

WYROK

Warszawa, dnia 30.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolantka: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ł.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COMFORT-THERM Ł.K. w miejscowości Wróblewo – Osiedle, COMFORT-THERM Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku oraz E.Z. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą EM-BUD COMPLEX E.Z. w miejscowości Chajęty w postępowaniu w którym Zamawiającym jest Politechnika Warszawska, zaś prowadzącym postępowanie Wydział Elektroniki i Technik Informatycznych Politechniki Warszawskiej przy udziale wykonawcy: ARCO-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dot. czynności badania i oceny oferty wykonawcy ARCO-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkach pod kątem ustalenia czy oferta tego wykonawcy spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. zarzuty oznaczone jako nr 2 i 3 w petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu:

1.1 unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym w jego toku wezwanie wykonawcy ARCO-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkach w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu robót wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć w 1/2 Odwołującego oraz w 1/2 Zamawiającego i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

b. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1238/24

Uzasadnienie

Politechnika Warszawska, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Odwodnienie terenu i izolacja ścian piwnic w Gmachu Elektroniki Politechniki Warszawskiej przy ul. Nowowiejskiej 15/19*”. Nr postępowania: WEiT/6/ZP/2024/1030 zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00235962/01 z dnia 7 marca 2024 r.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Dnia 10 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ł.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COMFORT-THERM Ł.K. w miejscowości Wróblewo – Osiedle, COMFORT-THERM Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku oraz E.Z. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą EM-BUD COMPLEX E.Z. i

miejscowości Chajęty (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie w przedmiotowym postępowaniu wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na błędnej ocenie i badaniu ofert, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ARCO-BUD Sp. z o.o. (dalej ARCO-BUD) ewentualnie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. Art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poinformowania Wykonawców o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert każdego z wykonawców, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza
2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ARCOBUD, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, który nie wykazał rzeczywistego wykonania robót prowadzonych na rzecz Centrum Medycznym Kształcenia Podyplomowego,
3. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ARCOBUD, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż z dokumentów złożonych przez w/w wykonawcę nie wynika, by wartość prac zrealizowanych prac izolacyjnych na rzecz Miasta Józefów wynosiła 1.000.000,00 złotych brutto. Ponadto odpowiednie dane pomnożone przez ceny jednostkowe z kosztorysu załączonego do przedmiotowego postępowania dadzą kwotę stanowiącą około 50% warunku.
4. Art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 4 pkt 1 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia środków dowodowych celem wykazania, że wykonawca oraz podwykonawca DECOR STUCCO dysponuje on odpowiednimi siłami do zrealizowania przedmiotowej inwestycji zwłaszcza w zakresie liczby zatrudnianych pracowników i możliwości ich zatrudnienia.

W związku z powyższymi żądaniami, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny i badania ofert i odrzucenie oferty ARCO-BUD.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż zaniechania Zamawiającego skutkują wyborem oferty wykonawcy ARCO-BUD, która to oferta winna zostać odrzucona, a w konsekwencji brakiem wyboru oferty Odwołującego, co spowoduje szkodę w postaci utraconych korzyści. Gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert wówczas Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący w dalszej kolejności wskazał, że wypełnianie obowiązków informacyjnych przez zamawiającego jest jedną z najistotniejszych gwarancji transparentności postępowania, a także równego traktowania wykonawców. Przekazanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej jest kulminacją wszystkich czynności dokonywanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, przekazując wykonawcom informacje, o których mowa w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym również o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, oraz oferty, które nie zostały wybrane jako najkorzystniejsza oferta. Zamawiający obowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne, także w przypadku odrzucenia oferty.

Jak wskazuje art. 253 ust. 1 pkt 1 pzp. niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Przepis ten stosuje się wprost na podstawie art. 266 pzp. Oznacza to, że w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zamieścić należy wyniki weryfikacji i oceny końcowej. Za takim rozumieniem przemawia także fakt, iż ustawodawca ranking pośredni - przed negocjacjami - uregulował w odrębnych przepisach tj. art. 287 ust. 3 pzp.

W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2 pzp., zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wykonawcach:

- 1) których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
 - 2) których oferty zostały odrzucone,
 - 3) którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1 pzp.
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający zaniechał swojego obowiązku, przez co każdy z Wykonawców ma utrudnioną możliwość weryfikacji

prawidłowości naliczonych punktów w kryteriach oceny ofert. O ile w przypadku oferty najkorzystniejszej, Zamawiający przyznał maksymalną liczbę punktów w każdym kryterium (ARCO-BUD uzyskał maksymalną ilość 100 pkt), o tyle w przypadku pozostałych ofert brak jest informacji i możliwości weryfikacji prawidłowej oceny przez Zamawiającego.

Ad. 2

Wykonawca ARCO-BUD przedłożył dokumenty podmiotu udostępniającego zasoby, jednakże po analizie przedmiaru robót oraz dokumentacji dotyczącej rzeczowej inwestycji na rzecz Miasta Józefów wykonanej przez podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy ARCO-BUD Sp. z o.o. nie wynika, by wartość prac zrealizowanych prac izolacyjnych wynosiła 1.000.000,00 złotych brutto. Sprawia to, że Wykonawca co do zasady nie mógł powoływać się na posiadane doświadczenie w oparciu o wskazaną inwestycję. Mając na uwadze wymiary budynku w rzucie a także ilość robót określoną w przedmiarze robót rzeczowej inwestycji, wątpliwym jest aby wartość robót izolacyjnych wynosiła minimum 1 000 000 zł brutto. Ponadto odpowiednie dane z przedmiaru robót dotyczącego inwestycji na którą powołuję się ARCO-BUD Sp. z o.o. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu pomnożone przez ceny jednostkowe z kosztorysu załączonego do przedmiotowego postępowania dadzą kwotę stanowiącą około 50% warunku czyli około 500.000 zł brutto nie zaś wymagane 1 000 000 zł brutto. Zamawiający winien wezwać wykonawcę do przedłożenia środków dowodowych, gdyż jak już wspomniano z przedłożonych przez ARCO-BUD dokumentów nie wynika, aby spełniała ona wymagania udziału w postępowaniu a tym bardziej uznania jej oferty za najkorzystniejszą. Sama wielkość budynku w rzucie poziomym a także ilości robót podane w przedmiarze wskazują na fakt, iż nie roboty izolacyjne nie mogły stanowić wartości 1 000 000 zł brutto. Budynek referencyjny po obrysie ma obwód ok 80 mb zatem wartość robót izolacyjnych na mb rzekomo miałyby wynosić ok 12 500 zł brutto, co czyni taką cenę zupełnie nieadekwatną nawet do najwyższych cen oferowanych na rynku, szczególnie w odniesieniu do technologii jaka była określona w projekcie oraz ilości określonych w przedmiarze robót. Z treści pisma otrzymanego przez Zamawiającego w istocie wynika, że Zamawiający wyłącznie domyśla się czego dotyczyły aneksy zawarte przez ARCO-BUD na roboty wykonane dla Miasta Józefów. Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów nie wynika ani zakres realizacji robót izolacyjnych ani tym bardziej ich wartość, tym samym Wykonawca nie sprostął nie tyle udowodnieniu co nawet uprawdopodobnieniu wartości i zakresu robót izolacyjnych zrealizowanych na wykazywanym zadaniu.

Ad. 3

Wykonawca ARCO-BUD Sp. z o.o. przedłożył dokumenty podmiotu udostępniającego zasoby w postaci protokołu odbioru częściowego w zakresie prac prowadzonych na rzecz Centrum Medycznym Kształcenia Podyplomowego, gdzie protokół odbioru częściowego nie jest dokumentem potwierdzającym wykonanie całości inwestycji, mało tego potwierdza wykonanie tylko 80% robót izolacyjnych związanych z wykonaniem izolacji przeciwwodnej. W tym stanie rzeczy Wykonawca nie miał możliwości powoływania się na fakt wykonania przedmiotowej inwestycji, albowiem de facto nie udowodnił on jej rzeczywistego wykonania. Wskazać należy, że to protokół odbioru końcowego jest dokumentem potwierdzającym realizację całości inwestycji, bowiem tenże dokument pozwala wywnioskować czy dana robota budowlana została wykonana należycie. Należy zauważyć, iż aby posłużyć się protokołem odbioru częściowego wymagane jest aby dotyczył on zakończonego etapu robót, które zostały wykonane w całości w sposób należyty. Nie sposób zgodzić się z poglądem w którym Wykonawca może przedstawić część zrealizowanych robót na potrzeby udokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Samo przedstawienie warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, gdzie pada stwierdzenie „należy zrealizować co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane” wskazuje na konieczność przedłożenia dokumentów dotyczących zrealizowanych czyli de facto zakończonych inwestycji. W istocie rzeczy żaden protokół odbioru częściowego nie uruchamia chociażby okresu gwarancji i rękojmi, a brzmienie protokołu odbioru końcowego może wskazywać na istotne uwagi Zamawiającego do uprzednio odebranych robót. Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów taki stan rzeczy nie wynika. Nie można także przyjąć, jak to twierdzi zamawiający, że częściowy odbiór robót, gdzie wartość odebranej części wynosi 1 000 000 zł spełnia warunek udziału w postępowaniu. W istocie jeśli roboty nie zostały odebrane protokołem końcowym to nie jest możliwe stwierdzenie, że roboty zostały zakończone, gdyż w istocie wykonanie inwestycji jeszcze trwa. Podkreślenia wymaga również fakt, że Wykonawca ARCO-BUD przedłożył protokół odbioru częściowego wskazujący na wykonanie 80 % zakresu robót izolacyjnych. Zdaniem Odwołującego nie sposób zgodzić się z oceną Zamawiającego co do faktu, iż taki protokół potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonanie 80% danego zakresu może dotyczyć wykonania części robót w zakresie niepełnej technologii, tym samym nie można mówić o wykonaniu robót izolacyjnych w dedykowanej technologii w całości w odniesieniu np. Do 1 MB czy m2 a wykonaniu tylko części robót wynikających z danej technologii na określonym odcinku.

Ad. 4

Jednym z wymogów przedstawionych przez Zamawiającego był wymóg zatrudniania pracowników na podstawie

umowy o pracę. Ze złożonej przez Wykonawcę ARCO-BUD Sp. z o.o. dokumentacji wynika, że samodzielnie nie dysponuje on odpowiednimi siłami do zrealizowania przedmiotowej inwestycji, albowiem zatrudnia on wyłącznie dwie osoby (vide: polisa OC ARCO BUD Sp. z o.o.) W tym stanie należy poddać pod wątpliwość możliwości realizacyjne Wykonawcy ARCO-BUD Sp. z o.o. Zdaniem wnoszącego zastrzeżenia, nie można uznać za trafną ocenę zdolności realizacyjnych Wykonawcy w sytuacji w której nie dysponuje on żadnym zapleczem kadrowym, całość doświadczenia opiera na zasobach podmiotu trzeciego, który de facto może odstąpić od chęci realizacji zamówienia, bowiem na obecnym etapie łączy ich tylko zobowiązanie. Zakładając, iż ARCO BUD Sp. z o.o. dysponuje dwoma pracownikami, oraz brakiem jakiegokolwiek własnego doświadczenia w zakresie przedmiotu zamówienia, może to w istocie zagrażać interesom Zamawiającego, którego celem jest zrealizowanie inwestycji będącej przedmiotem niniejszego postępowania. Należy podkreślić, iż sam Zamawiający stawia wymóg w SWZ zatrudniania przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia pracowników, które będą osobami zatrudnionymi w oparciu o umowę o pracę. Twierdzenia i domysły zamawiającego, że podwykonawca, który funkcjonuje na rynku zamówień publicznych lat z pewnością zatrudnia wielu pracowników, bez jakiegokolwiek upewnienia się co to tego, jest z pewnością działaniem lekkomyślnym i nieprawidłowym, podobnie jak twierdzenie, że gdy wykonawcy zabraknie pracowników to z pewnością dodatkowych takich pracowników zatrudni. Fakt złożenia oferty nie oznacza świadomości wykonawcy co do tego, że będzie on wykonywał roboty za pomocą pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Zdaniem odwołującego zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej winien zweryfikować możliwości zatrudnienia takich pracowników przez wykonawcę. W wyroku z dnia 21 września 2017 r., KIO 1857/17, Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego w zakresie, że „Treść dokumentów przekazanych zamawiającemu musi być jednoznaczna a możliwość posługiwania się cudzym potencjałem nie może pozostawać w sferze domysłów i bliżej niesprecyzowanych zasad udostępnienia.”

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 12 kwietnia 2024 r. zgłosił wykonawca ARCO-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Żąbkach, który wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 25 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację dla takiego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia wykonawcy ARCO-BUD sp. z o. o. z siedzibą w Żąbkach (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp. Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 kwietnia 2024 r., w którym Zamawiający wnosil o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na fakt że Odwołujący nie przekazał w odwołaniu lub w jego kopii zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, dowodów, załączników, którymi Odwołujący uzasadnia swoje zarzuty, co w konsekwencji miało prowadzić do tego, że Zamawiający nie mógł się zapoznać z pełną treścią odwołania ze względu na brak dowodów. Izba wskazuje, że jak wynika z dokumentacji postępowania, w tym informacji zamieszczonej na stronie prowadzonego postępowania w dniu 11 kwietnia 2024 r., Odwołujący przesłał odwołanie Zamawiającemu w dniu 9 kwietnia 2024 r. o godz. 22:42. Zamieszczone przez Zamawiającego na stronie odwołanie zawiera wszystkie załączniki wskazane w treści odwołania. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem art. 514 ust. 2 Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Z kolei w art. 516 ust. 2 ustawa Pzp wskazuje, że do odwołania dołącza się:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- 2) dowód przekazania odpowiednio odwołania albo jego kopii zamawiającemu;
- 3) dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Ponadto w świetle art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej,

strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Tym samym w ocenie Izby żaden z obowiązujących przepisów nie nakłada na podmiot składający odwołanie obowiązku załączania dowodów pod rygorem odrzucenia takiego odwołania. Przeciwnie przywołany powyżej art. 535 ustawy Pzp dopuszcza przedstawianie dowodów do momentu zamknięcia rozprawy. W konsekwencji wniosek o odrzucenie złożony przez Zamawiającego należy uznać za bezzasadny.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Odwodnienie terenu i izolacja ścian piwnic w Gmachu Elektroniki Politechniki Warszawskiej przy ul. Nowowiejskiej 15/19.*” Nr postępowania: WEiTI/6/ZP/2024/103(dalej „Postępowanie”).

W rozdziale IX ust. 2 pkt 4 SWZZamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w którym – zgodnie ze zmianą dokonaną w dniu 14 marca 2024 r. – wskazał, że za spełnienie tego warunku Zamawiający uzna wykazanie, że Wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, należycie zrealizował co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane o podobnym charakterze co roboty stanowiące przedmiot zamówienia. Za roboty budowlane o podobnym charakterze co stanowiące przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna roboty budowlane izolacyjne - każda robota o wartości prac izolacyjnych nie mniejszej niż 1.000 000,00 złotych brutto; na obiektach użyteczności publicznej; ZAŁĄCZNIK Nr 9

Przez wartość 1 roboty budowlanej Zamawiający rozumie łączną wartość wykonywanych robót w ramach 1 umowy (1 zadania inwestycyjnego).

Zgodnie z rozdziałem III ust. 6 SWZ Wykonawca zobowiązany jest *dowykonywania czynności wymienionych w ust. 4 (roboty ziemne; roboty izolacyjne; roboty wykończeniowe) wyłącznie przez osoby zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie stosunku pracy oraz do przekazania imiennego wykazu osób wykonujących prace objęte przedmiotem niniejszej umowy, ze wskazaniem rodzaju wykonywanych przez nich prac oraz podstawy zatrudnienia, a także jego aktualizowania, na żądanie Zamawiającego oraz do przekazania w terminie 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia żądania, dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie stosunku pracy (według wyboru Zamawiającego: poświadczonej za zgodność kopii umowy o pracę bez ujawnienia danych osobowych, comiesięcznych raportów RMUA, oświadczeń Wykonawcy lub Podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę, oświadczenia zatrudnionego pracownika, także jeśli pracodawcą jest podwykonawca lub dalszy podwykonawca. Kopia umowy/umów powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1781), tj. w szczególności bez adresów, nr PESEL pracowników). Imię i nazwisko pracownika nie podlega anonimizacji. Informacje takie jak: data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika powinny być możliwe do zidentyfikowania.*

Zgodnie z treścią § 3 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SWZZamawiający wymaga od Wykonawcy, stosownie do art, 95 ustawy Pzp, aby pracownicy fizyczni wykonujący w zakresie realizacji przedmiotu umowy czynności: roboty w branży ogólnobudowlanej, roboty w zakresie instalacji elektrycznych i okablowania, roboty w zakresie czerwca instalacji sanitarnych byli zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy. Ma to zastosowanie również do pracowników podwykonawcy.

Z kolei zgodnie z ust. 4 tegoż paragrafu *Najpóźniej w dniu przekazania terenu budowy Wykonawca dostarczy Zamawiającemu listę osób o których mowa w ust. 3, wraz z informacją o podstawie do dysponowania pracownikami oraz informacją o czynnościach wykonywanych przez wskazane osoby. Wykonawca dostarczy Zamawiającemu analogiczne listy dotyczące pracowników podwykonawców, przy czym w dniu przekazania Wykonawcy terenu budowy Wykonawca przekaże listy dotyczące podwykonawców znanych na tym etapie realizacji przedmiotu umowy. Listy, w myśl art. 438 ust.2 Pzp, muszą zawierać informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika „datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika.*

Zgodnie z rozdziałem XX SWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert: cena – 60 %; gwarancja za wykonane roboty budowlane - 20%; termin wykonania zamówienia - 20%.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 28.03.2024 r. Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na realizację zadania 3 500 000,00 zł brutto

W toku postępowania oferty złożyło czterech wykonawców:

Oferta nr 1 Wykonawca: ARCO-BUD Spółka z o. o. z siedzibą w Żąbkach (Przystępujący)

Cena oferty brutto: 2 850 453,83 zł

Oferta nr 2 wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ł.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą COMFORT-THERM Ł.K. w miejscowości Wróblewo – Osiedle, COMFORT-THERM Sp. z o.o. z siedzibą Płońsku oraz E.Z. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą EM-BUD COMPLEX E.Z. w miejscowości Chaję (Odwolujący)

Cena oferty brutto: 3 381 840,29 zł

Oferta nr 3 Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Anpol Inwestycje sp. z o. o. z siedzibą w Starej Iwicznej oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ANPOL – A.P.

Cena oferty brutto: 3 478 892,22 zł

Oferta nr 4 Wykonawca: ECOFAIR sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie

Cena oferty brutto: 3 649 960,99 zł

Informacja w tym zakresie została w dniu 28 marca 2024 r. zamieszczona na stronie prowadzonego postępowania oraz przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

W pkt 15 lit. b) formularza ofertowego Przystępujący oświadczył, że powierzy następującym podwykonawcom realizację następujących części zamówienia:

DECOR STUCCO Z.S.

Część (zakres) przedmiotu zamówienia powierzony podwykonawcy

- remont i izolację ścian piwnic
- odtworzenie studzienek doświetlających i ścianek oporowych
- przebudowę instalacji odwodnienia terenu

W pkt 15 lit. c) formularza ofertowego Przystępujący oświadczył, że powołuje się na zasoby niżej wymienionych podmiotów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w SWZ, na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp

DECOR STUCCO Z.S.

Udostępnione zasoby:

Zdolność techniczna lub zawodowa w zakresie doświadczenia wykonawcy

Dnia 3 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót, wykazu osób, oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, aktualnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej oraz oświadczenia o podziale obowiązków w trakcie realizacji zamówienia.

Przystępujący w odpowiedzi z dnia 4 kwietnia 2024 r. złożył następujące dokumenty

- załącznik nr 9 do SWZ – wykaz robót oraz dwa dowody potwierdzające należyte wykonanie robót;
- załącznik nr 10 do SWZ – oświadczenie wykonawcy
- załącznik nr 13 do SWZ – wykaz osób;
- polisa OC

Jednocześnie Przystępujący oświadczył, że nie składa załącznika nr 12 do SWZ, ponieważ jako wykonawca samodzielnie złożył ofertę

W dniu 5 kwietnia 2024 r. Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania oraz przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyniku postępowania, w której wskazał, że za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego, wskazując punktację jaką przyznano wybranej ofercie.

Dnia 11 kwietnia 2024 r. Zamawiający ponownie zamieścił na stronie postępowania oraz przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyniku postępowania, w której obok zawartych uprzednio informacji zamieścił tabelę, w której wskazał nazwy pozostałych wykonawców, a także punktację przyznaną ofertom w każdym

kryterium oceny ofert i łączną punktację. Informacja ta tego samego dnia została sprostowana w zakresie terminu wykonania oferty Odwołującego, gdzie pierwotnie błędnie wpisano 15 pkt, a właściwe było 20.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie zaś z przepisem art. 552 ust. 1 ustawy Pzp podstawą wydania wyroku jest stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wydanie wyroku musi być bowiem oparte na całokształcie okoliczności faktycznych i prawnych ustalonych w toku całego postępowania, tj. do momentu zamknięcia rozprawy. Z powyższego wynika konieczność uwzględniania przy wyrokowaniu czynności Zamawiającego podjętych już po wszczęciu postępowania odwoławczego. W świetle powyższego Izba w zakresie pierwszego z zarzutów uznała, że Zamawiający swoim działaniem naruszył dyspozycję art. 253 ust. 1 pzp. Bezsprzecznie należy uznać, iż Zamawiający w informacji o wyniku postępowania zamieszczonej na stronie prowadzonego postępowania oraz przekazanej wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 5 kwietnia 2024 r. nie zawarł wszystkich informacji których zamieszczenia wymaga art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. nie zostały w niej wskazane nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktacja przyznana ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączna punktacja. Informacje te zostały zawarte w ponownie przesłanej informacji o wyniku postępowania z dnia 11 kwietnia 2024 r. Ponadto jak wynika z dokumentacji postępowania zarówno Odwołujący jak i inny wykonawca zwrócili się w dniu 5 kwietnia 2024 r. o dostęp do dokumentacji postępowania, w tym wybranej oferty Przystępującego, który to dostęp uzyskali w dniu 8 kwietnia 2024 r. Ponadto Izba miała na względzie brzmienie art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie w przypadkach wnoszących się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. O ile zatem należy zgodzić się z Odwołującym, iż czynność Zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2024 r. naruszyła przywoływany art. 253 ust. 1 ustawy Pzp oraz utrudniła na określonym etapie postępowania możliwość weryfikacji prawidłowości naliczonych punktów w kryteriach oceny ofert, tak jednak nie można w świetle dalszego przebiegu postępowania uznać, że został on pozbawiony możliwości weryfikacji prawidłowej oceny przez Zamawiającego ofert złożonych w postępowaniu. W wyniku wskazywanych powyżej dalszych czynności Zamawiającego w postępowaniu, które nastąpiły po publikacji wyniku postępowania w dniu 5 kwietnia 2024 r., Odwołujący uzyskał informacje na podstawie których mógł dokonać takiej weryfikacji, jak również miał możliwość wniesienia środków ochrony prawnej od czynności Zamawiającego dokonanych w postępowaniu. Tym samym w ocenie Izby nie została w zakresie podniesionego zarzutu spełniona przesłanka uwzględnienia odwołania, zgodnie z którą stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji Izba oddaliła pierwszy z zarzutów odwołania.

Kolejne dwa zarzuty postawione w odwołaniu odnosiły się do kwestii potwierdzenia przez Przystępującego w złożonych podmiotowych środkach dowodowych spełnienia postawionego przez Zamawiającego w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 SWZ warunku w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych. W zakresie tego warunku Przystępujący oświadczył, że w celu wykazania jego spełnienia powołuje się na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp na zasoby podmiotu Z.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DECOR STUCCO Z.S. w Miedzianej Górze oraz w odpowiedzi na wezwanie przedłożył wykaz robót wraz z dokumentami mający mi potwierdzić należyte wykonanie robót w nim wskazanych.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty w tym zakresie znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje w tej części na uwzględnienie. Niemniej, Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o odrzucenie oferty Przystępującego, ponieważ na obecnym etapie postępowania takie żądanie jest przedwczesne.

Zaznaczyć należy w tym miejscu, że Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest obowiązany rozpatrzyć

sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozagę wszystkie przepisy prawne, które powinny znaleźć zastosowanie w rozważanym przypadku (np. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt: II CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane w danej sprawie. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy, zwięzłego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Jednak okoliczności tych nie można utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i ustalone okoliczności faktyczne – które mogą być kwalifikowane według różnych norm prawnych, uzasadniają rozważenie ich przez Izbę, nawet jeżeli są to odmienne normy, niż te, które zostały wskazane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie to stwierdzenie ze sobą niesie, co znajdzie odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji orzeczenia.

Skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia czynności badania i oceny oferty Przystępującego w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, mając na uwadze treść warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a także treść podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego, w wyniku czego stwierdzono, że Zamawiający w sposób niepełny przeprowadził ocenę spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. W ustalonym stanie rzeczy znalazło potwierdzenie, że zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp i przedwcześnie zakończył badanie i ocenę oferty złożonej przez Przystępującego. Wyjaśnienia w zakresie spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej należało kontynuować, celem jednoznacznego wykazania spełniania tegoż warunku w trybie określonym w art. 128 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła jednocześnie stanowiska Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych w sposób jednolity przyjmuje się, iż czynność wykluczenia (odrzućenia oferty) z postępowania wykonawcy, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu wymaga wcześniejszego wyczerpania procedury uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych, co jest wyłączone wyłącznie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy (lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) podlegałaby odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp).

Tym samym nie jest możliwe nakazanie Zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wykonawcy bez wcześniejszego wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b). Pzp za przedwczesny. Nie mniej jednak Izba podzieliła stanowisko i zarzuty Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym koniecznym stało się nakazanie Zamawiającemu wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu o informacje niezbędne do oceny, czy Przystępujący warunek ten spełnia.

Wskazać bowiem należy, że ze złożonego przez Przystępującego wykazu wraz dowodami nie wynikało, że zakres referencyjnych prac obejmował roboty izolacyjne o wartości powyżej 1 000 000 zł brutto, które zostały wykonane w sposób należyty.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wskazywanej w wykazie inwestycji na rzecz Miasta Józefów

potwierdzenie znalazł zarzut Odwołującego, że z przedłożonych przez Przystępującego dokumentów nie wynika ani zakres realizacji robót izolacyjnych w ramach rzeczzonej inwestycji, ani ich wartość. W wykazie Przystępujący wskazał jako referencyjną inwestycję pn. *Modernizacja i renowacja budynku przy ul. Kardynała Wyszyńskiego 2 w Józefowie, mająca na celu dostosowanie obiektów do nowej funkcji: Domu Nauki i Sztuki*. Zgodnie z treścią wykazu wartość rzeczzonego zamówienia wynosiła 8.608.970,76 zł, zaś w przedmiot zamówienia wchodziły zgodnie z deklaracją Przystępującego roboty budowlane izolacyjne o wartości powyżej 1.000.000 zł brutto. Jako dokument potwierdzający powyższe Przystępujący złożył *Protokół odbioru końcowego robót budowlanych* z dnia 13.12.2022 r. potwierdzającego wykonanie całości ww. zadania inwestycyjnego. W treści tegoż dokumentu w żadnym jego punkcie nie wskazano jednak, aby zadanie to obejmowało prace izolacyjne, ani tym bardziej jak miałyby być ich wartość. Tym samym dokument ten wbrew żądaniu zawartemu w treści warunku opisanego w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 SWZ nie potwierdzał wykonania wymaganych prac izolacyjnych o wartości 1 000 000 zł brutto. Nie sposób w tym zakresie zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, iż „nie był podstaw by wątpić że Wykonawca [Przystępujący] nie wykonał w ramach rozszerzonego zamówienia robót izolacyjnych o wartości powyżej 1 000 000,00 zł brutto. Dowodami potwierdzającymi spełnienie warunku posiadania doświadczenia oprócz referencji (w tym przypadku protokołu odbioru robót jest także wykaz robót, w którym Wykonawca opisał należyte spełnienie warunku posiadania doświadczenia.” W ocenie Izby jak wątpliwości takie istniały gdyż – jak wskazano wcześniej – złożony protokół odbioru informacji takich nie potwierdzał, zaś sam wykaz nie stanowi dowodu na potwierdzenie należytego wykonania robót w nim wskazywanych. Jak wskazuje w dalszej części odpowiedzi na odwołanie sam Zamawiający nie ma żadnych przeszkód, aby zamiast referencji wykonawca przedstawił inne dokumenty zawierające potwierdzenie wykonania wystawione przez podmiot na rzecz którego były realizowane prace, którymi wykonawca powinien dysponować. Takich innych dokumentów czy pokwitowań – poza protokołem odbioru z którego treści nie wynika realizacja prac izolacyjnych – Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do zadania realizowanego na rzecz Miasta Józefów nie przedstawił. Zamawiający oceniając spełnienie przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu nie może domniemywać żadnych informacji nie wynikających z wykazu i nie potwierdzonych w złożonych dokumentach, to bowiem prowadziłoby do naruszenia jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych wynikających z art. 16 Pzp - zasady przejrzystości.

Z kolei odnosząc się do wskazywanych w wykazie jako drugie prac prowadzonych na rzecz Centrum Medycznym Kształcenia Podyplomowego, słusznie wskazał Odwołujący, że złożone przez Przystępującego dokumenty w postaci protokołu odbioru częściowego z dnia 26 sierpnia 2022 r. wraz z tabelarycznym zestawieniem przerobów nie stanowią potwierdzenia, że podmiot udostępniający zasoby Przystępującemu w sposób należyty wykonał prace objęte stawianym w SWZ warunkiem. Jak bowiem wynika z treści Przerobu nr 1 stopień zaawansowania robót obejmujących *izolacje przeciwwodne ścian zewnętrznych* określono na 80 %. Tym samym już treść złożonych przez Przystępującego dokumentów wprost nie potwierdza, że prace te zostały wykonane, lecz że na moment sporządzenia tychże dokumentów były wykonywane, lecz nadal nie zostały zakończone. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż aby posłużyć się protokołem odbioru częściowego wymagane jest aby dotyczył on zakończonego, kompletnego elementu robót, które zostały wykonane w całości w sposób należyty. Tymczasem z treści załączonego przerobu jednoznacznie wynika, że roboty izolacyjne, których wykonanie miało stanowić podstawę do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu zostały zrealizowane częściowo, zaś część tych prac pozostała do wykonania.

W związku z tym, Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do uzupełnienia wykazu na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w przypadku gdy wykonawca nie złoży podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, jednocześnie mając na względzie treść art. 122 ustawy Pzp.

Izba oddaliła jednocześnie dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego w postaci wyjaśnień Przystępującego z dnia 18 kwietnia 2024 r., złożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2024 r. Wskazać należy, że Izba na etapie niniejszego postępowania odwoławczego oceniała prawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na weryfikacji podmiotowej wykonawcy, a więc czy Zamawiający mógł uznać na podstawie złożonego wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku opisanego w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 SWZ. Wykazywanie spełnienia warunku musi nastąpić w postępowaniu przetargowym, nie zaś w postępowaniu przed Izbą. Dlatego też Izba oddaliła wniosku dowodowe mające na celu wykazanie spełnienia przez Przystępującego spornego warunku udziału w postępowaniu czy też wyjaśnianie na tym etapie wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowej oceny spełniania przez Przystępującego warunku udziału w

postępowaniu postawionego w SWZ.

Za nieuzasadniony uznał skład orzekający zarzut odnoszący się do podnoszonej w odwołaniu kwestii wymogu zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę. W odniesieniu do powyższej kwestii podkreślenia wymaga, iż Odwołujący podnosząc, iż Przystępujący nie dysponuje on odpowiednimi siłami do zrealizowania przedmiotowej inwestycji zwłaszcza w zakresie liczby zatrudnianych pracowników i możliwości ich zatrudnienia nie wskazał, którego z wymogów postawionych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia Przystępujący nie spełnia. Z kolei postawione przez Zamawiającego w SWZ oraz wzorze umowy wymogi dotyczące zatrudniania przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia pracowników, które będą osobami zatrudnionymi w oparciu o umowę o pracę odnoszą się, jak słusznie wskazywał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oraz na rozprawie, odnoszą się do etapu realizacji zamówienia. Bezpodstawne jest zatem wymaganie oczekiwane przez Odwołującego, aby Przystępujący na tym etapie składał środki dowodowe celem wykazania dysponowania odpowiednimi siłami do zrealizowania zamówienia, w sytuacji gdy zarówno konieczność spełnienia takiego wymogu, jak również przedstawienia dowodów na jego potwierdzenie, nie został postawiony w SWZ. W konsekwencji bezzasadny jest również zarzut stawiany Zamawiającemu, iż ten nie weryfikował podnoszonej kwestii zatrudnienia na etapie badania i oceny ofert oraz nie wzywał do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy warunki w tym zakresie jak również obowiązek złożenia podmiotowych środków dowodowych nie zostały postawione w dokumentacji postępowania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) rozdzielając wpis stosunkowo zgodnie z proporcją liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła (1/2 Odwołujący oraz 1/2 Zamawiający) oraz znosząc wzajemnie koszty o których mowa w § 5 pkt. 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....