

Sygn. akt: KIO 1559/15

WYROK
z dnia 03 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Energy Investors Group S.A., ul. Szucha 8/IV p., 00 – 582 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Wrocławski, pl. Uniwersytecki 1, 50 – 137 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Energy Investors Group S.A., ul. Szucha 8/IV p., 00 – 582 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł, 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Energy Investors Group S.A., ul. Szucha 8/IV p., 00 – 582 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Uniwersytet Wrocławski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Kompleksowa przebudowa budynków i modernizacja pomieszczeń Instytutu Nauk Geologicznych przy ul. Cybulskiego 30-34 we Wrocławiu oraz wykonanie częściowego remontu budynku.” Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 68055 – 2015.

Odwołujący Energy Investors Group S.A. złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 PZP poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub złożenia wyjaśnień; art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na błędne uznanie przez Zamawiającego, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta obiektywnie nie była ofertą najkorzystniejszą.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w ramach którego dokonane zostanie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3.600 zł i zwrotu kosztów dojazdu.

Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej. W piśmie tym wskazał również, iż oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający w Rozdziale XVI SIWZ (pn. rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na umowę o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia) wymagał, aby osoba którą będzie brała udział w realizacji zamówienia pełniąc samodzielną funkcję techniczną kierownika budowy była zatrudniona przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę.

W rozdziale IV SIWZ pn. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania

oceny spełniania tych warunków Zamawiający wskazał, że oczekuje od wykonawców, aby dysponowali odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował m. in. osobą kierownika budowy, posiadającego uprawnienia bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej.

W rozdziale V SIWZ pn. Wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i inne dokumenty Zamawiający zażądał, aby wykonawcy złożyli wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykaz ten stanowił załącznik nr 6 do SIWZ, którego treść przygotował Zamawiający.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku, Zamawiający żądał przedłożenia odpowiednio wypełnionego załącznika nr 6 do SIWZ - wykazu osób.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, treść oferty nie odpowiadała specyfikacji. Zamawiający w treści uzasadnienia faktycznego wskazał, że określił wymagany sposób realizacji zamówienia stawiając wymóg zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osoby pełniącej samodzielną funkcję techniczną kierownika budowy, na umowę o pracę.

Zakres zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający, został wpisany przez Zamawiającego w zał. Nr 6 do SIWZ (Wykaz osób). W dyspozycji Wykonawcy było jedynie wskazać, czy kierownik budowy zatrudniony będzie na umowę o pracę przez Wykonawcę czy też Podwykonawcę poprzez Wykreślenie TAK/NIE w odpowiedniej kolumnie.

Wykonawca skreślił TAK w kol. 5, oświadczając tym samym, że osoba proponowana na stanowisko kierownika budowy nie będzie zatrudniona na umowę o pracę przez Podwykonawcę. Równocześnie Wykonawca zmienił treść kolumny 6 zamieszczoną przez Zamawiającego w wykazie osób, wpisując w pozycji dotyczącej kierownika budowy: „Podstawa do dysponowania osobą: „Dysponowanie bezpośrednio. Umowa cywilno – prawna”.

Zamawiający podniósł, że wskazany przez Wykonawcę sposób realizacji zamówienia nie jest zgodny z wymaganym w SIWZ. Niezgodność zobowiązania Wykonawcy oferowanego w ofercie (stanowiącego oświadczenie woli) z zobowiązaniem wymaganym w SIWZ powoduje, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą decyzją Zamawiającego.

Wskazał, że zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” jest dokumentem, którego zamawiający może żądać w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP tj. warunków udziału w postępowaniu. Tym samym jest to dokument dotyczący warunków podmiotowych wykonawcy a nie przedmiotowych. W konsekwencji dokument taki nie może być podstawą odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP), gdyż służy innym celom (ewentualnemu wykluczeniu wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu).

Nadto Odwołujący wskazał, że: „Wymóg zatrudnienia Kierownika budowy na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę został przez Zamawiającego przewidziany na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 PZP. W doktrynie wskazuje się, że nie jest to warunek udziału w postępowaniu, którego spełnienie wykazywane jest na etapie składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i Jedyńm sposobem wyegzekwowania tego wymagania jest zamieszczenie stosownych postanowień w umowie z wykonawcą. Art. 29 ust. 4 określa pewne możliwe klauzule umowne. Wymogi te wprowadza się zatem na przyszłość - wykonawca może jedynie zobowiązać się do zawarcia umów o pracę dopiero na potrzeby wykonania zamówienia, a więc gdy je uzyska”.

Odwołujący wskazał, że o niezgodności oferty z SIWZ można byłoby mówić dopiero wówczas, gdyby Wykonawca odmówił zawarcia umowy zawierającej tego typu postanowienia lub też w ofercie wskazał, że nie będzie zatrudniał odpowiednich osób na umowie o pracę. W analizowanym stanie faktycznym, Wykonawca niczego takiego nie wyartykułował. Z przedłożonego wykazu osób, w związku ze specyfiką tego dokumentu jako odnoszącego się do aktualnej sytuacji podmiotowej wykonawcy, wynika co najwyżej, że w chwili obecnej dana osoba (Pan J. S.) nie jest zatrudniona przez Wykonawcę na umowie o pracę, lecz na umowie cywilnoprawnej.

Odwołujący zmodyfikował wykaz osób - załącznik 6 do SIWZ, w sposób nie przewidziany przez Zamawiającego i wypełnił jego rubryki w sposób inny niż to zakładał Zamawiający. W ocenie Odwołującego, powyższy fakt, gdyby Zamawiający działał z należytą starannością i przestrzegał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, powinien po stronie Zamawiającego wywołać wątpliwość, czy aby Odwołujący należycie zrozumiał intencje Zamawiającego. Właściwym zachowaniem Zamawiającego w sytuacji powzięcia przez niego wątpliwości czy wykonawca spełnia określone w SIWZ warunki, powinno być

wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał także, że zatrudnia w swoim przedsiębiorstwie na umowę o pracę osoby, w tym również wskazanego w wykazie osób J. S., które posiadają kwalifikacje do pełnienia funkcji kierownika budowy zgodnie z wymogami SIWZ. Załączył do odwołania dowody: zaświadczenie o zatrudnieniu Pana J. S. z dnia 20.07.2015, umowę o pracę Pana J. S. na czas określony z dnia 23.11.2012r., umowę o pracę Pana J. S. na czas nieokreślony z dnia 21.11.2014r., potwierdzenie zgłoszenia Pana J. S. do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych - druk ZUS ZUA.

Odwołujący podniósł, że gdyby Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia otrzymał by informację, iż w przedsiębiorstwie Odwołującego zatrudnieni są na umowę o pracę pracownicy m.in. J. S., spełniający wszelkie kryteria SIWZ stawiane osobom które mają pełnić funkcję kierownika budowy.

Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, że gdyby jego oferta nie została odrzucona, zostałaaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Wskazał, że generalnym celem zamówienia publicznego jest uzyskiwanie przez szeroko rozumiane podmioty publiczne robót budowlanych, dostaw lub usług w sposób najbardziej efektywny ekonomicznie, w ramach uczciwej, sprawiedliwej i konkurencyjnej procedury przetargowej, gwarantującej jednocześnie, iż zamówienie publiczne zostanie należycie wykonane.

Odwołujący podniósł także, że gdyby Zamawiający działał starannie oraz dążył do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, powinien przed odrzuceniem oferty Odwołującego zwrócić się do tego ostatniego o wyjaśnienia.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Uwzględnienie zarzutów umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia.

W ocenie Izby zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny.

Zamawiający w treści SIWZ zawarł wymaganie, aby w trakcie realizacji zamówienia kierownik budowy był zatrudniony na podstawie umowy o pracę, zawartej z wykonawcą lub podwykonawcą. Wymaganie to Zamawiający określił na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby, wymaganie to dotyczy określonego przez Zamawiającego sposobu przyszłej realizacji zamówienia, a więc treści złożonej oferty. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie jest to warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, wiedzy/doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej. Za takim stanowiskiem przemawia okoliczność, że Zamawiający może dokonywać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wykonawcy, stosownie do art. 26 ust. 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych, są zobowiązani wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Zatem Wykonawca musi wykazać, że w dniu składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast zatrudnienie kierownika budowy na podstawie umowy o pracę dotyczy etapu realizacji umowy, a zatem jest to oświadczenie na przyszłość. Na powyższe wskazał także uwagę sam Odwołujący w treści odwołania: „Wymóg zatrudnienia Kierownika budowy na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę został przez Zamawiającego przewidziany na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 PZP. W doktrynie wskazuje się, że nie jest to warunek udziału w postępowaniu, którego spełnienie wykazywane jest na etapie składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i jedynym sposobem wyegzekwowania tego wymagania jest zamieszczenie stosownych postanowień w umowie z wykonawcą. Art. 29 ust. 4 określa pewne możliwe klauzule umowne. Wymogi te wprowadza się zatem na przyszłość - wykonawca może jedynie zobowiązać się do zawarcia umów o pracę dopiero na potrzeby wykonania zamówienia, a więc gdy je uzyska.”

Co więcej, za takim stanowiskiem przemawia okoliczność, że Zamawiający dopuścił możliwość zatrudnienia kierownika budowy na podstawie umowy o pracę przez podwykonawcę, a w stosunku do podwykonawcy Zamawiający nie prowadził sprawdzenia warunków udziału w postępowaniu.

Należy także zauważyć, że w treści warunku Zamawiający nie wpisał, że oczekuje od Wykonawców podania informacji o podstawie zatrudnienia. Wymaganie w tym zakresie znalazło się w innej części SIWZ.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Skoro zatem postawione przez Zamawiającego wymaganie dotyczyło sposobu realizacji zamówienia i nie stanowiło treści żadnego z dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający nie był także zobowiązany do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala na uzupełnianie i wyjaśnianie tylko dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postawione wymaganie stanowi zaś treść oferty. Wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia oświadczenia woli w zakresie sposobu realizacji zamówienia. Treść tego oświadczenia została określona przez Zamawiającego w załączniku nr 6 do SIWZ. Złożenie oświadczenia, że podstawą zatrudnienia kierownika budowy będzie umowa cywilno - prawna oznacza, że kierownik budowy nie będzie zatrudniony na podstawie umowy o pracę. Złożenie oświadczenia o takiej treści oznacza, że sposób realizacji zamówienia będzie niezgodny z treścią SIWZ, gdy kierownik budowy nie zostanie zatrudniony na podstawie umowy o pracę. Oświadczenie takie nie może zostać zmienione, gdyż stanowi treść SIWZ. Należy szczególnie podkreślić, że Odwołujący takie oświadczenie złożył samodzielnie. Usunął treść, jaką przewidział w załączniku nr 6 do SIWZ Zamawiający i wprowadził własną treść. Tym samym Odwołujący złożył świadome i jednoznaczne oświadczenie, dotyczące rodzaju umowy, jaka ma zostać zawarta z kierownikiem budowy.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie można także mówić o jakiegokolwiek omyłce. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie wskazywał, że popełnił omyłkę. Nie przedstawił takiego zarzutu w odwołaniu. Dlatego jedynie na marginesie Izba zauważyła, że omyłki wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych muszą mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Z treści oferty powinno wynikać, że Wykonawca pomylił się, wpisując określoną treść. W sytuacji, w której Wykonawca składa oświadczenie woli samodzielnie (po usunięciu innej treści określonej przez Zamawiającego), nie sposób uznać, że wykonawca popełnił omyłkę. Nadto, w ofercie Odwołującego brak jest innych dokumentów, czy oświadczeń, które wskazywałyby, że wpisując oświadczenie, że kierownik budowy zatrudniony zostanie na podstawie umowy cywilno – prawnej, Odwołujący popełnił

omyłkę. Tym samym oferta Odwołującego nie zawiera w tym zakresie żadnych sprzeczności. W tym miejscu należy także zauważyć, że deklaracja złożona w formularzu ofertowym (Wykonawca zrealizuje zamówienie zgodnie z treścią SIWZ) jest deklaracją standardową, przygotowywaną przez Zamawiającego, znajduje się zatem w każdej ofercie i nie można twierdzić, że zastępuje wszystkie inne oświadczenia złożone w dalszych częściach oferty. Wreszcie należy zauważyć, że Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie miał wiedzy, w jaki sposób dokonać poprawienia omyki.

W ocenie Izby, Zamawiający nie był także zobowiązany do prowadzenia procedury wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynność ta prowadziłaby do prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie ustalenia oświadczenia woli wykonawcy. Prowadzenie wyjaśnień miałoby na celu wyłącznie zmianę treści oświadczenia woli, a więc treści oferty. W sytuacji, gdy Odwołujący usunął oświadczenie wprowadzone przez Zamawiającego i wpisał własne oświadczenie, dotyczące sposobu realizacji zamówienia, nie sposób uznać, by mogło być ono zmienione.

W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje fakt, że dokument, w którym należało złożyć oświadczenie o zatrudnieniu kierownika budowy, zawiera też inne informacje służące potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie jest bowiem istotne, w jakim dokumencie znajduje się oświadczenie, ale jego treść, a zatem, czego oświadczenie dotyczy.

W ocenie Izby, złożone przez Odwołującego dowody w postaci umowy o pracę z osobą proponowaną na stanowisko kierownika budowy, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, z uwagi na okoliczność, że nie stanowią one żadnego wyjaśnienia ani potwierdzenia, że kierownik budowy będzie pracował – będzie zatrudniony na podstawie umowy o pracę w trakcie realizacji zamówienia. Ze złożonych dokumentów wynika jedynie, że ta osoba była zatrudniona na umowę o pracę u Odwołującego. Nadto informacja co do okoliczności, czy kierownik budowy będzie zatrudniony na podstawie umowy o pracę przy realizacji zamówienia, nie jest informacją, z jaką Zamawiający mógł zapoznać się w treści oferty w chwili dokonywania badania i oceny treści oferty Odwołującego.

Brak zatem w ofercie wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia woli nie może być uzupełniony ani na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani też wyjaśniany na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, a oferta z takim brakiem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie powyższego należy uznać, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treścią oferty było oświadczenie o sposobie

zatrudnienia osoby proponowanej na stanowisko kierownika budowy - rozumiane jako oświadczenie woli złożone przez wykonawcę Zamawiającemu, które wykonawcy winni byli złożyć jako część składową oferty. Obowiązek ten wynikał wprost z treści załącznika nr 6 do SIWZ - wykazu osób. Treścią SIWZ zaś jest sposób realizacji zamówienia opisany w rozdziale XVI SIWZ na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tzn. wymaganie, aby w trakcie realizacji zamówienia wykonawca lub podwykonawca zatrudnił osobę pełniącą samodzielną funkcję techniczną kierownika budowy, na podstawie umowy o pracę. Odwołujący złożył oświadczenie, o dysponowaniu osobą kierownika budowy na podstawie umowy cywilno-prawnej, nie złożył oświadczenia o tym, że kierownik budowy w trakcie realizacji zamówienia będzie zatrudniony na podstawie umowy o pracę. Na podstawie powyższego należało stwierdzić, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący zamierza realizować przedmiot zamówienia w sposób odmienny od wymagań SIWZ.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający powinien dążyć do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Należy jednak zauważyć, że Zamawiający powinien także prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady równości i uczciwej konkurencji. Gwarancją zachowania równości i uczciwej konkurencji są przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 26 ust. 3 i 87 ust. 1 ustawy, a więc regulacje, w jakich okolicznościach można zastosować instytucję wyjaśnień lub instytucję wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. W niniejszym postępowaniu tych przepisów nie można zastosować, bowiem zostałaby naruszona zasada uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, bezzasadny jest także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie potwierdziło się stanowisko Odwołującego, że Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający jest zobowiązany wybrać ofertę najkorzystniejszą zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Oczywistym jest, że Zamawiający powinien dążyć do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, jednakże powinien także prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady równości i uczciwej konkurencji. W ocenie Izby niniejszym postępowaniu Zamawiający nie naruszył ww. zasad.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....