

Sygn. akt: KIO 1991/16

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 2 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 2 listopada 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2016r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Balzola Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Pawła II nr 12 i Spółka Construcciones y Promociones Barzola Sociedad Anonima z siedzibą w Hiszpanii w Vizcaya, Av. Sabino Arana 20 3** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Morska 350A**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwa Usługowo Handlowego „Rajbud” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, ul. Szymbarskich Zakładników 22** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1991/16 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **Umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Balzola Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Pawła II nr 12 i Spółka Construcciones y Promociones Barzola Sociedad Anonima z siedzibą w Hiszpanii w Vizcaya, Av. Sabino Arana 20 3** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa przystanku SKM Rumia Janowo zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lipca 2016r. za numerem 2016/S 140-253242.

W dniu 7 października 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, ul. Szymbarskich Zakładników 22, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Balzola Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Pawła II nr 12 i Spółka Construcciones y Promociones Barzola Sociedad Anonima z siedzibą w Hiszpanii w Vizcaya, Av. Sabino Arana 20 3.

W dniu 17 października 2016r. drogą elektroniczną wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Balzola Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Pawła II nr 12 i Spółka Construcciones y Promociones Barzola Sociedad Anonima z siedzibą w Hiszpanii w Vizcaya, Av. Sabino Arana 20 3 – dalej odwołujący wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało opatrzone podpisem cyfrowym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października 2016r. udzielonego przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ustanowionego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 września 2016r. udzielonego przez członka zarządu firmy Barzola Polska sp. z o.o. i Dyrektora Generalnego Spółka Construcciones y Promociones Barzola Sociedad Anonima upoważnionymi do samodzielnej reprezentacji obu wykonawców, zgodnie z załączonymi do odwołania dokumentami rejestrowymi. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 października 2016r.

Odwołujący wniósł odwołanie od następujących czynności zamawiającego:

1. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „RAJBUD” sp. z o.o. („RAJBUD”) pomimo, że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Postępowaniu („SIWZ”);

Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez bezzasadne przyjęcie, że oferta RAJBUD odpowiada treści SIWZ oraz przez prowadzenie przez zamawiającego i wykonawcę RAJBUD negocjacji, co do treści oferty RAJBUD.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
3. unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i unieważnienie czynności wyboru oferty RAJBUD jako oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty RAJBUD;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania albowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego w/w przepisów ustawy interes odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w postępowaniu, doznał uszczerbku. Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która w procesie badania i oceny ofert została sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert, a wyłącznie w wyniku dokonania w/w naruszeń przez zamawiającego oferta odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu. W związku z powyższym odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta odwołującego zostanie sklasyfikowana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, a tym samym odwołujący uzyska niniejsze zamówienie.

Odwołujący powziął informację o czynności zamawiającego w dniu 7 października 2016 roku wskutek doręczenia przez zamawiającego pisma z dnia 7 października 2016 roku stanowiącego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej (Załącznik nr 7 do odwołania).

Zgodnie z postanowieniem pkt. 4.2 SIWZ „Przedmiot zamówienia” zamawiający wskazał, iż: „Zgodnie z treścią art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy zamawiający wymaga, aby wykonawca wykonał samodzielnie - tj. bez udziału podwykonawców - roboty budowlane w zakresie określonym przez poniższe tomy Dokumentacji Projektowej (rozdział V niniejszej SIWZ):

- 1 PB: II. Projekt architektoniczno – budowlany 0254/PB 3.0 Branża torowa + Perony
- 2 PB: II. Projekt architektoniczno – budowlany 0254/PB 6.0 Branża konstrukcyjna z wyłączeniem urządzeń dźwigowych
- 3 PB: TOM II. Projekt architektoniczno – budowlany 0254 / PB 6.0 Branża konstrukcyjna - z wyłączeniem urządzeń dźwigowych
- 4 PW: Projekt układu torowego 0254/PW 3.1 Branża torowa

5 PW: Projekt budowy wiaty peronowej, wiaty nad schodami, schodów, wind, muru oporowego i peronu 0254/PW 6.1 Branża konstrukcyjna z Wyłączeniem urządzeń dźwigowych

6 ST: Część Tk 0254 / PW 3.4 Branża torowa

7 ST: Część M 0254/PW 6.4 Konstrukcje - z wyłączeniem M.20.02.07 Dźwig osobowy  
Zamawiający, w ocenie odwołującego, wymagał, aby roboty w Branży konstrukcyjnej (z wyłączeniem urządzeń dźwigowych) zostały wykonane przez samego wykonawcę, bez udziału podwykonawców.

W pkt. 12 formularza oferty w postępowaniu wykonawcy byli zobowiązani określić części zamówienia, które zostaną powierzone podwykonawcom. Zgodnie z z pkt. 12 formularza oferty wykonawcy RAJBUD, wykonawca ten wskazał, że:

„12. OŚWIADCZAMY, że następujące części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom:

nazwa części zamówienia

- Mała Architektura
- Trakcja
- Telekomunikacja
- Branża Konstrukcyjna
- Budowa sieci instalacji elektrycznych
- Przebudowa sieci gazowej ś/c"

Porównanie postanowień pkt. 4.2 SIWZ (części zamówienia zastrzeżone do osobistego wykonania przez Wykonawcę) oraz pkt. 12 formularza oferty RAJBUD wyraźnie wskazuje, że zgodnie z oświadczeniem woli złożonym przez wykonawcę RAJBUD w jego ofercie wykonawca ten powierzy podwykonawcom wykonanie części zamówienia - w zakresie robót obejmujących branżę „Branża Konstrukcyjna”, podczas gdy zgodnie z pkt. 4.2. SIWZ zamawiający zastrzegł wykonanie robót w branży konstrukcyjnej (z wyłączeniem urządzeń dźwigowych) (pkt. 2, 3, 5 i 7 tabeli w pkt. 2.1 niniejszego odwołania) do wyłącznego wykonania bezpośrednio przez wykonawcę składającego ofertę.

Tym samym, z treści oferty (oświadczenia woli) wykonawcy RAJBUD jednoznacznie wynika, że wykonawca ten nie wykona samodzielnie robót dotyczących „Branży Konstrukcyjnej”, a tym samym oferta wykonawcy RAJBUD nie odpowiada treści pkt. 4.2 SIWZ i winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP jako oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r.(KIO 857/15). Zamawiający zastrzegając obowiązek osobistego wykonania części zamówienia, zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt. 1 ustawy, określił sposób i warunki realizacji przedmiotu zamówienia istotne z punktu widzenia zamawiającego. Złożone przez wykonawcę RAJBUD oświadczenie o powierzeniu

robót podwykonawcy w „Branży Konstrukcyjnej”, pomimo że zamawiający wymaga osobistego wykonania przez wykonawcę zamówienia w tej właśnie branży stanowi zatem o niezgodności oferty wykonawcy RAJBUD z SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż pismem z dnia 26 września 2016 roku zamawiający wezwał wykonawcę RAJBUD m.in. do złożenia wyjaśnień w zakresie pkt. 12 oferty RAJBUD oraz oświadczenia o powierzeniu podwykonawcom robót w „Branży konstrukcyjnej”. Zamawiający wskazał: „(...) w punkcie 12 formularza oferty oświadczyli Państwo, że część zamówienia - branża konstrukcyjna zostanie powierzona podwykonawcom. Prosimy zatem o wyjaśnienie, czy zamierzają Państwo powierzyć jakiegokolwiek prace w zakresie tejże branży lub w pozostałych zakresach wskazanych w pkt. 4.2 SIWZ albo czy prace mają dotyczyć wyłącznie urządzeń dźwigowych.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w piśmie z dnia 27 września 2016 roku wykonawca RAJBUD oświadczył, iż: „(...) Spółka z Zakresu Branża konstrukcyjna zamierza powierzyć podwykonawcom wyłącznie część zamówienia tj. w zakresie urządzeń dźwigowych. Jednocześnie, w celu rozwiania jakichkolwiek wątpliwości, PHU Raj bud Sp. z o. o. oświadcza, że wykona samodzielnie, tj. bez udziału podwykonawców roboty budowlane w zakresie określonym w punkcie 4.2. SIWZ, zastrzeżonym przez zamawiającego do osobistego wykonania przez Wykonawcę, zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Wskazana powyżej korespondencja prowadzona pomiędzy zamawiającym i wykonawcą RAJBUD, zmierzająca rzekomo do wyjaśnienia treści oferty, jest w ocenie odwołującego, jaskrawym przykładem prowadzenia niedozwolonych na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy negocjacji dotyczących treści oferty złożonej przez wykonawcę RAJBUD. Poprzez oświadczenie złożone w piśmie z dnia 27 września 2016 roku wykonawca RAJBUD próbuje doprowadzić do zgodności oferty z postanowieniami SIWZ, przy czym takie, działania należy uznać za zmianę treści oferty. Ze złożonego w treści oferty oświadczenia o zakresie robót/zamówienia, które wykonawca Rajbud powierzy do wykonania podwykonawcom jednoznacznie wynika, iż podwykonawcy wykonała cały zakres robót „Branży konstrukcyjnej”. a nie wyłącznie wybrane elementy tj. urządzenia dźwigowe.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z treścią oferty wykonawcy RAJBUD nie ma żadnych wątpliwości, że nie wykona on samodzielnie robót w „Branży konstrukcyjnej”, ale że powierzy ich wykonanie w całości podwykonawcom, na co jednoznacznie wskazuje treść złożone w pkt. 12 oferty Rajbud oświadczenia: „(...) następujące części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom (...)”. Z uwagi na jednoznaczność i kategoryczność złożonego oświadczenia, niezgodność oferty wykonawcy RAJBUD z SIWZ nie może zostać usunięta w drodze wyjaśnień, ponieważ takie wyjaśnienia prowadziłby do istotnej zmiany treści oferty tego wykonawcy oraz nosiłby znamiona nieuprawnionych na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy

Prawo zamówień publicznych, negocjacji pomiędzy zamawiającym i wykonawcą RAJBUD. Odwołujący powołał się na pogląd wyroku KIO z dnia 6 lutego 2014 r. (KIO 96/14).

Oświadczenie dotyczące podwykonawców jest oświadczeniem dotyczącym sposobu wykonania zamówienia, w szczególności jeżeli w treści oferty wykonawca kategorycznie oświadcza, że wykona zamówienia przy udziale podwykonawców w określonych branżach. Jak podkreśla się w orzecznictwie KIO: „Oświadczenie wykonawcy, co do sposobu wykonania zamówienia i korzystania bądź nie z podwykonawców w trakcie jego realizacji jest elementem złożonej oferty i zmiana w tym zakresie oznacza zmianę sposobu wykonania zamówienia i naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).”

Konieczność wykluczenia wykonawcy RAJBUD, w związku z oświadczeniem o powierzeniu części zastrzeżonej do osobistego wykonania przez wykonawcę oraz brak możliwości wyjaśnienia oferty w tym zakresie znajduje również potwierdzenie wyroku KIO z dnia 7 marca 2016 r. (KIO 221/16).

W dniu 18 października 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21 października 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca RAJBUD wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś utrzymanie tego rozstrzygnięcia umożliwi mu uzyskanie zamówienia. W uzasadnieniu podniósł., że stan przedstawiony przez odwołującego jest niekompletny, gdyż pomija fakt, że w formularzu załączony do oferty stanowiącym załącznik nr 1 do rozdziału II siwz pt. „Potencjał strona 1/3, RAJBUD jednoznacznie i wyraźnie oświadczył, że posiada niezbędny potencjał techniczny i zrealizuje samodzielnie roboty budowlane w zakresie określonym przez poniższe tomy dokumentacji projektowej (określone w rozdziale V siwz):

- 1 PB: II. Projekt architektoniczno – budowlany 0254/PB 3.0 Branża torowa + Perony
- 2 PB: II. Projekt architektoniczno – budowlany 0254/PB 6.0 Branża konstrukcyjna z wyłączeniem urządzeń dźwigowych
- 3 PB: TOM II. Projekt architektoniczno – budowlany 0254 / PB 6.0 Branża konstrukcyjna - z wyłączeniem urządzeń dźwigowych
- 4 PW: Projekt układu torowego 0254/PW 3.1 Branża torowa
- 5 PW: Projekt budowy wiaty peronowej, wiaty nad schodami, schodów, wind, muru oporowego i peronu 0254/PW 6.1 Branża konstrukcyjna z Wyłączeniem urządzeń dźwigowych
- 6 ST: Część Tk 0254 / PW 3.4 Branża torowa

7 ST: Część M 0254/PW 6.4 Konstrukcje - z wyłączeniem M.20.02.07 Dźwig osobowy  
Natomiast w pkt. 12 formularza oferty (rozdział III siwz) RAJBUD oświadczył, że następujące części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom:

- Mała Architektura
- Trakcja
- Telekomunikacja
- Branża Konstruktoryjna
- Budowa sieci instalacji elektrycznych
- Przebudowa sieci gazowej ś/c"

Określając części zamówienia kierował się nomenklaturą przyjętą w dokumentacji projektowej. Wskazując w pkt. 12 formularza branżę konstrukcyjną rozumiał, że chodzi wyłącznie o te roboty, które zgodnie z siwz może powierzyć podwykonawcom. Zamawiający wzywał go do wyjaśnień w tym zakresie. Skorzystanie przez zamawiającego z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy nie może być zdaniem RAJBUD ocenione jako niezgodne z ustawą. Zamawiający powinien o takie wyjaśnienia wystąpić, gdy ma wątpliwość w szczególności w sytuacji wewnętrznych sprzeczności w treści złożonej oferty – tak wyrok KIO z dnia 21 marca 2014r. sygn. akt KIO 441/14. Oceny oferty należy dokonywać w oparciu o całość oświadczeń złożonych w ofercie – tak KIO w wyroku z dnia 9 listopada 2012r. sygn. akt KIO 2343/12 i KIO 2346/12. Według RAJBUD analiza wszystkich dokumentów złożonych przez niego do oferty nie daje podstaw do przyjęcia, że oświadczył, że zamierza powierzyć branżę konstrukcyjną podwykonawcom. Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował art. 26 ust. 3 i 4 ustawy wzywając go do złożenia wyjaśnień. Celem wyjaśnień jest bowiem uzyskanie dodatkowej informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwala zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje nie mogą jedynie zmieniać treści oferty. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczyć się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać, ani ograniczać – tak KIO w wyroku z dnia 15 grudnia 2014r. sygn. akt KIO 2491/14 i z dnia 20 sierpnia 2009r. sygn. akt KIO 1026/09. RAJBUD uważa, że nie zmienił treści oferty, a jedynie wskazał jak należy rozumieć pkt. 12 formularza ofertowego. RAJBUD zamierza powierzyć podwykonawcom wyłącznie urządzenia dźwigowe, co w świetle oświadczenia w formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do rozdziału II siwz pt. „potencjał” nie może być potraktowane jako zmiana treści siwz, czy prowadzenie negocjacji z zamawiającym. Dodatkowo powołał wyrok KIO z dnia 20 listopada 2012r. sygn. akt KIO 2411/12. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa firmy, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 20 października 2016r.



W dniu 28 października 2016r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji odwołującego.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....