja sugerująca złą wolę czy niedbalstwo Przystępującego. Pierwotna ocena dokonana przez Zamawiającego, tj. uznanie, że Przystępującemu należy przyznać punkty w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, nie zdezaktualizowała się. Aktualne jest stwierdzenie, że Przystępujący dysponuje bardzo doświadczonym kierownikiem budowy, który posiada w swoim zawodowym portfolio liczne realizacje umożliwiające stwierdzenie, że osoba ta daje rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Ocena samej treści oferty w zakresie wymienionych powyżej elementów, tj. deklaracji co do złożenia oferty w zakresie określonym w Specyfikacji, deklaracji co do zapoznania się z treścią SWZ i załącznikami wraz z uznaniem się wykonawcy za związanego jej postanowieniami, co do ceny kosztorysowej, a także co do maksymalnego wydłużenia okresu gwarancji i co do posiadania w zespole kierownika budowy o bogatym doświadczeniu — już się zakończyła, i miała miejsce na moment składania ofert. Ocenie podlegało oświadczenie wiedzy Przystępującego dotyczące jego potencjału osobowego w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego potencjału, które pozwoliło Zamawiającemu przyznać Przystępującemu w ramach tego kryterium punkty, umożliwiające wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Sporna treść zawierająca oświadczenie odnoszące się do kryterium pozacenowego („Doświadczenie personelu”) nie jest wprost treścią oferty.

Treść oświadczenia zawiera deklarację woli o wykorzystaniu doświadczenia w ramach realizacji zamówienia, co nie stanowi treści oferty rozumianej ściśle, bowiem jest w istocie deklaracją wykonawcy co do jakości planowanych prac. Wykonawca wskazując, że dysponuje kierownikiem budowy o bogatym doświadczeniu deklaruje, że posiada wiedzę i doświadczenie w realizacji zbliżonych przedmiotowo inwestycji za pomocą dostępnego mu personelu.

Warto wskazać, że zgodnie z treścią wyroku, który był wydany w bardzo podobnym stanie faktycznym do sprawy niniejszej, sygn. akt KIO 1970/22 „zakres oświadczeń składanych w formularzu oferty nie może pozbawiać wykonawcy prawa do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, gdy dochodzi do zmiany sytuacji podmiotowej, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Należy zaznaczyć, iż uzupełnienie dokumentów, które utraciły swoją aktualność, w sytuacji gdy stanowią podstawę do oceny oferty również w kryterium nie może być sprowadzone do próby poprawienia swojej oferty. Nie oznacza to jednak, iż żadna zmiana nie może nastąpić w takiej sytuacji. Podobnie jak przy kryterium ceny, w sytuacji gdy przepisy Ustawy nakładają na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty (również z konsekwencją rachunkową dla ceny), w sytuacji dokumentów podmiotowych może to prowadzić do potrzeby Stan faktyczny sprawy rozpatrywanej przez Izbę pod sygnaturą KIO 1970/22 sprowadzał się do okoliczności, zgodnie z którymi zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert punktował doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, przy czym w zależności od liczby posiadanych zakończonych robót budowlanych, możliwe było otrzymanie maksymalnie 4 dodatkowych punktów w ramach tego kryterium. Wykonawcy mieli w ofercie podać imię i nazwisko osoby wyznaczonej do pełnienia wskazanej funkcji oraz jej doświadczenie.

W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kierownik robót zrezygnował z pełnienia funkcji kierownika w ramach analizowanego postępowania, z przyczyn osobistych. W omawianym stanie faktycznym sprawy KIO 1970/22 Izba wzięła pod uwagę fakt, że wykonawca składając ofertę nie miał świadomości, iż informacja dotycząca udziału osoby wskazanej na dodatkowo punktowane stanowisko kierownika robót okaże się sprzeczna z późniejszymi oświadczeniami samego zainteresowanego kierownika. Izba uwzględniła również w procesie orzekania okoliczność, że wykonawca o zmianie decyzji kierownika dowiedział się po fakcie, tj. już po złożeniu oferty. W ocenie Izby, wykonawca składając ofertę „nie miał podstaw przypuszczać, że dotychczasowe zasady współpracy nie będą możliwe do kontynuowania

W stanie faktycznym sprawy Izba uznała, że „deklaracja w formularzu oferty była wprost powiązana z oceną podmiotową wykonawcy, co wynika bezpośrednio z uwagi zawartej w formularzu, że osoby kierowników budowy i robót wskazywane do realizacji przedmiotu zamówienia, których doświadczenie będzie punktowane muszą być tymi samymi osobami, które zostaną wskazane w wykazie osób w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Deklaracja z formularza oferty miała na celu ocenę oferty. w kryterium, które zostało powiązane bezpośrednio z doświadczeniem stanowiącym warunek udziału w postępowaniu w ten sposób, iż ilości punktów decydowała ilość zrealizowanych prac ponad warunek udziału w postępowaniu. Samo umiejscowienie oświadczenia wykonawcy w formularzu oferty nie powodowało. iż stanowiło ono treść oferty identyfikującą zakres zobowiązania wykonaną w sposób determinujący. zakres i sposób realizacji prac.

Sam udział osób, których doświadczenie oceniane było w kryterium stanowi warunek realizacji robót w zgodzie z wymaganiami Zamawiającego, jednak nie wyklucza to zmiany osób w trakcie realizacji prac. Treścią zobowiązania wykonawcy nie był udział konkretnej osoby w pracach, ale zapewnienie udziału osoby spełniającej warunki i posiadającej

doświadczenie ocenione według kryterium oceny oferty."

Również i w stanie faktycznym wyroku KIO 1970/22, postanowienia umowy umożliwiały zmianę osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, podobnie jak ma to miejsce w ramach niniejszego postępowania. Przechodząc do oceny sytuacji nin. postępowania i uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że fakt dokonania przez Przystępującego zmiany personaliów kierownika budowy, który został wymieniony w formularzu ofertowym, z powołaniem na sytuację losową (życiową), jest nie tylko dopuszczalny w tym stanie faktycznym, ale stanowi również wyraz dochowania należytej staranności, pełnej transparentności i dbałości o realność składanych oświadczeń. Tego wymaga się przecież od wykonawców w ramach ich udziału w procedurze przetargowej na każdym etapie prowadzenia postępowania.

Przystępujący w obliczu zmiany sytuacji życiowej osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, postanowił dokonać omawianej zmiany na stanowisku kierownika budowy. W ocenie Przystępującego wykazał się on daleko idącą lojalnością wobec Zamawiającego, informując go o dokonanej zmianie na najważniejszym stanowisku na budowie. Być może korzystniejsze byłoby w tej sytuacji milczenie i dokonanie niezbędnej zmiany już po podpisaniu umowy. Warto nadmienić, co jest również istotne w kontekście analizy wyroku KIO 1970/22, że niezależnie od tego, czy weryfikuje się doświadczenie wskazanego pierwotnie w formularzu ofertowym kierownika budowy, czy też doświadczenie kierownika wskazanego później, oferta i tak znajduje się na pierwszym miejscu. Również i na ten aspekt zmiany kierownika po otwarciu ofert zwróciła uwagę Izba w wyroku KIO 1970/22.

„Ponadto, w przypadku oferty Odwołującego wskazanie nowej osoby w żaden sposób nie poprawiłoby pozycji oferty gdyż w oparciu o doświadczenie kierownika, jakim wykonawca dysponował składając ofertę, mógł uzyskać maksymalną liczbę punktów. Tym samym zastąpienie osobą z podobnym doświadczeniem nie może poprawić sytuacji wykonawcy, może natomiast spowodować, iż ostatecznie otrzyma tyle samo lub mniej punktów.

Izba wskazała zatem, że jeśli wystąpi taka konieczność, należy uaktualnić dokumenty podmiotowe, co nie prowadzi do zmiany oceny oferty w kryterium, co również ma miejsce w niniejszym postępowaniu: „Nie oznacza to jednak, iż żadna zmiana nie może nastąpić w takiej sytuacji. Podobnie jak przy kryterium ceny, w sytuacji gdy przepisy Ustawy nakładają na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty (również z konsekwencją rachunkową dla ceny), w sytuacji dokumentów podmiotowych może to prowadzić do potrzeby uaktualnienia danych. W niniejszej sprawie, uaktualnione miałyby zostać dane personalne osoby, którą wykonawca może zastąpić z uwagi na zmianę sytuacji życiowej pierwotnie wskazanej w ofercie osoby, co istotne nie będzie to musiało prowadzić do zmiany oceny ofert w kryterium. Wykonawca zapowiadał bowiem, iż może wskazać inną osobę z takim samym doświadczeniem. ”

Zakres oświadczeń i deklaracji złożonych w formularzu nie może pozbawiać wykonawcy — w sytuacji zmiany sytuacji podmiotowej — uprawnienia do uzupełnienia czy poprawienia podmiotowych środków dowodowych, jeśli podlegają one uaktualnieniu.

W postępowaniu doszło zatem do zgodnego z przepisami ustawy PZP i z dokumentacją uaktualnienia personaliów osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, która legitymuje się odpowiednim doświadczeniem, co pozwoliło przystępującemu wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także zdobyć najwyższą spośród pozostałych wykonawców liczbę punktów umożliwiającą wybór oferty jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, przedłożona przez zamawiającego, stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przestawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołanie nie może być uwzględnione.

Izba zważyła, co następuje.

Skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego oraz przystępującego co do braku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp w trakcie badania i oceny ofert oraz wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uznaje się za prawidłowe ustalenia i konkluzje i przyjmuje je za własne, zawarte w wyroku z dnia 16 sierpnia 2022 r. sygn. akt: KIO 1970/22, który zapadł w analogicznym do rozpatrywanym stanie faktycznym i prawnym, a został szeroko cytowany w stanowisku pisemnym przystępującego. Izba zauważa, że stosownie do art. 126 ustawy pzp wezwany w tym zakresie wykonawca jest zobowiązany do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca, co jest niesporne, złożył takie aktualne dokumenty potwierdzające zarówno spełnienie warunków udziału, jak i potwierdzające doświadczenie personelu deklarowane w złożonej ofercie, które wynikowo przekłada się na ocenę w pozacenowym kryterium oceny ofert. Zmiany podmiotowe w zakresie będącym przedmiotem rozpatrzenia nie prowadzą do wniosku o niedopuszczalnej zmiany treści oferty niezależnie od rozumienia pojęcia oferty, czy to w znaczeniu wąskim, czy też szerokim. Oczywiste jest przy tym, że niedopuszczalne byłoby doprowadzenie do sytuacji, gdyby zmiana skutkowała poprawieniem statusu wykonawcy w rankingu ofert dokonanym na podstawie ofert złożonych, wobec naruszenia w takim stanie, podstawowych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 i 17 ustawy pzp.

W rozpatrywanym stanie faktycznym uaktualnione informacje co do personelu nie zmieniły pozycji ofert złożonych przez wykonawców, ustalonych na podstawie kryterium ich oceny. W konsekwencji zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1, w zw. z art. 128 ust. 3, art. 223 ust. 1, art 16 ustawy Pzp i postanowień SWZ nie potwierdziły się. Stwierdzić należy także, że nie istnieje podstawa prawna do uznania, że w zaistniałym stanie faktycznym, wykonawca powinien był otrzymać 0 (zero) punktów w przedmiotowym kryterium pozacenowym. Uzupełniająco należy przy tym zauważyć, że art. 128 ust. 3 ustawy pzp nie ma zastosowania, jako że dotyczy kryteriów selekcji, te zaś są zdefiniowane ustawowo w art. 7 pkt 9 ustawy pzp jako „kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w konkursie, w celu ograniczenia liczby wykonawców albo uczestników konkursu, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych”. Przepis dotyczy zatem postępowań, które nie są prowadzone w jednym etapie.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), a także w oparciu o § 5 pkt 2 a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami),

orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci uiszczonego wpisu od odwołania oraz zasądzając wynagrodzenie zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia wskazanego w zdaniu poprzednim .

Przewodniczący: …….....