

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2019 r. przez **Odwołującego – Infores Pobo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Przemyślu przy ul. Mickiewicza 4 (37-700 Przemyśl)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej im. prof. Antoniego Kępińskiego** w Jarosławiu, ul. Kościuszki 18 (37-500 Jarosław)

przy udziale

Wykonawcy – BETONBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu, ul. Poniatowskiego 49 (37-500 Jarosław) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Infores Pobo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Przemyślu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.213 zł 46 gr. (słownie: cztery tysiące dwieście trzynaście złotych, czterdzieści sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Przemyślu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej im. prof. Antoniego Kępińskiego w Jarosławiu na *modernizację i rozbudowę Budynku nr 1 połączoną z modernizacją energetyczną budynku w ramach RPO WP na lata 2014-2020* (nr postępowania: MAT/65/2019), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.03.2019 r., nr 529147-N-2019, wobec czynności wyboru oferty złożonej przez Betonbud Sp. z o.o. z/s w Jarosławiu, Wykonawca Infores Pobo Sp. z o.o. sp.k. z/s w Przemyślu (dalej zwany Odwołującym) wniósł w dniu 29 lipca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1461/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) bezpodstawne uznanie, że Wykonawca Betonbud sp. z o.o. spełnił wymagania do należytego wykonania zamówienia, w sytuacji kiedy zasoby udostępniającego będą udostępnione tylko w zakresie nadzoru oraz doradztwa, co mając na uwadze przepis art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie można uznać za rzeczywiste i bezpośrednie zaangażowanie firmy R. S. P.H.U. „REMBUD” w realizację robót budowlanych w zakresie objętym wymaganym doświadczeniem, przez co Zamawiający naruszył przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b oraz art. 22a ust. 4, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego wyboru Betonbud Sp. z o.o., zamiast jego wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty;
- 2) zaniechanie wykluczenia z postępowania Betonbud Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp ze skutkiem odrzucenia oferty pomimo, że Wykonawca ten po wezwaniu Zamawiającego do wyjaśnień nie wykazał, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz nie wykazał, że posiada doświadczenie do zrealizowania zamówienia, przez co Zamawiający naruszył przepis art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 4 Pzp. Zamawiający nie powinien wybrać oferty wykonawcy do czasu, gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzą jednoznacznie, że wykonawca warunek spełnia. Nie można uznać, że rozwiały wątpliwości przedstawione w ramach wyjaśnień dokumentów o takiej samej treści, jak złożone w treści oferty;
- 3) naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wynikających z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, w wyniku czego Zamawiający dokonał wyboru podmiotu, który nie daje rękojmi należytego wykonania zobowiązania, mając na uwadze złożone wyjaśnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 24 lipca 2019 r.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim zasobem – doświadczenia, opisanego w rozdziale III pkt 1.3.3.1 siwz w związku z powołaniem się na zdolności podmiotu trzeciego zobowiązanego do zrealizowania robót (zgodnie z rozdziałem III, pkt 3.2.4 siwz). W jego ocenie Wykonawca nie udowodnił, aby podmiot trzeci udostępniający zasoby w postaci roboty budowlanej spełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale III pkt 4-9 siwz. Skoro udostępnienie zasobów nastąpi jedynie w formie doradztwa to Wykonawca nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w rozdziale III pkt 1.3.3.1. Z przedłożonych harmonogramów prac, sporządzonych w programie kosztorysowania, bazujących na ogólnodostępnych normach budowlanych wyraźnie wynika, że udział w pracach budowlanych ośmiu osób, biorąc pod uwagę, że wszyscy są specjalistami w branży budowlanej, hydraulicznej i elektrycznej, pracujących osiem godzin dziennie pięć dni w tygodniu, nie spełni zobowiązania w terminie. O ile Wykonawca wykazał, iż będzie korzystał z potencjału Pana R. S. w zakresie jego wiedzy, to jednak nie udowodnił, że dysponuje jego zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Skoro Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w celu zagwarantowania, że wykonawca legitymuje się doświadczeniem zapewniającym należyte wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie lub remoncie budynku, to nie sposób przyjąć, że doświadczenie może polegać jedynie na nadzorowaniu czy doradztwie. Zamawiający nie ocenił w sposób właściwy również, czy udostępniane wykonawcy przez podmiot udostępniający pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie można w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzić, że podmiot trzeci zrealizuje zamówienie w całym zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie. Brak złożenia jednoznacznych wyjaśnień, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nie może prowadzić do uznania, że wykonawca spełnia warunki. Nie można uznać, że zostały wyjaśnione wątpliwości Zamawiającego, gdyż Wykonawca przedłożył takie same dokumenty jak te złożone w treści oferty. Po pierwsze „doradztwo i nadzór” to zupełnie co innego, niż faktyczne wykonanie robót. Po drugie, nawet gdyby przyjąć, że Wykonawca w wyniku złożonych wyjaśnień wskazał, że podmiot udostępniający zasoby będzie jednak faktycznie

prace wykonywał, to kolejne nowe oświadczenie prowadzi w istocie do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne.

W dniu 31.07.2019 r. do postępowania odwoławczego skutecznie po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca BETONBUD Sp. z o.o. z/s w Jarosławiu.

Zamawiający złożył w piśmie z dnia 5.08.2019 r. odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie. Zamawiający wskazał, iż wszystkie okoliczności i twierdzenia dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę Betonbud Sp. z o.o. oraz udziału w zrealizowaniu przedmiotu zamówienia podmiotu trzeciego - pana R. S. (PHU REMBUD R. S.) zostały przedstawione i podniesione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 4.07.2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1162/19. Izba oceniła na podstawie przedłożonych dowodów, iż udostępnienie potencjału przez podmiot trzeci jest rzeczywiste, wystarczające i adekwatne dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz gwarantuje realny dostęp do tego potencjału.

Przystępujący po stronie Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 8.08.2019 r. również wskazał na rozstrzygnięcie Izby jakie zapadło w wyroku z dnia 10.07.2019 r. (sygn. akt KIO 1162/19) po przeprowadzeniu postępowania dowodowego z dokumentów: zobowiązania podmiotu trzeciego, przedwstępnej umowy o pracę, zakresu obowiązków pracowniczych. Przywołane w treści pisma fragmenty z uzasadnienia wyroku potwierdzają ocenę udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia wspólnie z Wykonawcą. Skład orzekający uznał, iż udostępnienie to jest rzeczywiste, wystarczające i adekwatne dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej i zawodowej oraz gwarantuje realny dostęp do potencjału udostępnionego przez podmiot trzeci (str. 18 wyroku). Zdaniem Przystępującego odwołanie stanowi polemikę z wyrokiem i prowadzi do obejścia przepisów prawa o skardze na orzeczenie KIO do sądu okręgowego (art. 198a Pzp). Odnośnie wniosku o przeprowadzenie dowodu z „harmonogramu zadań”, na okoliczność godzin i liczby pracowników niezbędnych do wykonania zadania w terminie, Przystępujący wskazał na jego nieprzydatność. W siwz Zamawiający nie postawił wymogu sporządzenia harmonogramu rzeczowego (harmonogramu zadań) przy złożeniu oferty. Dokument ten nie był zatem wymagany i nie był badany. W projekcie umowy (§ 6 ust. 5) wprowadzono wyłącznie wymóg sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego, który będzie stanowił podstawę do rozliczenia i fakturowania zakończonych etapów robót. Ponadto, harmonogram załączony do odwołania został sporządzony przez samego Odwołującego, w oparciu o jego własne założenia, bez wytycznych w siwz, których nie było. Podważa to wiarygodność dokumentu jako dowodu.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, z urzędu Izba poruszyła kwestię formalną, tj. wpływu wydanego w sprawie sygn. akt KIO 1162/19 wyroku z dnia 10.07.2019 r., w celu ustalenia, czy nie zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy. Mając bowiem na uwadze okoliczności, na podstawie których Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnić czynność wykluczenia Betonbud Sp. z o.o. oraz uzasadnienie prezentowane w obecnym odwołaniu, koniecznym stało się ustalenie, czy żądanie wykluczenia z postępowania Betonbud Sp. z o.o. uzasadnione oceną charakteru udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie odnosi się bezpośrednio do rozstrzygnięcia Izby. Odwołujący potwierdził, iż podstawa zarzutów podniesionych w odwołaniu związana jest z oceną dokumentów, które oceniła Izba we wskazanej sprawie, tj. zobowiązania podmiotu trzeciego, umowy przedwstępnej oraz zakresu obowiązków – złożonych na rozprawie. Odwołujący następnie przyznał, iż nie jest kwestionowane przez niego to, że udział podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał będzie miało charakter realny, co rozstrzygnęła Izba wyrokiem. W odwołaniu kwestionuje natomiast możliwość wykonania zamówienia przez podmiot trzeci, co wskazuje na brak należytej oceny przez Zamawiającego, czy zamówienie z udziałem podmiotu trzeciego będzie możliwe do zrealizowania. W świetle powyższego Izba uznała, iż odwołanie w zakresie, w jakim Wykonawca odnosi się do oceny charakteru udziału podmiotu i wskazania na nadzór lub doradztwo, faktycznie odnosi się do kwestii rozstrzygniętej wyrokiem Izby i jako *res iudicata* nie podlega rozpoznaniu. W tym zakresie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej miała oparcie w rozstrzygnięciu Izby, która stwierdziła, iż taka forma zaangażowania podmiotu trzeciego potwierdzona złożonymi dowodami wskazuje na uczestnictwo podmiotu w realizacji zamówienia wspólnie z Wykonawcą na stanowisku managera projektu, w pełnym wymiarze czasu pracy, na czas określony do dnia 15.12.2020 r. Izba oceniła, iż udostępnienie potencjału jest rzeczywiste, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej i zawodowej oraz gwarantuje realny dostęp do udostępnianego potencjału, co wypełnia wymagania art. 22a ust. 1 i 4 Ustawy (str. 18 wyroku). Tym samym zarzuty z pkt 1 i 2 odwołania nie mogły być uznane za skuteczne.

Ponieważ w odwołaniu poruszony został nowy wątek oceny udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, której należało dokonać w świetle oświadczenia Wykonawcy dotyczącego ilości osób, jakie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, Izba uznała, iż w tym zakresie odwołanie wykracza poza zakres orzeczenia wydanego w sprawie sygn. akt KIO 1162/19, podlegało rozpoznaniu i skierowała je na rozprawę.

Strony i uczestnik podtrzymały swoje stanowiska w ustnych wypowiedziach na rozprawie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było dokonanie wyboru oferty konkurencyjnej. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji, jaka powstała na skutek czynności Zamawiającego, co do której Odwołujący podnosi zarzuty, a która oznaczała, iż zostaje on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, co prowadziło do wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), formularza oferty Betonbud Sp. z o.o., a także wyjaśnień i dokumentów złożonych w toku postępowania, Izba dokonała poniżej ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający wymagał złożenia w formularzu oferty oświadczenia o ilości osób, jakie zostaną zatrudnione na podstawie umowy o pracę, wykonujących czynności wskazane przez Zamawiającego w zakresie realizacji zamówienia – niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca Betonbud Sp. z o.o. zadeklarował 8 osób, jakie miały być zatrudnione na zasadach określonych w art. 22 § 1 kodeksu pracy, które będą wykonywały czynności, o których mowa w siwz. W siwz – pkt I.10 Zamawiający wymagał zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia (zostały określone w projekcie umowy). W pkt 33 OPZ (załącznik nr 1 do siwz) Zamawiający wskazał, iż wymóg zatrudnienia dotyczy wykonania czynności: roboty ziemne, murarskie, prace ocieplenia ścian, prace ocieplenia stropów, montaż stolarki drzwiowej, montaż rusztowań, montaż instalacji elektrycznych c.o., c.w.u. i wentylacji.

Zgodnie z § 15 projektu umowy, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wszystkie prace fizyczne, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, tj. czynności we wszystkich zawodach w branżach: budowlanej i elektrycznej. Obowiązek, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie dotyczy

osób wskazanych na stanowisku Kierownika budowy oraz innych osób pełniących samodzielnie funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 z późn.zm). W par. 2 Zamawiający wskazał, iż w dniu przekazania terenu budowy Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wykaz osób skierowanych do wykonania robót budowlanych ramach przedmiotowego zamówienia, z ramienia Wykonawcy lub Podwykonawcy oraz oświadczenie Wykonawcy lub Podwykonawcy o zatrudnieniu tych osób na podstawie umowy o pracę. Każdorazowa zmiana wykazu osób, o których mowa w ust. 2 nie będzie wymagać aneksu do umowy – Wykonawca przedstawi korektę wykazu do wiadomości Zamawiającego (ust. 3). W przypadku stwierdzenia zatrudnienia osób niezgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp – Zamawiający nałoży karę pieniężną za każdą nieprawidłowo zatrudnioną osobę zgodnie z wzorem zawartym w umowie (pkt 36 OPZ).

W pkt 30 OPZ (załącznik nr 1 do siwz) Zamawiający w warunkach realizacji przedmiotu zamówienia wymagał sporządzenia przez wybranego Wykonawcę harmonogramu rzeczowo-finansowego robót i przedstawienia go najpóźniej na 3 dni przed podpisaniem umowy, zawierający podział robót na etapy, czas ich wykonania i wartość (netto i brutto) robót.

Zamawiający zaplanował realizację zadania w dwóch etapach: etap I – 30.11.2019 r. (rozbudowa środkowej części budynku od strony północnej – stan surowy oraz modernizacja części pomieszczeń piwnic, w tym wymiana instalacji elektrycznej wodno-kanalizacyjnej); etap II – 15.12.2020 r. (wykonanie robót związanych z modernizacją energetyczną budynku w ramach RPO WP na lata 2014-2020) – pkt II siwz.

W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III.3.2 siwz Zamawiający wymagał w pkt V.2 ppkt 2 siwz złożenia wykazy osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – załącznik nr 7 do siwz. W treści warunku udziału Zamawiający określił wymagania wobec: kierownika budowy (a); kierownika robót budowlanych (b); kierownika robót instalacji elektrycznych (c); kierownika robót instalacji sanitarnych (d).

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Podniesiony zarzut w sposób przedstawiony w odwołaniu nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący na posiedzeniu wskazał, iż faktyczna podstawa zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy Betonbud Sp. z o.o. z postępowania związana jest z oświadczeniem Wykonawcy dotyczącym ilości osób niezbędnych do wykonania zamówienia, zadeklarowanej w formularzu oferty. W jego ocenie zadeklarowany udział 8 osób w pracach budowlanych, robotach sanitarnych, elektrycznych oraz modernizacja i rozbudowa szpitala obejmująca modernizację energetyczną budynku będzie niewystarczająca do wykonania zamówienia w terminie zadeklarowanym. Pozostałe argumenty prezentowane w przeważającej części uzasadnienia odwołania były związane z oceną realności udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego, co Izba rozstrzygnęła w wyroku z dnia 10.07.2019 r. (sygn. akt KIO 1162/19). Mając na uwadze możliwość rozpoznania odwołania w zakresie, w jakim czynność Zamawiającego nie była podyktowana rozstrzygnięciem Izby (z uwagi na przesłankę z art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy), Krajowa Izba Odwoławcza ograniczyła swoje stanowisko do nowej kwestii mającej wskazywać na brak właściwej oceny możliwości wykonania zamówienia z udziałem podmiotu trzeciego oraz ilości osób, które miały być zatrudnione do wykonania zamówienia na podstawie umowy o pracę.

Odwołujący przedłożył przygotowany samodzielnie harmonogram realizacji prac uwzględniający ilość 8 pracowników, jakie miały zostać zatrudnione na podstawie umowy o pracę z rozbiciem na zadania w branżach: budowlana, sanitarna, elektryczna. Wykonawca dokonał przeliczenia ilości roboczogodzin i na podstawie tego zestawienia wykazywał, iż nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem zadeklarowanej ilości pracowników. Jednocześnie nie określił, przy jakiej ilości pracowników możliwe byłoby wykonanie przedmiotu zamówienia. Sam w ofercie zadeklarował zatrudnienie 21 osób, co nie uwzględnia osób zajmujących stanowiska kierownicze (kierowników robót budowlanych, instalacji sanitarnych i elektrycznych).

Oceniając przedłożony dokument Izba miała na uwadze zapisy siwz, w której Zamawiający nie wprowadził obowiązku przygotowania harmonogramu, jak również nie określił minimalnej ilości pracowników, jaka miała zostać zatrudniona na podstawie umowy o pracę. Istotnym pozostawało również ustalenie, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia (potencjału osobowego niezbędnego do wykonania zamówienia) nie odnosił się do osób, których zatrudnienia Zamawiający wymagał na podstawie umowy o pracę. Opis warunku dotyczył bowiem przygotowania i doświadczenia kierowników. Powyższe oznaczało, iż zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy Betonbud Sp. z o.o. oparty na okoliczności nie związanej z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie mógł być uznany za zasadny.

Niezależnie od wadliwej konstrukcji zarzutu uwzględnienie odwołania z przyczyn merytorycznych również nie mogło mieć miejsca. Decydującymi dla takiego wniosku pozostawały zapisy siwz, w których Zamawiający pozostawił otwartą kwestię ustalenia ostatecznej ilości pracowników jacy mieliby zostać zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Zgodnie z projektem umowy, oświadczenie złożone w ofercie nie miało waloru ostatecznego i przesądzającego o ilości pracowników. Możliwość wprowadzania zmian w tym zakresie w trakcie realizacji umowy oznaczała, iż oświadczenie zawarte w formularzu oferty miało wyłącznie charakter porządkowy – informacyjny. Wykonawca mógł zakładać możliwość zmiany (co nie zostało w żaden sposób ograniczone przez Zamawiającego), jak również miał świadomość, iż ten element oferty nie stanowi przedmiotu oceny, jak również nie wymaga szczegółowego omówienia. Zapis siwz miał natomiast takie znaczenie, iż wyznaczał konieczność zatrudnienia osób wykonujących prace fizyczne na podstawie umowy o pracę. Odwołujący nie kwestionował wysokości ceny, w której Wykonawca musiał uwzględnić koszty zatrudnienia, a tym samym nie było podstaw do zakwestionowania możliwości zwiększenia stanu zatrudnienia w trakcie realizacji umowy. Przy takich zapisach siwz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, zawnioskowanego z ostrożności przez Odwołującego, nie miało wpływu na rozstrzygnięcie. Nawet gdyby przyjąć, iż wnioski biegłego potwierdziłyby założenia prezentowane przez Odwołującego, to nie stałyby one na przeszkodzie przyjęciu, iż Wykonawca będzie mógł w oparciu o zawartą umowę wprowadzić dodatkowych pracowników.

Zasadniczo odwołanie oparte na ocenie deklaracji dotyczącej stanu zatrudnienia osobowego nie mogło skutkować uwzględnieniem żądania wykluczenia Wykonawcy Betonbud Sp. z o.o. z postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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 rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. Przystępujący zgłaszający sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości odwołania nie złożył wniosku o zwrot kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym.

Przewodniczący: