

Sygn. akt: KIO 807/18

WYROK
z dnia 11 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany K.M., ul. Źródła 27a, 28-130 Stopnica, Zakład Remontowo Budowlany M. M. Sp. z o.o., ul. Źródła 27a, 28-130 Stopnica**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Spółdzielnia Mieszkaniowa Środula, ul. Prusa 1, 41-219 Sosnowiec**,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany K.M., ul. Źródła 27a, 28-130 Stopnica, Zakład Remontowo Budowlany M.M. Sp. z o.o., ul. Źródła 27a, 28-130 Stopnica, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany K.M., ul. Źródła 27a, 28-130 Stopnica, Zakład Remontowo Budowlany M.M. Sp. z o.o., ul. Źródła 27a, 28-130 Stopnica, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany K.M., ul. Źródła 27a, 28-130 Stopnica, Zakład Remontowo Budowlany M.M. Sp. z o.o., ul. Źródła 27a, 28-

130 Stopnica, na rzecz Zamawiającego Spółdzielnia Mieszkaniowa Środula, ul. Prusa 1, 41-219 Sosnowiec, kwotę 3 600,00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów reprezentacji przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Spółdzielnia Mieszkaniowa Środula z siedzibą w Sosnowcu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Kompleksowa termomodernizacja budynków należących do zasobów Spółdzielni Mieszkaniowej „Środula”, usytuowanych w Sosnowcu przy ulicach: Pola 1-13, Rodakowskiego 1 - 15, Ujejskiego 2-12, Witkiewicza 10-20, Kossaka 12-28, Matejki 31-43, Grottgera 19-31, Wyspiańskiego 81-89”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dziennik Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.01.2018 r. pod numerem 2018/S 016-031896, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 17.04.2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania. Od tej czynności w dniu 26.04.2018 r. wykonawcy - konsorcjum Zakład Remontowo Budowlany K.M., ul. Źródła 27a, 28-130 Stopnica, Zakład Remontowo Budowlany M.M. Sp. z o.o., ul. Źródła 27a, 28-130 Stopnica (dalej jako Odwołujący) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując, jako podstawę odwołania, czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano Handlowe „Remar” R.M.(dalej jako Remar).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny oferty wykonawcy Remar i przyznanie temu wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert "doświadczenia kierownika budowy" 10 pkt, podczas, gdy oferta ta powinna otrzymać w przedmiotowym kryterium 0 pkt;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

3. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który dokonał zmiany jej treści.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

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

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Roz. XV pkt. 1.1.1 SIWZ określił następujące kryterium oceny ofert: „Kryterium — doświadczenie kierownika budowy [Kd] — waga kryterium 10%, przy czym 1% = 1 punkt”. Zamawiający w ramach kryterium doświadczenie Kierownika budowy będzie przyznawał punkty za doświadczenie osoby wskazanej jako Kierownika budowy posiadającego uprawnienia wskazane w rozdziale VII pkt 2.2 SIWZ. Zgodnie z SIWZ, wskazany w ofercie Kierownik budowy będzie pełnił funkcje Kierownika budowy przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Zamawiający w przedmiotowym punkcie wskazał, że dopuszcza zmianę osoby pełniącej funkcję Kierownika budowy, pod warunkiem, że wykonawca wykaże, że nowa proponowana osoba posiada doświadczenie, które pozwalałoby uzyskać Wykonawcy w ramach tego kryterium oceny ofert taką samą ilość punktów, jak za osobę wskazaną w ofercie przetargowej. Dodatkowo zapis ów określał, że w przypadku, gdy w wyniku weryfikacji przez Zamawiającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (np. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), wykonawca dokona zmiany osoby spełniającej warunek udziału w postępowaniu opisany w rozdziale VII pkt 2.2.2. SIWZ, wówczas niezależnie od wskazanego doświadczenia nowego kierownika budowy Zamawiający przyzna Wykonawcy w ramach niniejszego kryterium oceny ofert 0 punktów. Zamawiający określił, że doświadczenie kierownika budowy winno być wskazane w sposób precyzyjny na wzorze – Załącznik nr 17 do SIWZ, który należy złożyć wraz z ofertą. Określono, że w przypadku, gdy opis doświadczenia będzie niejednoznaczny lub niepozwalający na jego ocenę, Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za taki opis z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca Remar w załączonym do oferty załączniku nr 17 wskazał do pełnienia funkcji kierownika budowy pana S.B., wskazując jego doświadczenie w realizacji 3 inwestycji, pozwalające zgodnie z SIWZ na uzyskanie maksymalnej ilości punktów w kryterium.

Odwołujący informuje, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – w szczególności wykazu osób, Remar w odpowiedzi wraz z pismem z dnia 05.04.2018 r. przedłożył wykaz osób, z którego wynikało że pan S.B. posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej i konstrukcyjno — inżynierskiej. Zamawiający pismem z dnia 09.04.2018 r. wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających, że ww. osoba posiada uprawnienia do kierowania robotami bez ograniczeń. W odpowiedzi wykonawca wraz z pismem z dnia 12.04.2018 r. przedłożył kopię dokumentu wystawionego przez Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej z dnia 13.11.1963 r., z którego wynikało, że pan S.B posiada uprawnienia budowlane jako technik budowlany w specjalności architektonicznej i konstrukcyjno – inżynierskiej do kierowania robotami budowlanymi obiektów budowlanych z wyłączeniem obiektów o skomplikowanej konstrukcji. Ponadto wykonawca złożył wraz z ww. pismem nowy załącznik 17, w którym wskazał inną osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy tj. pana P.M. Zamawiający wskazuje, że w wyniku oceny złożonych dokumentów Zamawiający poinformował w piśmie z dnia 17.04.2018 r. o dokonaniu w części 6 wyboru oferty wykonawcy Remar. Jak wynika z ww. pisma Zamawiający przyznał wykonawcy 100 pkt, w tym 10 pkt w kryterium doświadczenie kierownika budowy.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców poprzez odstąpienie od ustanowionej zasady zawartej w ww. pkt XV.1.1.1 SIWZ. Zamawiający przewidując sytuację, w której dojdzie do zmiany osoby, jasno określił procedurę postępowania jaką wówczas zastosuje. Zamawiający wskazał, że w wyniku zmiany osoby, niezależnie od wskazanego doświadczenia nowego kierownika budowy Zamawiający przyzna Wykonawcy w ramach niniejszego kryterium oceny ofert 0 punktów. W opinii Odwołującego Zamawiający, wbrew ustalonym zasadom, pominął zmianę osoby kierownika budowy dokonaną pismem z dnia 12.04.2018 r. i przyznał wykonawcy 10 pkt w ww. kryterium. Odwołujący wywodzi, że wobec faktu, iż doświadczenie kierownika stanowiło kryterium oceny ofert niedopuszczalne jest uzupełnienie/zmiana oświadczenia wskazanego w tym zakresie w formularzu ofertowym — w załączniku nr 17, poprzez podmienienie osoby uprzednio wskazanej w ofercie. Zdaniem Odwołującego, akceptacja takiego postępowania 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. Odwołujący podnosi, że uznanie za dopuszczalne sytuacji, w której wykonawca w sposób jednoznaczny zrezygnował z pana S.B i planuje realizować przedmiot zamówienia, wskazując na stanowisko kierownika inną osobę, stanowiłoby zaprzeczenie sensu kryteriów oceny ofert,

które mają przecież wpływać na jakość wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazuje, że skoro pan S.B. nie będzie uczestniczył w realizacji inwestycji, to jego doświadczenie nie będzie miało przełożenia na jakość wykonanych robót, a zatem nie powinno być punktowane. Wskazuje, że oświadczenie odnośnie doświadczenia kierownika robót zostało wskazane w formularzu ofertowym - stanowi więc oświadczenie podlegające ocenie w ramach kryterium oceny oferty. W ocenie Odwołującego zmiana formularza ofertowego w przedmiotowym zakresie nie powinna być dopuszczalna, bowiem prowadziłaby do zmiany treści oferty, natomiast Załącznik nr 17 i dane w nim zawarte były więc podstawą do dokonania odrębnej od kwalifikacji podmiotowej, oceny ofert pod względem przedmiotowym prowadzącej do wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Odwołujący podkreśla, że 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 w celu przyznania określonej liczby punktów z tytułu kryterium oceny ofert, co wynika jednoznacznie z treści pkt XV.1.1.1 SIWZ. Podnosi, że oświadczenie odnośnie doświadczenia stanowi oświadczenie podlegające ocenie w ramach kryterium oceny oferty i zmiana w przedmiotowym zakresie nie jest dopuszczalna, bowiem prowadziłaby do zmiany treści oferty niewątpliwie z naruszeniem art. 87 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z SIWZ, informacja o doświadczeniu kierownika złożona na załączniku nr 17 nie jest dokumentem uzupełnianym, czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp i nie ulega wątpliwości, że załącznik ten nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący stoi na stanowisku, że prawidłowe działanie Zamawiającego powinno więc polegać na przyznaniu temu wykonawcy 0 pkt w ramach ww. kryterium oceny ofert.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 11.05.2018 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, iż jest ono w całości bezzasadne i argumentując, że nie doszło do zmiany na stanowisku kierownika budowy.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym

w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Pkt VII.2.2.A.2 SIWZ określał, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp tj.: warunek zdolności zawodowej – wykonawca, który wykaze, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia, tj. będzie dysponował co najmniej kierownikiem budowy posiadającym kwalifikacje zawodowe, tj. posiadającym uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno–budowlanej bez ograniczeń, zgodnie z przepisami (...) lub im odpowiadające, ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, który będzie pełnił funkcję kierownika budowy oraz posiadał doświadczenie, jako kierownik budowy lub kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych dla przynajmniej jednej roboty o wartości nie mniejszej niż 800.000,00 zł brutto polegającej na termomodernizacji budynku wielokondygnacyjnego.

Zgodnie z pkt XV.1.1.4 SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert, o wartości 10%, było doświadczenie kierownika budowy.

W pkt XV.1.1.1 SIWZ Zamawiający określił, że w ramach kryterium doświadczenie Kierownika budowy będzie przyznawał punkty za doświadczenie osoby wskazanej jako Kierownika budowy posiadającego uprawnienia wskazane w rozdziale VII pkt 2.2 SIWZ. Maksymalną ilość punktów – 10, można było uzyskać w przypadku wykazania 3 robót – robót punktowanych. Zgodnie z rzezonym zapisem, wskazany w ofercie Kierownik budowy będzie pełnił funkcje Kierownika budowy przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Zamawiający dopuścił zmianę osoby pełniącej funkcję Kierownika budowy, pod warunkiem, że wykonawca wykaze, że nowa proponowana osoba posiada doświadczenie, które pozwalałoby

uzyskać wykonawcy w ramach tego kryterium oceny ofert taką samą ilość punktów, jak za osobę wskazaną w ofercie przetargowej. Zamawiający zastrzegł, że „W przypadku, gdy w wyniku weryfikacji przez Zamawiającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (np. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP) Wykonawca dokona zmiany osoby spełniającej warunek udziału w postępowaniu opisany w rozdziale VII pkt 2.2.2. SIWZ, niezależnie od wskazanego doświadczenia nowego kierownika budowy Zamawiający przyzna Wykonawcy w ramach niniejszego kryterium oceny ofert 0 punktów”.

Wykonawca zobowiązany był wskazać doświadczenie kierownika budowy na wzorze stanowiącym Załącznik nr 17 do SIWZ w sposób precyzyjny i złożyć ten dokument wraz z ofertą. W przypadku, gdy opis doświadczenia byłby niejednoznaczny lub niepozwalający na jego ocenę Zamawiający nie przyznawał punktów za taki opis z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wraz ze złożoną ofertą wykonawca Remar przedłożył załącznik nr 17 do SIWZ ze wskazanym doświadczeniem pana S.B., wymieniającym 3 roboty punktowane.

Na wezwanie Zamawiającego, wraz z pismem z dnia 5.04.2018 r. Remar złożył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia – załącznik nr 11 do SIWZ, w którym jako kierownika budowy wskazano pana S.B.

Zamawiający pismem z dnia 9.04.2018 r. wezwał wykonawcę Remar do złożenia dokumentów poświadczających, iż pan S.B. posiada wymagane uprawnienia do kierowania robotami bez ograniczeń.

Wykonawca Remar udzielił odpowiedzi pismem z dnia 12.04.2018 r. Wykonawca wskazał, że „w celu usunięcia wątpliwości Zamawiającego w załączeniu składam aktualne na dzień złożenia: uprawnienia p. S.B. oraz p. Z.S., nowy wykaz doświadczenia kierownika budowy 0 załącznik nr 17 do SIWZ, nowy wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia 0 załącznik nr 11 do SIWZ”. W rzeczonych wykazach na stanowisko kierownika budowy wskazano osobę P.M.

W dniu 17.04.2018 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w części 6 zamówienia oferty Remar i przyznaniu jej 10 pkt w kategorii doświadczenie kierownika budowy.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie jako bezzasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 odwołania – naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący uzasadniał przyznaniem przez Zamawiającemu 10 pkt ofercie Remar w kryterium „doświadczenie kierownika budowy”. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Remar dokonał zmiany osoby kierownika budowy, wobec czego zgodnie z pkt XV.1.1.1 SIWZ, powinien uzyskać 0 punktów w ww. kryterium.

W ocenie Izby brak jest podstaw dla uznania argumentacji Odwołującego za zasadną. Wywód Odwołującego oparty jest o błędne założenie, iż doszło do zmiany osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika budowy – z osoby pana S.B. na pana P.M. Pan P.M. został wskazany na stanowisko kierownika budowy w wykazach: osób i doświadczenia kierownika budowy złożonych wraz z pismem z dnia 12.04.2018 r. Rzeczone pismo stanowiło odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentu potwierdzającego uprawnienia zawodowe pana S.B., wskazanego na stanowisko kierownika budowy w wykazie złożonym w dniu 5.04.2018 r. Treść tego wezwania, w odniesieniu do kierownika budowy, ograniczała się jedynie do żądania przedłożenia ww. dokumentu. Zamawiający nie wzywał do przedłożenia nowego wykazu osób, nie sugerował również, iż pan S.B. nie spełnia wymagań SIWZ dla pełnienia funkcji kierownika budowy. W tej sytuacji złożenie nowego wykazu osób stanowiło samowolę wykonawcy Remar, pozbawione było podstaw prawnych. W tej sytuacji – tj. dokonania przez wykonawcę tzw. „samouzupelnienia” dokumentów, Zamawiający nie ma obowiązku rozpatrywania takich samodzielnie przedłożonych dokumentów (por. np. wyrok z dnia 11.07.2016 r., KIO 1122/16, z dnia 28.11.2017 r., KIO 2343/18, 2344/18, z dnia 10.01.2017 r., KIO 172/17). Dla oceny prawidłowości działania Zamawiającego konieczne jest uwzględnienie całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu nowego wykazu osób i doświadczenia kierownika budowy. Przed wszystkim zwrócić należy uwagę, że wykonawca Remar złożył dokument, który był przedmiotem wezwania Zamawiającego, poświadczający posiadanie przez pana S.B. uprawnień do kierowania robotami bez ograniczeń. Odwołujący nie podważał, że pan S.B. posiada wymagane w SIWZ uprawnienia. W tej sytuacji Zamawiający w sposób uprawniony uznał, że pan S.B., wyznaczony na stanowisko kierownika budowy, spełnia wymagania SIWZ. Nie zachodziła zatem potrzeba zastępowania pana S.B. inną osobą, nie zaktualizowała się też przesłanka wezwania wykonawcy Remar do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający dokonując oceny oferty i spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzestał zatem na pierwotnie

złożonym wykazie osób i doświadczenia kierownika robót, bowiem w sposób wystarczający potwierdzały one spełnianie wymagań SIWZ. Podkreślenia wymaga, że wykonawca Remar nie złożył oświadczenia o wycofaniu wyznaczenia pana S.B. na stanowisko kierownika robót, zaś złożenie dokumentu potwierdzającego jego kwalifikacje zawodowe wskazuje na wolę utrzymania wskazania S.B. jako kierownika budowy. Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, zaprezentowanym w toku rozprawy, to doświadczenie pana S.B. było brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny ofert zgodnie z ustalonymi kryteriami, Odwołujący nie wskazał okoliczności, które pozwoliłyby na poczynienie odmiennego ustalenia. Dodać należy, że zgodnie z ww. orzeczeniami wykonawca, wezwany do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uprawniony jest do powołania się na dokumenty znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego – wówczas Zamawiający może uznać i rozpatrzyć samodzielnie uzupełnione dokumenty. Sytuacja taka nie zaszła jednak w niniejszej sprawie, gdyż w odpowiedzi na wezwanie, zgodnie z jego treścią, wykonawca Remar przedłożył wymagany dokument potwierdzający uprawnienia osoby wyznaczonej na kierownika budowy. Dodatkowo złożone dokumenty pozostawały dla Zamawiającego bez znaczenia, były one bowiem zbędne – Zamawiający przyjął, że osobą wyznaczoną na stanowisko kierownika budowy pozostaje S.B., który spełnia wymagania SIWZ. Nie zachodziła zatem potrzeba dalszego uzupełniania przedłożonych dokumentów, Zamawiający prawidłowo zaniechał uwzględnienia przedłożonych nowych wykazów osób i doświadczenia kierownika budowy, jako dokumentów do których złożenia nie wzywał i które nie były konieczne dla potwierdzenia okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wskazano powyżej, brak było podstaw dla uznania, że doszło do zmiany osoby wyznaczonej na stanowisko kierownika budowy, nie zaszła zatem okoliczność opisana w pkt XV.1.1.1 SIWZ, tj. sytuacja zmiany tej osoby w wyniku weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu, której następstwem byłoby przyznanie 0 punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy. Zamawiający zatem zgodnie z ww. punktem SIWZ przyznał 10 pkt wykonawcy Remar w rzeczonym kryterium. Jednocześnie Izba zaznacza, że nie można zgodzić się z twierdzeniem podniesionym przez Zamawiającego w toku rozprawy, że możliwym byłoby przyznanie 10 pkt w ramach przedmiotowego kryterium w sytuacji, gdyby uznać, że nastąpiła zmiana kierownika budowy, która nie byłaby poprzedzona negatywną weryfikacją pierwszej kandydatury na to stanowisko. Takie działanie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, umożliwiłoby 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. Powyższa uwaga nie zmienia jednak oceny działania Zamawiającego, który dokonał oceny oferty wykonawcy Remar zgodnie z zapisem pkt XV.1.1.1, przyznając 10 pkt za doświadczenie pana S.B., wobec czego brak jest podstaw dla stwierdzenia naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp jak i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec stwierdzenia braku zasadności zarzutu nr 1 za bezpodstawny należy uznać również zarzut nr 2 odwołania – naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, który miał charakter pomocniczy, a stwierdzenie naruszenia zasad określonych w rzeczonym przepisie uzależnione było od uwzględnienia zarzutu nr 1.

Przedmiotem zarzutu nr 3 było naruszenie art. 89 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, którego Odwołujący upatrywał w zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy, który dokonał zmiany jej treści. Jako zmianę treści Odwołujący poczytywał zmianę osoby wyznaczonej na stanowisko kierownika budowy.

Jak Izba ustaliła w rozważaniach dotyczących zarzutu nr 1, w niniejszej sprawie nie doszło do zmiany osoby wyznaczonej na stanowisko kierownika budowy. Nie znajduje zatem potwierdzenia okoliczność nieuprawnionej zmiany treści oferty, z której Odwołujący wywodzi, iż Zamawiający zaniechał, wbrew przepisom ustawy Pzp, odrzucenia oferty wykonawcy Remar. Wobec powyższego przedmiotowy zarzut należało uznać za bezpodstawny.

Nadto zważyć należy, że pozbawione oparcia w przepisach prawa, jak również w orzecznictwie, są twierdzenia Odwołującego, jakoby zmiana osoby powołanej na stanowisko kierownika budowy, której doświadczenie było punktowane w ramach kryteriów oceny ofert, stanowiłoby niedopuszczalną zmianę oferty. Jak wskazano powyżej, dopuszczalna jest zmiana osoby powołanej dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie jest natomiast możliwe przyznanie w takiej sytuacji punktów za doświadczenie nowo powołanej osoby. Jest to zgodne z linią orzeczniczą KIO, która np. w powołanym przez Odwołującego wyroku z dnia 18.05.2017 r., KIO 884/17 wskazała, że *„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”*. Należy zauważyć, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział właśnie taką sytuację, na co wskazuje zapis pkt XV.1.1.1 SIWZ, zgodnie z którym

można zmienić osobę powołaną również dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – tj. kierownika budowy, ale zmiana taka skutkować będzie uzyskaniem 0 punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy. Zapis taki zapewnia równe traktowanie wykonawców, uniemożliwia bowiem przyznanie punktów za doświadczenie osoby, której wykonawca nie wskazał w ofercie w kształcie z chwili otwarcia ofert.

Reasumując, uznać należy, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: