

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Aneta Młacka
Członkowie: Andrzej Niwicki
Piotr Cegłowski
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania

wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2022 r. przez

Odwolującego - PBO Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska
Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego -
Sąd Okręgowy w Radomiu, ul. Piłsudskiego 10, 26-600 Radom

przy udziale

Wykonawcy - EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. St. Kostki
Potockiego 2B/39, 02-958 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty Odwołującego, tj. opisanych w pkt 2.1 - 2.6 odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia oraz odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie art. 126 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

W pozostałym zakresie zarzuty oddala.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w % i Zamawiającego w % i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu 4 kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1970/22

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego - Sąd Okręgowy w Radomiu na budowę budynku dla Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Przysusze przy ul. 11 listopada, 26-400 Przysucha (nr ref. ZP 226-7/21), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 003-004257, wobec czynności z 15.7.2022 r. polegającej na ocenie ofert, wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, Wykonawca PBO Śląsk Sp. z o.o. wniósł w dniu 25.7.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1970/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, tj. uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące dysponowania przez Odwołującego panem M. G., wskazanym w ofercie Odwołującego, jako kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych oraz uznanie, że Odwołujący nie dysponował p. G., ponieważ nie przedstawił pisemnego zobowiązania p. G. do udostępnienia zasobów osobowych do pełnienia ww. funkcji kierownika robót na zadaniu inwestycyjnym podczas, gdy p. M. G. udostępnił Odwołującemu swoje doświadczenie oraz przyjął ofertę współpracy i zobowiązał się do pełnienia funkcji ww. kierownika robót na ww. zadaniu inwestycyjnym, co potwierdzają przedstawione w Postępowaniu wyjaśnienia Odwołującego i dowody, a z przepisów PZP lub odnośnych przepisów prawa nie wynika obowiązek przedstawienia pisemnego zobowiązania osoby bezpośrednio udostępniającej bezpośrednio swoje doświadczenie wykonawcy, a co więcej wykluczenie narusza zasadę proporcjonalności;
2. art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie tj. uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące dysponowania przez Odwołującego panem M. G., wskazanym w ofercie Odwołującego jako kierownik robót w zakresie sieci, instalacji w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych oraz poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do przedstawienia korespondencji e-mail wraz z załącznikami prowadzonej pomiędzy Odwołującym i p. G. na okoliczność udostępnienia doświadczenia oraz podjętej współpracy w formie plików źródłowych, co doprowadziło Zamawiającego do błędnego uznania, że z korespondencji tej nie wynika, aby pan M. G. przesyłał Odwołującemu załączniki (w tym wykaz doświadczenia, referencje) potwierdzające udostępnienie zasobów przez p. G. w związku z prowadzonym Postępowaniem oraz planowaną inwestycją, a co więcej wykluczenie narusza zasadę proporcjonalności;
3. art. 109 ust. 1 pkt. 9 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, tj. uznanie, że Odwołujący bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności Zamawiającego, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwagi na rzekome podanie nieprawdziwych informacji o dysponowaniu kierownikiem robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych w osobie Pana M. G. i skierowania go do realizacji zamówienia, podczas gdy Zamawiający nie wykazała jakie bezprawne działania miał podjąć Odwołujący, oraz że działanie takie miał charakter umyślny, a jednocześnie Odwołujący wskazał p. M. G. jako kierownika robót, ponieważ skutecznie dysponował p. M. G. i nie przekazał Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd co do dysponowania p. M. G.;

a w konsekwencji naruszenia:

4. art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP i art. 109 ust. 1 pkt. 9 PZP poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP i art. 109 ust. 1 pkt. 9 PZP, a w konsekwencji jego oferta podlega odrzuceniu;

5. art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP w zw. z art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie tj. poprzez uznanie, że Odwołujący nie dysponuje p. M. G., a sam M. G. oświadczył, że nie będzie mógł uczestniczyć w realizacji zamówienia, a w konsekwencji oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w rozdziale XIX SWZ z uwagi na zawarte w nim zastrzeżenie: „Kierownik budowy i kierownicy robót wskazani przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, których doświadczenie będzie punktowane wg powyższego kryterium, muszą być tymi samymi osobami, które zostaną wskazane przez Wykonawcę w Wykazie osób, w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX punkt 1 podpunkt 4) litera b). Pod uwagę będzie brane wyłącznie doświadczenie osoby, która będzie uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia pełniąc funkcję kierownika budowy i kierowników robót w odpowiedniej specjalności” podczas gdy powołane postanowienie SWZ dotyczy sposobu przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert, a nie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, ponadto na podstawie art. 128 ust. 1 PZP Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych - w tym również

potwierdzających dysponowanie wymagany personel jak również na podstawie §28 ust. 1 pkt. 2) w zw. z §19 ust. 2 pkt. 5) projektu Umowy Zamawiający dopuścił zmianę osób wyznaczonych do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci zakreślenia sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych;

6. art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP oraz w

zw. art. 16 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych - Wykazu osób w zakresie dotyczącym kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, jeżeli Zamawiający uznał, że p. M. G. nie będzie mógł pełnić ww. funkcji w trakcie realizacji inwestycji, poprzez zastąpienie p. M. G. inną osobą posiadającą wymagane doświadczenie i kwalifikacje oraz poprzez uwzględnienie doświadczenia takiej osoby podczas oceny ofert zgodnie z kryteriami opisanymi w rozdziale XIX SWZ;

7. art. 109 ust. 1 pkt. 9 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 UZNK, art. 12 ust. 1 UZNK, art. 14 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy EBS BUD Sp. z o.o., który bezprawnie wpływał na czynności Zamawiającego mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez przekazanie Zamawiającemu

nieprawdziwych informacji (pismo EBS BUD Sp. z o.o. z 11 maja 2022 r.), co do

rzekomego niedysponowania przez Odwołującego p. M. G. oraz rzekomego przekazania przez Odwołującego informacji wprowadzających w błąd podczas, gdy działanie EBS BUD Sp. z o.o. ma charakter bezprawny i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 14 ust. 1 UZNK, jako rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o innym przedsiębiorcy (tutaj: Odwołującym), oraz art. 12 ust. 1 UZNK, jako nakłanianie osoby świadczącej na rzecz przedsiębiorcy (Odwołującego) pracę, na podstawie innego stosunku prawnego, do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych albo innych obowiązków umownych, w celu przysporzenia korzyści sobie albo szkodenia przedsiębiorcy (Odwołującemu) oraz jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK.

8. art. 226 ust. 1 pkt. 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 UZNK, art. 12 ust. 1 UZNK, art. 14 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EBS BUD Sp. z o.o., który złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj. w celu wyeliminowania Odwołującego z Postępowania i uzyskania zamówienia przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje (pismo EBS BUD Sp. z o.o. z 11 maja 2022 r.), co do rzekomego niedysponowania przez Odwołującego p. M. G. oraz co do rzekomego przekazania przez Odwołującego informacji wprowadzających w błąd podczas gdy działanie EBS BUD Sp. z o.o. ma charakter bezprawny i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 14 ust. 1 UZNK, jako rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o innym przedsiębiorcy (tutaj: Odwołującym), oraz art. 12 ust. 1 UZNK, jako nakłanianie osoby świadczącej na rzecz przedsiębiorcy (Odwołującego) pracę, na podstawie innego stosunku prawnego, do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych albo innych obowiązków

umownych, w celu przysporzenia korzyści sobie albo szkodenia przedsiębiorcy (Odwołującemu) oraz jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK,

9. art. 109 ust. 1 pkt. 8 PZP zw. z art. 16 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia (a w konsekwencji również odrzucenia oferty) EBS BUD Sp. z o.o. z Postępowania z uwagi na to, iż wykonawca umyślnie lub w warunkach rażącego niedbalstwa przekazał Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do rzekomego niedysponowania przez Odwołującego p. M. G. jako kierownikiem robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania ofert w tym nakazanie wezwania Odwołującego do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych oraz wykluczenia EBS-BUD Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca EBS-

BUD Sp. z o.o. Przystępując wniósł pismo procesowe, w którym przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z

10.08.2022 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku oceny jego oferty i wyboru oferty konkurencyjnej, co pozbawia go szansy na uzyskanie zamówienia i realizację. Ponadto konsekwencje wprowadzenia zamawiającego w błąd są daleko bardziej dotkliwe dla wykonawcy wykluczanego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy, gdyż zgodnie z art. 111 pkt 6 Ustawy wykluczenie wykonawcy następuje na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o

dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym złożone przedmiotowe środki dowodowe.

Zamawiający w swz pkt VIII wskazał na podstawy wykluczenia z postępowania przewidziane w art. 109 ust. 1, tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia.

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 1 pkt 4 lit. b) swz Zamawiający wymagał, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dysponowania i skierowania do realizacji zamówienia m.in.

„co najmniej jedną osobę, która pełnić będzie funkcję kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i

urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, przy realizacji co najmniej jednej zakończonej roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności (z wyłączeniem hal) o wartości robót branży telekomunikacyjnej, w tym robót branży teletechnicznej minimum 1 000 000 zł. brutto”.

Jednocześnie, w rozdziale XIX ust. 1 pkt 3 lit. e) swz Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert punktował doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych (waga 3%). Ocenie ofert według kryteriów podlegały wyłącznie oferty nieodrzucone. Zgodnie z ust. 3 lit. e) - doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych miało być oceniane według ustalonych zasad:

- jeżeli Wykonawca w Formularzu oferty wskaże osobę, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal) o wartości robót branży telekomunikacyjnej minimum 1 000 000 zł. brutto - otrzyma 0 punktów,
- jeżeli Wykonawca w Formularzu oferty wskaże osobę, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, przy realizacji dwóch zakończonych robót budowlanych, polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal) o wartości robót branży telekomunikacyjnej minimum 1 000 000 zł. brutto każda - otrzyma 1 punkt,
- jeżeli Wykonawca w Formularzu oferty wskaże osobę, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, przy realizacji trzech zakończonych robót budowlanych, polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal) o wartości robót branży telekomunikacyjnej minimum 1 000 000 zł. brutto każda - otrzyma 2 punkty,
- jeżeli Wykonawca w Formularzu oferty wskaże osobę, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, przy realizacji czterech i więcej zakończonych robót budowlanych, polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal) o wartości robót branży telekomunikacyjnej minimum 1 000 000 zł. brutto każda - otrzyma 3 punkty.

Wykonawcy w tym celu w ofercie podać mieli imię i nazwisko osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji oraz jej doświadczenie. (załącznik nr 1 do swz).

Zamawiający w Uwadze zastrzegł:

„UWAGA: Kierownik budowy i kierownicy robót wskazani przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, których doświadczenie będzie punktowane wg powyższego kryterium, muszą być tymi samymi osobami, które zostaną wskazane przez Wykonawcę w Wykazie osób, w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX punkt 1 podpunkt 4) litera b). Pod uwagę będzie brane wyłącznie doświadczenie osoby, która będzie uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia pełniąc funkcję kierownika budowy i kierowników robót w odpowiedniej specjalności”.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 7 z 20.01.2022 r. Zamawiający do kryterium punktowego dotyczącego kierownika budowy i kierowników robót zaliczał realizację na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Termin składania ofert upłynął 16.03.2022 r.

W ofercie Odwołujący wskazał do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych Pana M. G. opisując jego doświadczenie:

5) do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych: M. G. (należy podać imię i nazwisko osoby), który w okresie ostatnich 10 lat przed terminem

składania ofert pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych przy realizacji 4 (czterech) (podać ilość robót budowlanych) zakończonej (-ych) roboty (robót) budowlanej (-ych) polegającej (-ych) na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal) o wartości robót branży telekomunikacyjnej, w tym robót branży teletechnicznej minimum 1 000 000 zł brutto każda.

Na wezwanie z 5.05.2022 r. Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych Odwołujący (którego oferta uzyskała największą liczbę punktów w kryteriach oceny) złożył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do swz. Doświadczenie Pana G. opisane zostało w odniesieniu do sześciu projektów, jako zasób własny wykonawcy (umowa cywilno-prawna). Wykonawca załączył kopię uprawnień budowlanych wskazanej osoby nr SWK/0166/PWOIT/14 z 30.12.2014., decyzję PITiPGI nr 0195/96/U z 4.10.1996 r., zaświadczenie PIIB o numerze weryfikacyjnym SWK-KVN-UQG-B64*. Dla opisanych sześciu projektów załączone zostały dokumenty potwierdzające ich wykonanie (referencje, protokoły, umowy i aneksy) przez inne podmioty, dla których prace wykonywał Pan G..

W piśmie z 11.05.2022 r. przekazanym przez Przystępującego, po zapoznaniu się z treścią oferty Odwołującego, Zamawiający otrzymał informację o okolicznościach dotyczących dysponowania Pana G. przez Przystępującego, u którego pozostaje on pracownikiem zatrudnionym na podstawie umowy o pracę od dnia 1 marca 2022 r. (umowa z 28.02.2022 r.). Do głównych obowiązków pracowniczych należy pełnienie funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych w ramach realizowanej przez Przystępującego na rzecz Sądu Okręgowego w Warszawie (zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy w realizację tej inwestycji, w związku z czym Przystępujący nie skierował go do realizacji zamówienia w ramach tego postępowania). Do pisma Przystępujący załączył korespondencję mailową z Panem G. z dnia 11.05.2022 r., w której potwierdził, iż w okresie od 28.02.2022 r. (od zatrudnienia u Przystępującego) nie użyczał potencjału do postępowania przetargowego jako Kierownik robót innym podmiotom. Stanowi ona fragment korespondencji Przystępującego z kancelarią reprezentującą w postępowaniu odwoławczym z 11.05.2022 r.

Dodatkowo Zamawiający otrzymał od Przystępującego protokół z 5.05.2022 r. przekazania projektu budowlanego dla przedmiotowej inwestycji (podpisany przez strony umowy), na której zatrudniony został Pan G. przez Przystępującego, podpisany również przez Pana G., w którego treści wskazano w Uwadze: W nawiązaniu do protokołu wprowadzenia na budowę z dnia 04.05.2022 r.

Na tej podstawie Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z 19.05.2022 r. na podstawie art. 223 ust. 1 do wyjaśnienia treści oferty i złożonych dokumentów, w celu ustalenia na jakiej podstawie wykonawca wskazał, iż dysponuje osobą Pana G. i czy wyraził on zgodę na powoływanie się na jego doświadczenie oraz przedstawienia dowodów na dysponowanie wskazaną osobą, np. kopii umowy cywilno-prawnej lub oświadczenia zainteresowanego o wyrażeniu zgody na dysponowanie jego osobą w tym postępowaniu.

Wykonawca odpowiedział na wezwanie w piśmie z 25.05.2022 r., w których powołał się na stałą współpracę z Panem G. w ramach realizowanych inwestycji (opisane w piśmie wraz z dowodami). Współpraca prowadzona jest przez wykonawcę w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej przez Pana G. pod firmą: Projektowanie, Nadzór Budownictwo M. G. (wyciąg z CEiLDG). Wykonawca wskazał na ustalenia, jakie prowadził z Panem G. przed złożeniem oferty na cele tego zamówienia, które mają potwierdzać świadome udostępnienie doświadczenia wykonawcy, zgodę na współpracę oraz pełnienie funkcji (dowód: oświadczenie pracownika oraz korespondencja mailowa z p. G. z 14.03.2022 r. i 10.05.2022 r.). Wykonawca dodatkowo wskazał, że p. G. pełni obecnie funkcję kierownika robót na inwestycji prowadzonej przez Odwołującego pn. :Rozbudowa i przystosowanie budynku nr 54 do potrzeb Centrum Robotów Mobilnych" na rzecz WAT (dowód - protokół odbioru częściowego z 15.04.2022 r. podpisany przez p. G.). Wykonawca z ostrożności zadeklarował, iż dysponuje inną osobą o analogicznym doświadczeniu.

Zamawiający zwrócił się z ponownym wezwaniem do wyjaśnień w piśmie z 1.06.2022 r. w celu potwierdzenia oświadczeniem Pana M. G., iż wyraził zgodę na skierowanie go przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika robót.

Odwołujący pismem z 4.06.2022 r. zwrócił się do p. G. o złożenie oświadczenia. Z treści pisma wynika, iż wykonawca nie otrzymał oświadczenia w uzgodnionym terminie, a p. G. miał poinformować spółkę, iż z przyczyn osobistych był zmuszony zrezygnować z pełnienia funkcji kierownika branży telekomunikacyjnej na ww. zadaniu inwestycyjnym. Jednocześnie wcześniej w rozmowie telefonicznej wyrażał gotowość do złożenia oświadczenia potwierdzającego fakt, że na dzień składania ofert (16 marca 2022 r.) deklarował gotowość pełnienia ww. funkcji oraz udostępnił swoje doświadczenie, przy czym obecnie jest

zmuszony zrezygnować z pełnienia funkcji kierownika robót z przyczyn osobistych.

W odpowiedzi do Zamawiającego z 7.06.2022 r. Odwołujący opisał szczegółowo jakie kroki podjął w celu uzyskania oświadczenia p. G., jednocześnie zapewniając, iż w momencie składania oferty dysponował zapewnieniem udziału w realizacji prac, jak zgodą na powołanie się na doświadczenie tej osoby, co opisywał w pierwszych wyjaśnieniach Zamawiającemu wskazując na okoliczności potwierdzające te fakty. Jednocześnie wykonawca skonał swoje wyjaśnienia w ten sposób:

Pomimo podjętych starań i prób Wykonawca nie ma obecnie możliwości, ani instrumentów prawnych, aby uzyskać oświadczenia, o które prosi Zamawiający. Tym bardziej, Wykonawca

nie posiada instrumentów do przymuszenia p. M. G. do złożenia takiego oświadczenia - dotychczasowa współpraca z p. G. miała formę współpracy B2B (w ramach działalności gospodarczej). Zachowanie i nielojalność p. G. Wykonawca przyjął ze zdziwieniem i ubolewaniem. Domyślamy się również, że zachowanie p. G. oraz obstrukcja, którą prezentuje oraz wycofanie się ze zobowiązania do pełnienia funkcji kierownika robót może być inspirowane przez podmioty prowadzące działalność konkurencyjną wobec Wykonawcy, w tym, jak podejrzewany podmioty bezpośrednio biorące udział w Postępowaniu lub powiązane z konkurencyjnymi wykonawcami, co jest zachowaniem noszącym znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający pismem z 1.06.2022 r. zwrócił się bezpośrednio do p. G. z prośbą o informację, czy wyrażał zgodę na skierowanie go przez PBO Śląsk Sp. z o.o. do pełnienia funkcji kierownika robót i czy w ramach współpracy B2B będzie wykonywać pracę na rzecz wykonawcy w postępowaniu.

W odpowiedzi z 6.06.2022 r. p. G. potwierdził fakt prowadzenia rozmów z przedstawicielami PBO Śląsk Sp. z o.o. na temat inwestycji, której dotyczy postępowanie przetargowe. Jednocześnie oświadczył, iż nie składał żadnych deklaracji i zobowiązań dotyczących przetargu, jak również nie wysyłał żadnych warunków i zasad współpracy dotyczących przetargu. Ze względu na inne obowiązki nie mógłbym uczestniczyć w tej realizacji w ramach współpracy na rzecz PBO Śląsk Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z 15.07.2022 r. poinformował wykonawców o wyniku przetargu, w którym za ofertę najkorzystniejszą uznana została oferta Przystępującego (EBS BUD Sp. z o.o.). Przystępujący w piśmie procesowym wskazał, iż w sytuacji, gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania i przyznał punkty za doświadczenie p. G., to oferta Odwołującego byłaby na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Uzasadniając decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy Zamawiający wskazał, iż oświadczenia i dokumenty dotyczące doświadczenia p. G. zostały złożone bez posiadania formalnego i faktycznego potwierdzenia, przez Pana M. G., iż wyraził zgodę na pełnienie funkcji w przedmiotowym postępowaniu. Z uwagi na brak dokumentu podpisanego przez Pana M. G., z którego wynikałaby jego zgodą na pełnienie funkcji, Zamawiający uznał twierdzenia Odwołującego za nieuzasadnione. Złożone dowody Zamawiający uznał, jako potwierdzające współpracę przed 1 marca 2022 r. Działania wykonawcy zmierzające do uzyskania stosownego oświadczenia podjęte dopiero 1 czerwca 2022 r. Zamawiający uznał za spóźnione. Postawę wykonawcy ocenił, jako lekkomyślną i niedbałą, oczekując od wykonawcy uzyskania pisemnej zgody Pana G. na skierowanie go do realizacji zamówienia. Zamawiający uznał, iż podając nieprawdziwe informacje wykonawca podlega dodatkowo wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 9 Ustawy, jako działania bezprawnie wpływającego na czynności Zamawiającego, mające dać wykonawcy przewagę w postępowaniu. Ponadto na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w związku z oświadczeniem dotyczącym udziału p. G. w pracach na stanowisku kierownika robót, ocenianym w kryterium. Zamawiający uznał, iż nie jest możliwa zmiany osoby, co stanowiłoby nieuprawnione negocjowanie treści oferty. Zamawiający na tej podstawie uznał, iż wykonawca nie wskazał osoby skierowanej do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, a więc treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przystępujący na rozprawie przedłożył nowe oświadczenie p. M. G. z 03.08.2022 dotyczące jego udziału w pracach związanych z trzema inwestycjami realizowanymi we współpracy z Odwołującym.

Izba zważyła.

Izba uwzględniła odwołanie w części zarzutów związanych z oceną oferty Odwołującego i uznaniem, że wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje o dysponowaniu osobą spełniającą warunki udziału w postępowaniu (jednocześnie punktowane w kryterium oceny oferty), co jednocześnie było podstawą do uznania, iż wykonawca podlega wykluczeniu zarówno na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 i art. 109 ust. 1 pkt 9 Ustawy, jak również stwierdzenia niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt Ustawy).

Istota sporu, co podstawy wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego, sprowadzała się do ustalenia, czy informacja zawarta w formularzu oferty dotycząca skierowania do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych Pana M. G. i dysponowania jego doświadczeniem wprowadzała Zamawiającego w błąd. W przypadku uznania przez skład orzekający, że wykonawca nie mógł dysponować wskazaną osobą w momencie składania oferty, a tym samym, że informacje zawarte w ofercie i dokumentach podmiotowych złożonych na wezwanie wprowadzały Zamawiającego w błąd, należało rozstrzygnąć, czy Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy Ustawy nakazujące wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 9 i 10 Ustawy i odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, bez wcześniejszego umożliwienia wykonawcy uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Gdyby natomiast skład orzekający uznał, iż informacje nie wprowadzały Zamawiającego w błąd, do rozstrzygnięcia pozostawała kwestia dalszej oceny oferty i konieczności uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Okoliczności sprawy wskazują bowiem bezspornie, iż aktualnie Pan G. nie deklaruje swojego udziału w realizacji prac, jako pełniący funkcję kierownika robót dla przedmiotowej inwestycji na rzecz tego wykonawcy.

Odnosząc się do pierwszej kwestii skład orzekający ustalił w oparciu o wyjaśnienia samego Odwołującego, jak i dowody zgromadzone w postępowaniu przez Zamawiającego, iż wykonawca składając ofertę nie miał świadomości, iż informacja dotyczące udziału Pana G. w realizacji zamówienia (podana w ofercie, a następnie potwierdzona wykazem osób wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu) okaże się sprzeczna z późniejszymi oświadczeniami samego zainteresowanego (Pana G.). W ocenie składu orzekającego okoliczności, jakie wynikają z dowodów zasadniczo sprowadzają spór do oceny tego, czy wykonawca skutecznie zabezpieczył swoje interesy zakładając udział w realizacji prac osoby, z którą dotychczas współpracował (również w momencie składania oferty) przed zmianą jej decyzji, o czym nie został przez nią uprzedzony w terminie pozwalającym mu wskazać inną osobę do pełnienia funkcji kierownika robót w danej specjalności. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia z postępowania, jak i na rozprawie zasadniczo nie kwestionował faktu dotychczasowej współpracy Odwołującego i Pana G., chociaż częściowo przyjął, iż w dacie składania oferty, nie było dowodów potwierdzających ten fakt (z czym skład orzekający się nie zgadza - do czego odniesie się dalej). Podkreślał natomiast fakt braku uzyskania pisemnej deklaracji przedsiębiorcy, która potwierdziłaby istnienie ustaleń, co do jego udziału w pracach, a co zostało zadeklarowane w ofercie (takie działanie ocenił jako lekkomyślność i niedbalstwo). W tym zakresie, jak pokazały późniejsze problemy, jakie spotkał wykonawca domagając się od przedsiębiorcy potwierdzenia wcześniejszych ustnych ustaleń, rzeczywiście mogło to uzasadniać twierdzenie o braku dochowania staranności, co jednak jeszcze nie dowodzi świadomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Zdaniem składu orzekającego dowody, w tym ocenione przez Zamawiającego w sposób wybiórczy maile poprzedzające złożenie oferty, w których wykonawca zwracał się o opisanie doświadczenia w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i na potrzeby oceny oferty w kryterium i otrzymał taki opis wraz z częścią dokumentów przedłożonych w postępowaniu Zamawiającemu, stanowią dowód istnienia porozumienia, co do możliwości powołania się na doświadczenie tej osoby. Ponadto, również oświadczenia p. G. składane później, czy to w korespondencji z Przystępującym, czy też Zamawiającym, w żadnym miejscu nie zaprzeczają prowadzenia rozmów z Odwołującym przed datą 1 marca 2022 r., od której p. G. miał rozpocząć świadczenie pracy na rzecz Przystępującego. Przede wszystkim w żadnym z tych oświadczeń Pan G. nie wskazał, aby przed terminem składania ofert komunikował

Odwołującemu zmianę decyzji, co do dalszej współpracy, czy wręcz potwierdził, iż wykonawca nie miał podstaw do powoływania się na jego osobę, jako kierownika, któremu miałoby zostać powierzona wykonywanie prac na inwestycji. Nie budzi sporu fakt, że taka współpraca z Odwołującym miała miejsce, a z racji kilku projektów, można przyjąć, że miała charakter trwały, choć nie usankcjonowany umową o pracę. Zamawiający stwierdził, iż brak było dowodów, które potwierdziłyby współpracę Odwołującego z p. G. po 1 marca 2022 r., a taki dowód Odwołujący przedłożył - protokół częściowego odbioru z 15.04.2022 r. podpisany z ramienia wykonawcy (Odwołującego) również przez Pana G., który pełni funkcję kierownika robót na inwestycji prowadzonej przez Odwołującego pn.: "Rozbudowa i przystosowanie budynku nr 54 do potrzeb Centrum Robotów Mobilnych". Dowód ten

potwierdza, że w terminie w którym upływał termin składania ofert - 16.03.2022 r. współpraca z kierownikiem robót trwała. Nie ma żadnego dowodu - a taki powinien Zamawiający przedstawić decydując o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, który potwierdziłby, iż w momencie składania oferty informacja o udziale wskazanego kierownika w realizacji prac była nieprawdziwa. Skoro wykonawca takiej informacji nie otrzymał, a należy założyć, że gdyby miał tego świadomość, to wskazałby inną osobę spełniającą warunki, co już deklarował w pierwszych wyjaśnieniach, jakie złożył Zamawiającemu, to dla oceny jego oświadczeń złożonych w ofercie nie można pomijać wyjaśnień wykonawcy. Zamawiający przyjął odmienne wnioski z dokumentów, jakie wykonawca złożył, co powodowało, że to na Zamawiającym spoczął ciężar wykazania słuszności dokonanej oceny.

Oświadczenie Pana G., na jakie Zamawiający się powołuje jedynie wskazuje, że nie składał on żadnych deklaracji i zobowiązań dotyczących przetargu, jak również nie wysyłał żadnych warunków i zasad współpracy dotyczących przetargu i że ze względu na inne obowiązki nie mógłby uczestniczyć w tej realizacji w ramach współpracy na rzecz PBO Śląsk Sp. z o.o. Oświadczenie to stoi w sprzeczności z innymi faktami potwierdzonymi w korespondencji z Odwołującym, które wskazują na istnienie porozumienia co do współpracy, choć nie ujętego w formie „deklaracji”, „zobowiązań”, „warunków współpracy”.

Okoliczności wynikające z korespondencji, w tym oświadczenia p. G. prowadzą do wniosku, iż wykonawca składając dokument JEDZ mógł obiektywnie nie mieć podstaw do przyjęcia, iż współpraca na zasadach na jakich wcześniej realizował projekty z udziałem przedsiębiorcy, nie będzie już możliwa. Jak ustalono p. G. współpracował zarówno z Odwołującym jak i Przystępującym wykonując na ich rzecz usługi na zasadach zlecenia, co było praktyką. Z momentem zawarcia umowy o pracę z Przystępującym, p. G. miał zaprzestać konkurencyjnej działalności, o czym jednak wykonawca nie został poinformowany przez zainteresowanego, co doprowadziło do złożenia oferty w której zakładano udział p. G. jako kierownika budowy. Z drugiej strony p. G. nadal czynnie występował z ramienia Odwołującego w innej inwestycji, co potwierdza złożony protokół.

Zamawiający nie kwestionował istnienia dotychczasowej współprac Odwołującego z Panem G., czego potwierdzenie znajduje nie tylko w oświadczeniu wykonawcy, ale również w dokumentach, w których z ramienia wykonawcy obowiązki były wykonywane przez p. G. Uznał natomiast, w oparciu o informacje przekazane przez Przystępującego, iż w tym konkretnym zamówieniu wykonawca nie mógł polegać na doświadczeniu p. G. w świetle sytuacji wywołanej zawarciem umowy o pracę z Przystępującym. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający przyjął punkt widzenia Przystępującego bez uwzględnienia wyjaśnień Odwołującego i dowodów, które uzasadniały wątpliwości, co do słuszności takiego stanowiska. Jest równie prawdopodobny wniosek, iż Pan G. nie poinformował Odwołującego o fakcie zawarcia umowy o pracę przed upływem terminu składania ofert, gdyż jego obowiązki pracownicze powiązane zostały z inwestycją, na którą wszedł później, tj. w maju 2022 r. Dowodu przeciwnego również nie przedstawiono, a oświadczenie Pana G. jedynie pozwala przyjąć, iż nastąpiła zmiana w jego sytuacji, co należy odnieść do stanu jaki istniał przed zawarciem umowy o pracę, czy też przed terminem składania ofert. Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, iż wykonawca miał wiedzę o zawartej tuż przed terminem składania ofert umowie o pracę z firmą konkurencyjną, a z korespondencji jaką ten prowadził przygotowując ofertę nie wynika, aby p. G. sygnalizował jakieś przeszkody w tym, aby jego osoba została wskazana w ofercie.

Gdyby nawet przyjąć, iż luźniejsza forma ustaleń (bez ich potwierdzenia przed terminem złożenia oferty w formie pisemnej deklaracji) powinna obciążać wykonawcę, to nadal należy uznać, iż inne okoliczności prowadzą do wątpliwości, których Zamawiającemu nie udało się w sposób jednoznaczny rozstrzygnąć. Ocena okoliczności tak istotnych, że prowadzą do wykluczenia z postępowania nie tylko w tym, ale również kolejnych, jakie zostałyby wszczęte w okresie jednego roku od dnia zdarzenia, nie może nastroczać wątpliwości, a takie w ocenie składu orzekającego w sprawie wystąpiły.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu na brak deklaracji kierownika robót, potwierdzające ustalenia co do jego udziału w pracach, jak również możliwości powołania jego doświadczenia. Praktyką utartą w branży budowlanej jest korzystanie, jako z zasobu własnego z doświadczenia osób wykonujących pracę na podstawie zlecenia (taka praktyka dotyczy tak Odwołującego, jak i Przystępującego, który potwierdził fakt współpracy na tych zasadach z p. G. do czasu podpisania umowy o pracę). Nie było zatem podstaw do żądania zobowiązania do udostępnienia zasobów na potrzeby złożenia oferty, a deklaracja w ofercie, iż kierownik robót stanowi zasób własny nie była niezgodna ze stanem faktycznym znanym wykonawcy.

Podsumowując zatem tą część stanowiska, skład orzekający uznał, iż ustalone okoliczności

pozwalają przyjąć wyjaśnienia wykonawcy, iż ten o zmianie decyzji p. G. dowiedział się po fakcie, tj. już po złożeniu oferty. Nie miał podstaw, składając ofertę przypuszczać, że dotychczasowe zasady współpracy nie będą możliwe do kontynuowania, a takie oświadczenie Pan G. złożył wprost dopiero w oświadczeniu złożonym Zamawiającemu. Znamienne jest również, iż nie odpowiedział w żaden sposób na maile Odwołującego, chociażby zaprzeczając istnieniu porozumienia, jakim kierował się wykonawca składając ofertę. W tych okolicznościach skład orzekający uznał, iż wątpliwości, jakie rodzą niejasne deklaracje p. G., powinny być rozstrzygnięte na korzyść wykonawcy, któremu Zamawiający przypisał winę w przedstawieniu nieprawdziwych informacji. Co ważne, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego nie można w sposób jednoznaczny przesądzić, iż informacja o dysponowaniu zasobem w osobie p. G. na dzień złożenia oferty nie była prawdziwa.

Mając powyższe na względzie skład orzekający nie stwierdził, aby wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, a tym samym nie było podstaw do jego wykluczenia z postępowania tak w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 10, jak i art. 109 ust. 1 pkt 9 Ustawy, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

W dalszej części należało odnieść się do skutku, jaki dla oferty Odwołującego miała zmiana sytuacji podmiotowej wykonawcy wynikająca z nieaktualności oświadczenia złożonego w ofercie wraz z dokumentami podmiotowymi. Zamawiający odrzucił ofertę, jako niezgodną z treścią wymagania, aby osoba której doświadczenie było punktowane w kryterium była tą samą osobą, która zostanie wskazana w wykazie osób w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, oświadczenie w formularzu oferty stanowiło treść niezależną od oceny spełnienia warunku podmiotowego (oceny podmiotowej), a tym samym nie była możliwa zmiana treści oferty, co oznaczałoby niedozwoloną negocjację.

Przechodząc zatem do tej kwestii należy wskazać, iż deklaracja w formularzu oferty była wprost powiązana z oceną podmiotową wykonawcy, co wynika bezpośrednio z uwagi zawartej w formularzu, iż 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 o ilości punktów decydowała ilość zrealizowanych prac ponad jedną stanowiącą warunek udziału w postępowaniu. Samo umiejscowienie oświadczenia wykonawcy w formularzu oferty nie powodowało, iż stanowiło ono treść oferty identyfikującą zakres zobowiązania wykonawcy w sposób determinujący zakres i sposób realizacji prac. Oczywiście 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. Zgodnie z § 3 ust. 7 wzoru umowy wykonawca zobowiązuje się do wykonania swoich obowiązków wynikających z umowy z najwyższą i należyłą starannością z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru świadczonych przez siebie robót budowlanych, za pomocą osób posiadających odpowiednie doświadczenie i stosowne uprawnienia. Zgodnie z § 19 Umowy do umowy wskazywane miały być osoby odpowiedzialne za nadzorowanie i realizację umowy. Ze strony Inwestora są to inspektorzy w poszczególnych branżach (ust. 1 pkt 2). Ponadto w umowie wskazywane będą osoby przewidziane do wykonania przedmiotu umowy, tj. poszczególni kierownicy robót (ze wskazaniem ich uprawnień). Zgodnie z ust. 5 wykonawca może dokonać zmiany osób na inne pod warunkiem, że będą one spełniać wszystkie wymogi dotyczące doświadczenia i kwalifikacji wskazane w swz - zmiana ta wymagać będzie sporządzenia aneksu do umowy i uprzedniego, pisemnego powiadomienia Sądu Okręgowego w Radomiu o proponowanej zmianie, do którego załączone będą odpowiednie uprawnienia budowlane wraz z zaświadczeniem o wpisie do właściwej okręgowej izby samorządu zawodowego dla nowo wskazanych osób. Jak wynika z postanowień umowy, na etapie realizacji prac, Zamawiający nie wymaga zapewnienia zamiany osoby na taką, której doświadczenie będzie nie gorsze, niż osoby wskazanej pierwotnie w ofercie, a następnie w umowie. Nie ma zatem powodów do odmiennej oceny treści oświadczenia na etapie oceny oferty. Możliwość zmiany w momencie realizacji zamówienia oznacza, że również w tym zakresie zmiana w formularzu oferty nie stanowi niedopuszczalnej negocjacji treści determinujące zakres przedmiotu świadczenia.

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. Nie ma zatem podstawy do twierdzenia, iż zmiana oświadczenie (do jakiej prowadziłoby uzupełnienie dokumentów), naruszałaby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co w orzecznictwie jest identyfikowane, jako zmiana pozwalająca poprawić pozycję w rankingu ofert. Należy zaznaczyć, iż uzupełnienie dokumentów, które utraciły swoją aktualność, w sytuacji gdy stanowią podstawę do oceny oferty również w kryterium nie może być spowodowane 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 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 i co istotne nie będzie to musiało prowadzić do zmiany oceny oferty w kryterium. Wykonawca zapowiadał bowiem, iż może wskazać inną osobę z takim samym doświadczeniem.

Przechodząc zatem do ostatniej kwestii wymagającej uwagi w odniesieniu do oferty Odwołującego, skład orzekający uznał, iż Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. złożenia nowego wykazu osób, obejmującego kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Należy zauważyć, iż 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 publicznego. Zgodnie z art. 126 ust. 3 Ustawy Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. W niniejszej sprawie takie uzasadnione podstawy zachodzą, gdyż oświadczenie Pana G. złożone Zamawiającemu ostatecznie przesądza o tym, że złożone podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, gdyż na ich podstawie nie można potwierdzić, że wykonawca dysponuje nadal i będzie dysponował osobą spełniającą warunek udziału w postępowaniu wskazaną w pierwszym wykazie osób. W ocenie składu orzekającego zapisy swz nie mogą ograniczać prawa wykonawcy wynikających z przewidzianych w Ustawie mechanizmów pozwalających na utrzymanie oferty w postępowaniu, jej ocenę i wybór. Skoro Zamawiający powiązał kryterium oceny wprost z oceną doświadczenia personelu mającego realizować obowiązki wykonawcy, a jego doświadczenie było opisywane dopiero w wykazie osób składanym na wezwanie, to należy założyć, iż zmiana dokumentów do jakich może dojść na etapie oceny podmiotowej, również będzie miała konsekwencje dla treści oferty.

Powyższe prowadziło zatem do uwzględnienia zarzutów dotyczących nieprawidłowości do jakich doszło przy ocenie oferty Odwołującego.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów skierowanych przeciwko ocenie oferty Przystępującego, którego działania podjęte w postępowaniu przeciwko Odwołującemu miały wyczerpywać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie dla wykazania zasadności zarzutów opisanych w pkt od 7 do 9 wyroku, konieczne było wykazanie przez Odwołującego bezprawności działania podmiotu, który również złożył ofertę w postępowaniu. Samo powiadomienie Zamawiającego o znanych wykonawcy okolicznościach związanych z zawarciem umowy o pracę, nie stanowi o niezgodności działań z prawem, w szczególności gdy fakt zawarcia umowy nie został skutecznie podważony przez Odwołującego. Odwołujący poza wskazaniem na skutki, jakie dla jego oferty miało przekazanie informacji Zamawiającemu nie wykazał wystąpienia innych okoliczności, które mogłyby wskazywać na inne motywy czynności wykonawcy, niż wynikające z dbałości o własne interesy. Ponadto, to nie sama informacja o zdarzeniu jakim było zawarcie umowy o pracę z p. G., ale przede wszystkim wyjaśnienia, jakie złożył Odwołujący i ich samodzielna ocena Zamawiającego, miały wpływ na decyzje w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2 pkt 1

oz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 20.000,00 zł. Stosownie do wyniku sprawy Izba obciążyła kosztami wpisu po połowie Odwołującego i Zamawiającego, jednocześnie znosząc koszty pełnomocników stron,

zawnioskowane w tej samej wysokości.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: