

WYROK

z dnia 18 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 17 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2017 r. przez wykonawcę **Budromost Starachowice Sp. z o.o., ul. Św. Rocha 31, 27-215 Wąchock** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Starachowice, ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice**

przy udziale wykonawcy **A. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych A.C., ul. Benedyktyńska 11, 27-200 Starachowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje uwzględnienie w toku ponownego badania i oceny ofert okoliczności, iż niedopuszczalne jest dokonywanie zmiany w treści oferty i posłużenie się nowym wykazem robót na cele ustalenia wielkości kryterium w ofercie.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Starachowice, ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budromost Starachowice Sp. z o.o., ul. Św. Rocha 31, 27-215 Wąchock** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1 Zasądza od **Gminy Starachowice, ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice** na rzecz wykonawcy **Budromost Starachowice Sp. z o.o., ul. Św. Rocha 31, 27-215 Wąchock** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Starachowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa ulicy Miodowej i Smugowej w Starachowicach”, dalej: „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 marca 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 36999.

Odwołujący: „BUDROMOST - STARACHOWICE” sp. z o.o. z siedzibą w Wąchocku wniósł odwołanie i zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 poprzez dokonanie błędnej oceny oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych A. C., dalej „PRD A. C.”, i przyznanie temu wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenia kierownika robót 10 pkt, podczas, gdy oferta ta powinna otrzymać w przedmiotowym kryterium 0 pkt;
2. art. 7 ust. 1 i 3 przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem argumentacji wskazanej w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął 26 kwietnia 2017; via mail, otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołanie zostaje, zatem wniesione z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, ofercie PRD A. C. zostałoby przyznane 0 pkt w ramach kryterium „doświadczenia kierownika robót zamiast 10 pkt, a tym samym oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Nie może, zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia.

I. Dopuszczalność wniesienia odwołania - dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert.

1. Stosownie do treści art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 odwołanie przysługuje wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została określona przez ustawodawcę w art. 92 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację”.

Niniejsze odwołanie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem Odwołujący kwestionuje ilość przyznaną przez Zamawiającego punktów ofercie wykonawcy PRD A. C. Żądaniem natomiast postawionym w odwołaniu jest zmniejszenie ilości punktów przyznanej ofercie ww. wykonawcy.

2. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wydanym na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp:

a. pojęcie „wybór oferty najkorzystniejszej” należy, zdaniem składu orzekającego, utożsamiać z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej sensu stricte czyli zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zaś sensu largo czyli w potocznym rozumieniu tego sformułowania obejmującego również ocenę spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz poprawność jego oferty pod kątem przesłanek odrzucenia. ” (postanowienie KIO z dnia 29 listopada 2016 r. KIO 2162/16);

b. „w konsekwencji, poszukiwanie znaczenia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej”, o którym mowa w art 180 ust 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że pojęcie to należy rozumieć wąsko. Nie można bowiem, zakładając racjonalność i konsekwencję ustawodawcy, twierdzić, że „wybór najkorzystniejszej oferty” obejmuje „zaniechanie czynności odrzucenia oferty”. Wąskie rozumienie pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” należy, zdaniem składu orzekającego, utożsamiać z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak. zakres pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” jest określony w art 91 ust 1 Prawa zamówień publicznych. Przepis ten w ocenie Izby wskazany jako podstawa prawna odwołania wniesionego w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych jest skorelowany z przesłanką wskazaną w art 180 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Oznacza to, że Odwołujący w odwołaniu mógłby wnosić o przyznanie

Przystępującemu mniejszej ilości punktów w kwestionowanym kryterium, ale nie może (poniżej tzw. progów unijnych) kwestionować zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego” (por. postanowienie KIO z dnia 16 listopada 2016 r. KIO 2084/16);

c. Analiza znowelizowanego przepisu art 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użytego w nim przez ustawodawcę sformułowania "czynność wyboru najkorzystniejszej oferty" prowadzi, zdaniem Izby, do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy (jak również zaniechanie czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania), a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Za takim rozumieniem przepisu przemawia po pierwsze wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art: 2 pkt 5 ustawy Pzp). Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przez wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć czynność zamawiającego polegającą na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne (postanowienie KIO z dnia 18 października 2016 r. KIO 1910/16).

3. W związku z powyższym, nie może budzić wątpliwości fakt, że odwołanie, w treści którego Budromost kwestionuje ilość przyznanych PRD A. C. punktów dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co w konsekwencji oznacza, że jest wniesione na podstawie przesłanki określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp.

II. Zarzut dotyczący błędnej ilości przyznanych punktów.

1. Zgodnie z pkt 16 SIWZ zostały ustalone następujące kryteria oceny ofert:

„7. Cena ofertowa - 60%

2. inne kryteria - 40% w tym:

a) okres gwarancji i rękojmi -10%

b) doświadczenie kierownika budowy - 15 %

c) doświadczenie kierownika robót-10%

d) wysokość kary umownej z tytułu zwłoki w zakończeniu robót budowlanych -

2. Zamawiający wskazał w pkt 16 SIWZ, że punkty w kryterium „doświadczenie kierownika robót będą przyznawane za doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez

Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika robót (specjalność sanitarna bez ograniczeń). Zgodnie z opisem przedmiotowego kryterium zamieszczonym w SIWZ za każdą realizację więcej niż 1 (nie więcej niż 6) wymienioną w formularzu „Oferta”, na której ww. osoba pełniła funkcję kierownika robót, oferta otrzyma 2,00 punkty (maksymalnie 10,00 punktów w kryterium). W SIWZ zostało określone, że w ramach przedmiotowego kryterium będzie można uzyskać od 0 (brak realizacji wskazanych dla kierownika robót) do 10 punktów (6 i powyżej 6-ściu realizacji wskazanych w formularzu dla kierownika robót). Zamawiający stwierdził, że przyzna punkty wyłącznie za te realizacje, które obejmowały swoim zakresem budowę sieci kanalizacyjnych o wartości minimum 350.000 zł brutto każda.

3. Dysponowanie kierownikiem robót sanitarnych było również warunkiem udziału w postępowaniu (pkt 6.II.1 lit. b) SIWZ), jednak w treści warunku zastrzeżono jedynie wymóg co do posiadania przez osobę wskazaną do pełnienia przedmiotowej funkcji uprawnień budowlanych w specjalności sanitarnej bez ograniczeń. Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych podlegało ocenie wyłącznie w ramach kryteriów oceny ofert.

4. Z treści udostępnionej oferty wykonawcy PRD A. C. wynika, że na stanowisko kierownika robót w specjalności sanitarnej został wskazany - w formularzu ofertowym - Pan L. K. Dla osoby tej zostało wskazanych 6 realizacji mających obejmować budowę sieci kanalizacyjnych o wartości minimum 350 000 zł brutto każda. Pan L. K. wystosował w dniu 7 kwietnia 2017 r. pismo do Zamawiającego, w którym jednoznacznie zaprzeczył, że PRD A. C. był uprawniony do posłużenia się jego osobą w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz uzyskania wyższej ilości punktów. Pan L. K. poinformował, bowiem że:

- a. nie łączy go do z PRD A. C. żaden stosunek pracy,
- b. nie udzielił pisemnego zobowiązania do udostępnienia jego zasobów jakimkolwiek podmiotowi,
- c. wykorzystanie jego osoby przez PRD A. C. odbyło się bez jego wiedzy, a ewentualny udział w realizacji inwestycji jest niemożliwy.

5. Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp wezwał PRD A. C. do przedstawienia wyjaśnień oraz dowodów, iż podjął wystarczające działania do wykazania jego rzetelności i wiarygodności, mimo zaistnienia podstaw do wykluczenia z postępowania. W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie, PRD A. C. wskazał, że z samego faktu złożenia pisma przez Pana L. K. wynika, iż osoba ta musiała wiedzieć o wskazaniu jej przez wykonawcę na stanowisko kierownika robót. Wykonawca wyjaśnił, że warunki współpracy zostały uzgodnione telefonicznie w związku z czym, Pan L. K. przesłał PRD A. C. dokumenty - CV, dokument potwierdzający uprawnienia zawodowe oraz zestawienie nadzorowanych robót.

Wykonawca oświadczył, że z samego faktu przesłania mu ww. dokumentów przyjął, iż Pan L. K. udostępnił swoją osobę. W związku jednak z zaistniałymi wątpliwościami, PRD A.C. wskazał, iż posiada w rezerwie inną osobę spełniającą wymagane przez Zamawiającego kryteria - Pana T. K. i załączył dla tej osoby dokument potwierdzający posiadane uprawnienia, wykaz nadzorowanych robót wraz ze zobowiązaniem do podjęcia współpracy.

6. Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2017 r. wezwał PRD A. C. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z uzupełnionymi w dniu 20 kwietnia 2017 r. dokumentami PRD A. C. wskazał w wykazie osób Pana T. K. na stanowisko kierownika robót sanitarnych. Jest to jedyna osoba wskazana w wykazie osób do pełnienia ww. funkcji.

7. W świetle opisanego powyżej stanu faktycznego, przyznanie PRD C. 10 pkt w ramach kryterium doświadczenia kierownika robót było całkowicie bezzasadne, bowiem ww. wykonawca powinien otrzymać w powołanym kryterium 0 pkt. Przede wszystkim, z treści dokumentacji postępowania jednoznacznie wynika, że Pan L. K. nie mógł być wskazany przez PRD A. C. na stanowisko kierownika robót. Osoba ta w sposób jasny zaprzeczyła, że PRD A. C. mógł wykorzystać jej doświadczenie w celu posłużenia się nim w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Sam bowiem fakt, iż PRD A. C. oraz Pan L. K. toczyli potencjalne rozmowy o ewentualnej współpracy nie potwierdza możliwości posłużenia się przez wykonawcę w postępowaniu doświadczeniem osoby trzeciej bez wyraźnej zgody tej osoby. W szczególności, iż doświadczenie tej osoby zwiększało liczbę możliwych do uzyskania punktów w ramach ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności i w sposób niebudzący najmniejszych wątpliwości zagwarantować sobie możliwość współpracy z kierownikiem robót w taki sposób, aby wykorzystanie jego doświadczenia było wiarygodne. Z oświadczenia Pana L. K. wynika natomiast, że jego osoba i doświadczenie wskazane w formularzu ofertowym PRD A. C. zostało wykorzystane bez zgody tej osoby.

8. Wobec faktu, iż doświadczenie kierownika robót sanitarnych stanowi kryterium oceny ofert niedopuszczalne jest uzupełnienie/ zmiana oświadczenia wskazanego w tym zakresie w formularzu ofertowym poprzez podmienienie osoby uprzednio wskazanej w ofercie. Z dokumentacji postępowania wynika, że po powzięciu informacji o braku możliwości posłużenia się doświadczeniem osobą Pana L. K., PRD A. C. w celu uzyskania wyższej liczby punktów dokonał zmiany treści oferty i oświadczył, iż kierownikiem robót będzie Pan T. K..

a. Dopuszczenie do uzupełnienia bądź zmiany przez PRD A. C. doświadczenia wskazanego w formularzu ofertowym w zakresie kierownika robót sanitarnych stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 Pzp).

Akceptacja takiego stanu rzeczy prowadziłaby do tego, iż wykonawcy mogliby uzupełniać/ zmieniać informacje/ dokumenty podlegające badaniu w ramach kryteriów oceny ofert po zapoznaniu się z innymi ofertami i ilością np. doświadczenia wskazaną przez pozostałe podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia.

b. Na powyższy aspekt zwróciła uwagę Izba w wyroku z dnia 12 lutego 2010 r. KIO/UZP 1981/09, jak również w wyroku z dnia 30 czerwca 2016 r. KIO 1095/16, zgodnie z którym „Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Działanie Zamawiającego w niniejszym stanie faktycznym należy uznać za zgodne z przepisami ustawy Pzp. Bezspornym jest, iż Odwołujący w Formularzu „Jakość” nie wskazał czasu wykonania usługi „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSiSDN”. (...) Zauważenia wymaga, iż pozycja „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów MSiSDN” stanowiła kryterium oceny ofert (jej podkryterium), którego wyjaśnienie po otwarciu ofert mogłoby być uznane za niedozwolone negocjacje i próba manipulacji przyznaną punktacją (...)”.

c. Podkreślenia wymaga fakt, że w przywołanym powyżej wyroku Izba nie tylko nie dopuściła do uzupełnienia/ zmiany brakujących informacji w zakresie objętym kryterium oceny ofert, ale również stwierdziła, że wyjaśnienie treści oferty w tym obszarze będzie niedopuszczalne.

9. Jak było wskazane powyżej, PRD A. C. wskazał na stanowisko kierownika robót inną osobę i uzupełnił dla tej osoby dokumenty - w tym m.in. wskazał tę osobę w treści wykazu osób. Z dokumentów złożonych przez PRD A. C. wynika, że wykonawca ten nie ma już zamiaru posługiwania się osobą Pana L. K. w celu tak wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak również w celu uzyskania wyższej ilości punktów w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenia kierownika robót”. Z dokumentacji postępowania, w szczególności z karty oceny ofert nie wynika, w jaki sposób ocenił powyższą czynność Zamawiający - tzn. czy przyznał PRD A. C. punkty za doświadczenie kierownika robót Pana L. K., jako osoby wskazanej w treści formularza ofertowego tego wykonawcy czy uwzględnił doświadczenie Pana T. K., który został wskazany na stanowisko kierownika robót sanitarnych, i dla którego PRD A. C. przedłożył wykaz realizacji. Niemniej należy stwierdzić, że w żadnym z powyższych przypadków nie było podstaw do przyznawania dodatkowych punktów wykonawcy PRD A. C..

a. Doświadczenie kierownika wskazanego w formularzu ofertowym nie powinno być brane pod uwagę w związku z powyżej podniesionymi okolicznościami, jak również w związku z faktem, że PRD A. C. w sposób jednoznaczny zrezygnował z Pana L. K. i planuje realizować przedmiot zamówienia, wskazując na stanowisko kierownika robót inną osobę. Uwzględnienie w kryterium oceny „doświadczenia kierownika robót” doświadczenia Pana L.

K. przy jednoczesnym wskazaniu przez PRD A. C. w wykazie osób Pana T. K. stanowiłoby zaprzeczenie sensu kryteriów oceny ofert, które mają przecież wpływać na jakość wykonania przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem Pan L. K. nie będzie uczestniczył w realizacji inwestycji, to nie ulega wątpliwości, że jego doświadczenie nie będzie miało przełożenia na jakość wykonanych robót, a zatem nie powinno być punktowane.

b. W SIWZ wskazano, że punkty w ramach kryterium „doświadczenia kierownika robót” będą przyznawane za doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika robót (specjalność sanitarna bez ograniczeń). Z powyższego wynika, że w ramach przedmiotowego kryterium powinno być oceniane doświadczenie osoby wskazanej przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt II.1) lit. b SIWZ. Skoro Pan L. K. nie został wskazany w uzupełnionym wykazie osób złożonym przez PRD A. C., to również z tego względu jego doświadczenie nie powinno być oceniane w ww. kryterium.

c. Z drugiej strony, w przypadku uznania wykazu doświadczenia Pana T. K., należy stwierdzić, że działanie takie również byłoby całkowicie nieuprawnione. Oświadczenie odnośnie doświadczenia kierownika robót zostało wskazane w formularzu ofertowym, a ponadto stanowi oświadczenie podlegające ocenie w ramach kryterium oceny oferty. Zmiana formularza ofertowego w przedmiotowym zakresie nie powinna być dopuszczalna, bowiem prowadziłaby do zmiany treści oferty PRD A. C.. Jak było wskazane powyżej, kierownik robót z odpowiednimi uprawnieniami był osobą wymaganą w niniejszym postępowaniu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Doświadczenie kierownika robót podlegało natomiast punktacji wyłącznie w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenia kierownika robót”. Innymi słowy, doświadczenie kierownika robót nie było wskazywane w wykazie osób, bowiem informacja o nim nie była wymagana treścią warunku udziału w postępowaniu, a było podawane przez wykonawców wyłącznie w formularzu ofertowym - por. lit. c formularza ofertowego. Biorąc pod uwagę kształt postanowień SIWZ sformułowanych przez Zamawiającego informacja o doświadczeniu kierownika robót nie jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Skoro sam Zamawiający określił, iż doświadczenie kierownika robót stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i wskazywane w treści formularza ofertowego, to nie ulega wątpliwości, że nie stanowi ono dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Oświadczenie złożone w formularzu ofertowym nie powinno również podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert. W orzecznictwie KIO nie budzi wątpliwości pogląd, iż art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Pzp (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) daje zamawiającemu możliwość żądania od wykonawców

wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Niemniej jednak ta procedura nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie i nie mogą jej zmieniać” (wyrok KIO 930/12).

10. W związku z powyższym, przyznanie przez Zamawiającego wykonawcy PRD A. C. 10 pkt w ramach kryterium „doświadczenia kierownika robót” nastąpiło z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Prawidłowe działanie Zamawiającego powinno polegać na przyznaniu temu wykonawcy 0 pkt w ramach ww. kryterium oceny ofert.

11. Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że wykaz doświadczenia uzupełniony dla Pana T. K. nie potwierdza zasadności uzyskania przez tego wykonawcę aż 10 pkt w ramach kryterium oceny „doświadczenia kierownika robót”. Przede wszystkim wykaz prac dla Pana T. K. został podpisany wyłącznie przez ww. osobę a nie przez wykonawcę, a zatem nie stanowi oświadczenia PRD A. C. mogącego być podstawą do przyznania dodatkowej punktacji. Już ta okoliczność świadczy o konieczności przyznania temu wykonawcy 0 pkt w ww. kryterium. Należy nadmienić, że przedmiotowy dokument był już uzupełniany w związku z czym, brak podpisu wykonawcy nie może być w żaden sposób sanowany. Zgodnie z ww. wykazem prac doświadczenie Pana T. K. obejmuje:

a. Przebudowę i rozbudowę dróg gminnych w gminie Stąporków - (budowa kanalizacji deszczowej) -471 754,09 zł

b. Budowę pętli autobusowej przy ul. Wojska Polskiego w Bukowce w Kielcach - (budowa kanalizacji deszczowej) - 432 923,1 zł

c. Budowę kanalizacji sanitarnej w ul. Zalesie, Garbarskiej, Laskowej, Wodnej i Zagórskiej - 933 313 zł

d. Przebudowę drogi wojewódzkiej nr 746 na odcinku Modliszewice - Końskie od km 14+678 do 15+845 - (budowa kanalizacji deszczowej) - 737 735,26 zł

e. Budowę kanalizacji sanitarnej wraz z wysięgnikami w granicy pasa drogowego w ul. Sandomierskiej na odcinku od skrzyżowania ulicy Sandomierskiej z ulicą Szczecińską do granic miasta Kielce - 5 048 452,01 zł

f. Rozwój systemu komunikacji publicznej w Kieleckim Obszarze Metropolitalnym - Budowa węzła drogowego u zbiegu ulic: Żelazna, 1 Maja, Zagnańska wraz z przebudową Ronda im. Gustawa Herlinga Grudzińskiego - budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami - 2 601 647, 75 zł, - budowa kanalizacji deszczowej wraz z przykanalikami 8 639 502,03 zł.

12. Z powyżej opisanego doświadczenia nie wynika możliwość przyznania PRD A. C. aż 10 pkt w ramach kryterium. W SIWZ Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym kryterium będzie przyznawał punkty wyłącznie za te realizacje, które obejmowały swoim zakresem

budowę sieci kanalizacyjnych o wartości minimum 350.000 zł brutto każda. Z opisu inwestycji wymienionych w lit a, b i d nie wynika czy wartość robót obejmuje wyłącznie budowę kanalizacji, czy stanowi wartość wszystkich robót łącznie z tymi niepodlegającymi ocenie w kryterium „doświadczenia kierownika robót”. Wykonawca nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości (i to w dokumencie uzupełnionym), że wskazane powyżej realizacje spełniają wymaganie opisane przez Zamawiającego w SIWZ, a tym samym nie powinny skutkować przyznaniem dodatkowych punktów. W związku z tym, ewentualne uznanie, iż PRD A. C. skutecznie „wymieni” kierownika robót powinien uwzględniać przyznanie temu wykonawcy co najwyżej 4 punktów w przedmiotowym kryterium.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z uwagi na fakt, że dokonał prawidłowej oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka pana L. K. oraz pana A. C. jako uczestnika postępowania, na okoliczność przebiegu jego rozmów z PRD A. C. na temat udziału w realizacji zamówienia w tym i treści korespondencji elektronicznej, przyczyn i momentu rezygnacji z udziału w zamówieniu w charakterze kierownika robót.

Uzasadniając stanowisko zamawiający wskazał, co następuje.

Ocena ofert została przeprowadzona prawidłowo z przyporządkowaniem ofertom w każdym z kryteriów wartości punktowych zgodnie z rzeczywistymi oświadczeniami wykonawców.

Zgodnie z przepisami ustawy pzp każdorazowo przed zastosowaniem przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, tj. przed wykluczeniem wykonawcy z tej przyczyny, zamawiający ma obowiązek na mocy art. 24 ust. 8 i 9 ustawy pzp, umożliwienia wykonawcy przeprowadzenia procedury samooczyszczenia (self-cleaning), w tym oceny wszystkich okoliczności związanych z tą procedurą oraz w konsekwencji zaniechania wykluczenia, jeżeli przedłożone przez wykonawcę dowody, wskazane okoliczności oraz podjęte działania pozwalają na przyjęcie, że jego rzetelność i uczciwość gwarantują należyte spełnienie świadczenia i jego prawidłowe postępowanie w przyszłości.

W prowadzonym postępowaniu zamawiający powziął w wyniku pisma pana L. K. informację, iż wobec wykonawcy PRD A. C. mogą zachodzić przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. Wykonawca wykazał w procedurze samooczyszczenia, że podjęte przez niego środki naprawcze są wystarczające do uznania, że nie podlega on wykluczeniu, w szczególności, że nie miał zamiaru wprowadzić w błąd zamawiającego co do dysponowania osobą pana L. K. do realizacji przedmiotowego zamówienia, że sam uzyskał taką informację dopiero z pisma zamawiającego, że podjął środki zaradcze w postaci zapewnienia udziału w realizacji zamówienia innej osoby posiadającej równorzędne uprawnienia oraz nie mniejsze

doświadczenie. Wykonawca PRD A. C. załączył dokumenty potwierdzające wszystkie powyższe okoliczności.

Zamawiający dokonał analizy całości zgromadzonej dokumentacji, tj. pisma pana L. K. wskazanego w formularzu „Oferta” jako kierownik w specjalności sanitarnej oraz wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego, czy podjął on wystarczające działania do wykazania jego rzetelności i wiarygodności, mimo zaistnienia podstaw do wykluczenia go z postępowania.

Po obszernej analizie wyjaśnień zamawiający podjął decyzję, że wykonawca wypełnił przesłanki art. 24 ust. 8 ustawy pzp. Z dowodów wynika, że pan L. K. wiedział o ewentualnym posłużeniu się jego osobą dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz skierowaniu go do realizacji niniejszego zamówienia, a także sam udostępnił oferentowi swoje doświadczenie do tego konkretnego postępowania.

W związku z tym wykonawca ten nie podlegał wykluczeniu, natomiast jego oferta musiała zostać oceniona z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień i podniesionych okoliczności w trakcie procedury self-cleaning. Inne potraktowanie wyjaśnień wykonawcy PRD A. C., tj. uwzględnienie ich przy ocenie przesłanek do wykluczenia, przy jednoczesnym braku uwzględnienia ich w konsekwencji w treści oferty, byłoby sprzeczne z istotą instytucji samooczyszczenia. Wprowadzona ona została do ustawy w związku z implementacją dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych: „Należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczającą gwarancję, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia.”

Skoro przepisy ustawy uprawniają zamawiającego w określonych okolicznościach do przyjęcia wyjaśnień i środków dostosowawczych, zaproponowanych przez wykonawcę w procedurze samooczyszczenia, to nieracjonalne i sprzeczne z intencją ustawodawcy byłoby nieuwzględnianie tych samych okoliczności na dalszym etapie postępowania. Oznaczałoby to w niniejszym przypadku uznanie, iż wykonawca PRD A. C. mógł zmienić osobę kierownika

robót tylko w ramach zastosowania art. 24 ust. 8, ale dla potrzeby oceny ofert i przyznania punktów w kryterium „doświadczenie kierownika robót”, nie może tej osoby zmienić i musi wskazać doświadczenie osoby, którą nie dysponuje, czyli wprowadzić zamawiającego świadomie w błąd. Tak wykładnia przepisów w rzeczywistości ma analogiczne skutki jak wykluczenie wykonawcy, gdyż uniemożliwia mu skuteczne powoływanie się na zastosowane środki zaradcze i branie udziału w dalszej części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający idąc powyższym tokiem rozumowania przyjął w ocenie oferty PRD A. C. 10,00 pkt za 6 realizacji kierownika robót, które obejmowały swoim zakresem budowę sieci kanalizacyjnych o wartości minimum 350.000 zł brutto każda, gdyż wynikało to ze złożonych wyjaśnień i dowodów, w których wykonawca jednoznacznie i precyzyjnie wskazał nową osobę na stanowisko kierownika robót sanitarnych oraz doświadczenie tej osoby, a w szczególności wartości robót każdego zadania.

Nieuzasadniony jest zarzut odwołania, iż z dokumentacji postępowania nie wynika, w jaki sposób zamawiający ocenił oferty. W pkt II protokołu oceny ofert (do którego miał wgląd odwołujący) zamawiający napisał: „Wykonawca wyjaśnieniami udowodnił, że podjął wystarczające działania do wykazania jego rzetelności i wiarygodności. W związku z powyższym wykonawca nie podlega wykluczeniu, gdyż przedstawione wyjaśnienia zostają uznane za wystarczające.” W nawiązaniu do wyjaśnień wykonawcy A. C., w których wskazał pana T. K. na stanowisko kierownika robót sanitarnych oraz wniósł o dokonanie oceny ofert z ich uwzględnieniem, nie ma wątpliwości, czyje doświadczenie zamawiający ocenił.

Zamawiający podkreślił, że dokumenty złożone przez wykonawcę stanowiły wyjaśnienia wraz z dowodami, złożone na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy pzp, które zostały uznane przez zamawiającego za wystarczające na podstawie art. 24 ust. 9 ustawy. Nie miało natomiast zastosowanie w postępowaniu art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy pzp, co podnosi odwołujący.

Zdaniem zamawiającego przyjęcie wyjaśnień i środków zaradczych wykonawcy PRD A. C. nie naruszyło zasady uczciwej konkurencji czy też równego traktowania wykonawców, gdyż wszyscy wykonawcy, w formularzach „Oferta” w kryterium „Doświadczenie kierownika robót” wpisali co najmniej maksymalną liczbę realizacji, a więc tym samym uzyskali maksymalną liczbę punktów w przedmiotowym kryterium, w tym także wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych A. C.

Takie działanie, w ocenie zamawiającego, nie może być uznane za niedozwolone negocjacje czy próbę manipulacji przyznaną punktacją, gdyż przyznana wszystkim wykonawcom punktacja pozostała niezmienną od chwili otwarcia ofert, a wykonawca zmieniając osobę, wykazał co najmniej tyle realizacji ile wskazano w ofercie. W tym przypadku nie doszło ani

do podwyższenia/obniżenia ani do uzupełnienia informacji, które prowadziłyby do manipulacji przyznaną punkcją.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego złożyli w trakcie rozprawy:

Odwołujący podtrzymał odwołanie. Złożył do akt sprawy pisemne oświadczenie pana L. K. z dnia 12 maja 2017 r.

Odnosząc się do pisemnego stanowiska Zamawiającego zauważył, że Zamawiający opiera argumentację na instytucji self-cleaningu, co jest następstwem zaistnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17. Zauważył, że w odwołaniu nie ma zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy i zastosowania art. 24 ust. 8. Z treści odpowiedzi wnioskuje, że osoba pana K. nie była oceniana przez Zamawiającego. Wskazał na treść wyjaśnień Przystępującego z 13 kwietnia 2017 r., w tym wskazanie kolejnej osoby. Podkreślił brak możliwości uzupełnienia dokumentów ofertowych w celu uzyskania podwyższenia punktacji, w tym w wyniku zastosowania art. 26 ust. 3, a także art. 24 ust. 8. Uznał, że możliwe było wskazanie kolejnej, nowej osoby w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału, natomiast czynność taka nie może skutkować wykorzystaniem nowych informacji do przyznania punktów stanowiących kryteria oceny ofert. Wskazał na opis ze str. 8 odwołania z wykazem doświadczenia kolejnej przedstawionej osoby i ewentualną alternatywną ocenę tego doświadczenia w świetle SIWZ. Zauważył przy tym, że Przystępujący nie złożył własnego oświadczenia dotyczącego wykazu robót, lecz załączył taki wykaz sporządzony przez pana K. do pisma z 13 kwietnia 2017 r. Wskazał także na niespełnienie przez Przystępującego wymogu SIWZ dotyczącego sporządzenia oferty zawartego na str. 13 pkt 10 tiret 5 (pisemne zobowiązanie podmiotów do udostępnienia potencjału).

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, tj. wnioś o oddalenie odwołania.

Dodatkowo zauważył, że sposób przedstawienia wartości robót w wykazie był tak samo sformułowany przez Przystępującego, jak i Odwołującego, tj. przez podanie pełnej nazwy inwestycji i wartości robót, w tym robót sanitarnych. Wyjaśnienie powyższe odniósł do stanowiska zawartego w odwołaniu na str. 8, pkt 11 i 12, gdzie kwestionowano podane wartości. Stwierdził, że w toku postępowania nie zaistniała potrzeba zastosowania art. 26 ust. 3 wobec wykonawcy z uwagi na uprzednie otrzymanie od niego wyjaśnień z dokumentami (art. 26 ust. 6).

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Uznał czynności Zamawiającego za prawidłowe. Stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, stąd brak zarzutu zaniechania wykluczenia w odwołaniu. Wskazał na zakres zarzutów i żądań i uważa, że ustawa daje wykonawcom możliwość naprawienia ewentualnych nieścisłości lub błędów. Wskazuje na dopuszczalność dokonania zmiany osób w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału.

Odnosnie pkt 9 odwołania stwierdził, że niesporne jest, iż Zamawiający oceniał osobę i doświadczenie pana K. Uznał za sprzeczne wnioski Odwołującego co do sposobu oceny przedmiotowej oferty. Wskazał na orzeczenie KIO 1487/16. Podkreślił, że w zaistniałej sytuacji dopuszczalna była zmiana oferty przez wskazanie nowej osoby i w konsekwencji oceny tej osoby. Stwierdził, że nie miała miejsce sytuacja udostępnienia na jego rzecz zasobów z wymogiem pisemnego zobowiązania, gdyż wskazana osoba będzie na jego rzecz bezpośrednio wykonywać czynności.

Złożył 3 dokumenty na potwierdzenie wartości robót w deklarowanych w złożonym wykazie, a kwestionowanych w odwołaniu na str. 8.

Podzielił stanowisko Zamawiającego w szczególności co do poprawności czynności oceny jego oferty i przyznanych punktów w kryteriach opisanych w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta przystępującego i wyjaśnienia złożone zamawiającemu przez przystępującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdza, że odwołanie podlega merytorycznemu rozpatrzeniu, zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy pzp, gdyż dotyczy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 90 ust. 1 pzp), w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich

potwierdzenia się, wskazuje na uzyskanie przez odwołującego możliwości ubiegania się o zamówienie i jego realizacji.

Izba uznała, że zarzuty odwołania co do naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy pzp przez przyznanie przystępującemu w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenia kierownika robót” 10 punktów są uzasadnione.

Niesporne jest, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający dokonał oceny i w konsekwencji wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty, która została zmieniona po upływie terminu składania i otwarcia ofert.

Zmiana nastąpiła wskutek niespornej niemożności wykazania przez wykonawcę (przystępującego) dysponowania osobą wskazaną w ofercie na stanowisko kierownika robót sanitarnych. Zamawiający po otrzymaniu od tej osoby zawiadomienia o takiej okoliczności wystąpił do wykonawcy z powołaniem art. 24 ust. 8 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp o przedstawienie dowodów, w szczególności wyjaśnień, czy wykonawca podjął wystarczające działania do wykazania jego rzetelności i wiarygodności mimo zaistnienia podstaw do wykluczenia go z postępowania. Z otrzymanych wyjaśnień z dnia 13 kwietnia 2017 r. zamawiający powziął przekonanie, że wykonawca skutecznie przedstawił środki naprawcze w procedurze samooczyszczenia, a w konsekwencji nie podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż nie miał zamiaru wprowadzać zamawiającego w błąd co do dysponowania osobą p. K. i skutecznie w jego miejsce przedstawił inną osobę z równorzędnymi uprawnieniami i nie mniejszym doświadczeniem, na dowód czego przedstawił dokumenty potwierdzające wszystkie opisywane okoliczności.

W ocenie składu orzekającego wobec uznania przez zamawiającego, że wykonawca podlega wykluczeniu z powodu wprowadzenia w błąd, lecz może zachować status wykonawcy przez wykazanie rzetelności działania, przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Należy podkreślić, że chodzi o podmiotowe warunki udziału w postępowaniu, które w sytuacjach przewidzianych w ustawie można potwierdzać także po dniu składania ofert, np. w drodze wskazanej wyżej instytucji samooczyszczenia lub procedury uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy pzp. Konsekwencją nieskutecznego przeprowadzenia tych procedur jest stwierdzenie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykluczeniem wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12).

Natomiast, odrębną od kwalifikacji podmiotowej, jest ocena ofert pod względem przedmiotowym prowadząca do wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Niekiedy ofertę w tym zakresie określa się jako ofertę z sensie ścisłym i nie mają do niej zastosowania procedury wskazane wyżej.

Należy w tym miejscu zauważyć, że co do zasady oferta nie może być modyfikowana ani z inicjatywy zamawiającego, ani wykonawcy (art. 87 ust. 1), a wyjątki od zasady niedopuszczalności dokonywania zmian w treści oferty określone są w art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

W sprawie rozpatrywanej, o ile dopuszczalne było uwzględnienie kwalifikacji kolejnej osoby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (warunku podmiotowego), to brak jest podstaw do uznania wykazu doświadczenia tej osoby (Pana T. K.) w celu przyznania określonej liczby punktów z tytułu kryterium oceny ofert.

Działanie takie byłoby nieuprawnione. Oświadczenie odnośnie doświadczenia stanowi oświadczenie podlegające ocenie w ramach kryterium oceny oferty. Zmiana w przedmiotowym zakresie nie jest dopuszczalna, bowiem prowadziłaby do zmiany treści oferty niewątpliwie z naruszeniem art. 87 ustawy pzp. Biorąc pod uwagę kształt postanowienia SIWZ informacja o doświadczeniu kierownika robót nie jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Skoro sam Zamawiający określił, iż doświadczenie kierownika robót stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i wskazywane w treści formularza ofertowego, to nie ulega wątpliwości, że nie stanowi ono dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Oświadczenie złożone w formularzu ofertowym nie powinno również podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym, przyznanie przez Zamawiającego wykonawcy PRD A. C. 10 pkt w ramach kryterium „doświadczenia kierownika robót” nastąpiło z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Prawidłowe działanie Zamawiającego powinno polegać na przyznaniu temu wykonawcy 0 pkt w ramach ww. kryterium oceny ofert.

Wynika to z faktu, iż z racji zdarzeń wcześniej opisanych, pierwotna ocena w przedmiotowym kryterium straciła rację bytu wobec niemożności jej powołania, a posłużenie się nowym wykazem robót jest niemożliwe wobec braku możliwości i podstaw dokonania w tym zakresie zmiany treści oferty.

Tym samym skład orzekający nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego, iż racjonalnym i zgodnym z intencją ustawodawcy jest przyjęcie, iż zasady dopuszczenia do udziału w postępowaniu i procedury naprawcze mogą być stosowane także przy ocenie ofert. Pogląd taki, jedynie z pozoru logiczny, nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: