

Sygn. akt: KIO 690/19

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **S. F., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą S. F., Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe „Flisbud”**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Telatyn z siedzibą w Telatynie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Telatyn z siedzibą w Telatynie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. F., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą S. F., Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe „Flisbud”** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Telatyn z siedzibą w Telatynie** na rzecz wykonawcy **S. F., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą S. F., Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe „Flisbud”** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Zamościu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Telatyn z siedzibą w Telatynie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej w gminie Telatyn”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 19 lutego 2019 r., poz. 515484-N-2019.

10 kwietnia 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy S. F., prowadzącemu w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą S. F., Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe „Flisbud”, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

Wobec czynności odrzucenia swej oferty i zaniechania czynności wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej odwołujący wniósł 15 kwietnia 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i niewłaściwe uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z ustawą, a w szczególności z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, co narusza również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i niewłaściwe uznanie, że oferta odwołującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, co narusza również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zaprzecza, iż zamierza powierzyć całość zamówienia podwykonawcom. Jak sam zamawiający wskazał i co wprost wynika z informacji z formularza ofertowego, odwołujący zamierza realizować zamówienie bez podwykonawców w zakresie prac dotyczących demontażu i ponownego montażu uchwytów od flagi. Roboty te zostały spozycjonowane w przedmiarze (Dział I, pozycja II przedmiaru z dnia 10.01.2019 r. sporządzonego przez mgr. inż. A. Z.), a zatem faktycznie stanowią część robót, która będzie wykonywana przez wykonawcę. Skoro zatem nie wszystkie prace będą

realizowane przez podwykonawcę, to podwykonawca nie będzie wykonywał całości zamówienia, a już na pewno nie 100 % prac, jak stara się wywieźć zamawiający. Ustawodawca nie określił bowiem jaka ilość prac stanowi całość zamówienia, a jaka część. Odwołujący wskazał, że przez całość należy rozumieć 100% zakresu wykonywanych prac, co potwierdza także sam zamawiający twierdząc w uzasadnieniu odrzucenia, że: *„Niedopuszczalne jest więc ustanowienie 100 % podwykonawstwa jednego podmiotu dla zamówienia.”* Zdaniem odwołującego zrealizowanie przez wykonawcę chociażby 1 % robót, nie pozwala na stwierdzenie, iż całość zamówienia została powierzona podwykonawcom. Ponadto zamawiający niezasadnie utożsamia pojęcie „zamówienia” na roboty budowlane, z konkretnymi robotami wykonywanymi na placu budowy. Na uwadze należy mieć bowiem fakt, iż na zamówienie w zakresie robót budowlanych składa się szereg innych czynności takich jak koordynowanie robotami, rozliczanie budowy, zamawianie i przywożenie materiałów, które również są immamentnie związane z realizacją umowy na roboty budowlane (a tym samym wchodzą w zakres zamówienia), a które leżą po stronie generalnego wykonawcy. Nie można zatem w tej sytuacji mówić o jakiegokolwiek pozorności oświadczenia woli odwołującego w zakresie podwykonawstwa, gdyż odwołujący faktycznie będzie uczestniczył w realizacji robót budowlanych na przedmiotowej inwestycji. Już tylko z tych względów stwierdzał, iż zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c.

Odwołujący podkreślił także, iż informacja o zakresie podwykonawstwa wskazywana w formularzu ofertowym posiada jedynie walor informacyjny. Kwestie związane z podwykonawstwem w tym jego zakresie odnoszą się wyłącznie do etapu realizacji umowy, a w związku z tym nie można wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Odwołujący wywiódł, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 listopada 2017 r. o sygn. KIO 2336/17 wypowiedziała się, iż nawet całkowite zaniechanie podania informacji o zakresie podwykonawstwa nie może skutkować odrzuceniem oferty zarówno na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tak samo orzekła Izba w wyroku z dnia 12 czerwca 2018 r. o sygn. KIO 1073/18. Na przykładzie wyżej wymienionych orzeczeń, Izba w wyroku z dnia 17 lipca 2018 r. o sygn. KIO 1304/18 wywiódła, iż brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodnej z ustawą, a w szczególności z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wywiódł, że jeżeli wykonawca nie ma obowiązku wskazywania w formularzu ofertowym zakresu podwykonawstwa i z tej przyczyny nie można odrzucić jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. to tym bardziej sytuacja podmiotu, który faktycznie wskazuje taki zakres w formularzu oferty nie może być gorsza od wykonawcy, który w ogóle nie informuje zamawiającego o części zamówienia jaką zamierza powierzyć

podwykonawcom. Z tych też względów zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że z ostrożności, nawet gdyby uznać, iż informacja wskazana w ofercie przez odwołującego stanowiła o powierzeniu całości prac do wykonania przez podwykonawcę (czemu odwołujący zaprzecza), to zarówno doktryna jak i orzecznictwo opowiada się za możliwością powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. W szczególności takie stanowisko zostało zaprezentowane w opinii Urzędu Zamówień Publicznych (Podwykonawstwo — nowelizacja PrZamPubl z 8.11.2013 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych, www.uzp.gov.pl), gdzie na pytanie „*Czy jest możliwe powierzenie przez wykonawcę realizacji całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom?*” odpowiedziano, że wykładni tego przepisu należy dokonywać w powiązaniu z tym, czy zamawiający zastrzegł wykonanie kluczowych części zamówienia przez podwykonawców zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp: „*Wykładni przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp należy dokonywać łącznie z przepisem art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. W drugim z ww. przepisów przewidziana została możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia. A zatem w sytuacji gdy zamawiający nie skorzysta z ww. uprawnień, wykonawca będzie mógł powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom.*” Podobne stanowisko prezentuje J. Dolecki (Zamówienia) twierdząc, że wykonawca może powierzyć wykonanie dowolnej części, a nawet całości zamówienia, zarówno jednemu, jak i kilku podwykonawcom, według swojego uznania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający wyraźnie zrezygnował z uprawnienia wynikającego z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. W rozdziale 2, punkcie 2.11 SIWZ Zamawiający wprost napisał, iż „*Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie przedmiotu zamówienia.*”. Podniósł zatem, że informacja o zakresie wykonawstwa, który będzie wykonywany przez podwykonawców nie była istotna dla zamawiającego, w innym razie skorzystałby z instytucji opisanej w art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. Również i z tych względów uznać należy, że wykonawca miałby prawo (gdyby faktycznie tak było) powierzyć całość zamówienia podwykonawcom. Odwołujący wskazywał, że także orzecznictwo zarówno sądów powszechnych jak i Krajowej Izby Odwoławczej opowiada się za możliwością powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Przywołał fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu wydanego w sprawie o sygn. akt XI Ga 597/18. Wywiódł, że powyższy pogląd został wyrażony również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2018 r. o sygn. KIO 1107/18. Wskazywał, że przedmiotowe zagadnienie było

również przedmiotem rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie, w wyroku z dnia 11 września 2015 roku, sygn. akt IV Ca 1050/15.

Odwołujący reasumując podniósł, w niniejszej sprawie nie można mówić o niezgodności oferty odwołującego z przepisami ustawy Pzp, w tym z art. 36a ustawy, ponieważ przepisy ustawy nie zakazują powierzenia całości zamówienia podwykonawcom (abstrahując od faktu, iż w przedmiotowym stanie faktycznym powierzenie całości zamówienia podwykonawcom nie miało miejsca). W konsekwencji nie ma zastosowania w niniejszej sprawie norma wyrażona w art. 58 k.c. dotycząca czynności prawnych sprzecznych z ustawą, czy też czynności mających na celu obejście przepisów ustawy, gdyż wobec braku norm zakazujących wykonywania całości zamówienia przez podwykonawców taka sprzeczność (bądź też obejście przepisów) nie występuje.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie posiedzenia i rozprawy przed Izbą przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez odwołującego, informację z otwarcia ofert, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 10 kwietnia 2019 r., odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, lecz może być wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej w gminie Telatyn.

Ustalono ponadto, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał m.in.:

2.3. *Na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik Nr 1 do SIWZ, opisujący zakres wykonywanych robót będących przedmiotem zamówienia składają się:*

- *Projekty budowlane,*
- *Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiOR),*
- *Przedmiary robót.*

Przedmiary robót załączone do SIWZ mają charakter pomocniczy.

2.7. *Podwykonawcy.*

Zamawiający dopuszcza korzystanie z podwykonawców. Wykonawca:

1) jest zobowiązany wskazać w formularzu ofertowym (Załącznik nr 3 do SIWZ) części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać firmy (oznaczenie przedsiębiorstwa) podwykonawców;

2) w przypadku podpisania umowy Wykonawca będzie zobowiązany, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia podał - o ile będą znane - nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi. Wykonawca będzie zawiadamiał podczas realizacji umowy Zamawiającego o wszelkich zmianach danych dotyczących podwykonawców, a także przekazywał informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację przedmiotu zamówienia.

2.11. *Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie przedmiotu zamówienia.*

Do specyfikacji istotnych warunków zamówienia załączono wzór formularza ofertowego (załącznik nr 3 do SIWZ). We wzorze tym zamawiający wymagał wypełnienia następującej tabeli:

F. *Podwykonawstwo.*

Oświadczam/y, że zamierzam/y powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia:

Lp.	Część zamówienia	Wartość brutto (PLN) lub procentowy udział podwykonawstwa	Nazwa i adres podwykonawcy
-----	------------------	---	-------------------------------

1	2	3	4
1			
2			
RAZEM			

Do specyfikacji załączono także przedmiar robót dotyczący termomodernizacji budynków użyteczności publicznej w gminie Telatyn – szkoła podstawowa i gimnazjum w Telatynie sporządzony przez mgr inż. A. Z. 10 stycznia 2019 r. W przedmiarze tym znajduje się m.in. pozycja robót nr 1.2. ST.2., „Demontaż i ponowny montaż uchwytu na flagi”, 2 szt.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył m.in. odwołujący, z ceną ofertową brutto 3.967.133,93 zł.

Ustalono, że w formularzu ofertowym wykonawca wypełnił tabelę dotyczącą podwykonawstwa w następujący sposób:

Oświadczam/y, że zamierzam/y powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia:

	Wszystkie części zadania za wyjątkiem Demontażu i ponownego montażu uchwytów na flagi	Nieznani	Okolo 98,00%

W dalszej kolejności ustalono, że 10 kwietnia 2019 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 a ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC.

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że *zgodnie z przepisami art. 36 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może powierzyć wykonanie części przedmiotu zamówienia podwykonawcom. Przepisy art. 36a ustawy posługują się pojęciem "części zamówienia", a więc z literalnej wykładni art. 36a ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia, zaś część zamówienia nie może stanowić jego całości. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego "część" to element, na który dzieli się całość, dający się wyodrębnić element całości. Ustawodawca dopuścił więc powierzenie podwykonawcy jedynie pewnego elementu zamówienia, nie zaś całości. Wykładnia taka jest spójna z brzmieniem definicji umowy o*

podwykonawstwo zawartej w art. 2 pkt 2b ustawy Pzp, gdzie określono, że jest to umowa, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia. Niedopuszczalne jest więc ustanowienie 100% podwykonawstwa jednego podmiotu dla zamówienia. Powyższą wykładnię przepisów art. 36a ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdza także orzecznictwo KIO. (...)

KIO w uchwale 67/17 zawarła zatem jednoznaczną wykładnię przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp w której wynika zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy. Teza ta wpisuje się również w przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy, a nie podwykonawcy. Analogiczną wykładnię treści art. 36a ustawy wynikająca z jej literalnego brzmienia oraz wykładni celowościowej przyjmuje zamawiający.

Odnosząc powyższą wykładnię przepisu art. 36a ustawy do stanu faktycznego (oferty wykonawcy) należy wskazać, że wykonawca w złożonej ofercie zawarł oświadczenie o następującej treści: „oświadczamy, że zamierzamy powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia: wszystkie części zadania za wyjątkiem demontażu i ponownego montażu uchwyty od flagi”. Informacja o tym, że wykonawca ma zamiar wykonać jedynie demontaż i montaż uchwyty do flag, przy inwestycji która wykonawca w ofercie wycenia na niemal 4 mln złotych wskazuje na to, że celem wykonawcy jest powierzenie wykonania podwykonawcom całości prac objętych przedmiotem zamówienia. Biorąc pod uwagę zakres czynności którą samodzielnie będzie wykonywał wykonawca oraz skalę wymaganego do jej wykonania zaangażowania technicznego i kadrowego należy uznać, że jej wykonanie nie spowoduje jakiegokolwiek zaangażowania wykonawcy w realizację zamówienia. Wykonanie czynności demontażu i ponownego montażu uchwyty od flag jest czynnością która w żaden sposób nie oznacza jakiegokolwiek zauważalnego zaangażowania wykonawcy w realizację przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że - zgodnie z treścią oferty wykonawcy - całość przedmiotu zamówienia wykonają samodzielnie podmioty będące podwykonawcami. Treść oferty wskazująca na zaangażowanie wykonawcy składającego ofertę w realizację dużej inwestycji w postaci wykonania demontażu i montażu flag na budynku w tym zakresie należy uznać za oczywistą próbę obejścia przez wykonawcę przepisów art. 36a ustawy Prawo zamówień publicznych a samo oświadczenie wykonawcy umieszczone w ofercie o samodzielnym wykonaniu montażu i demontażu uchwyty do flag należy uznać za działanie pozorne, mające na celu umożliwienie wyboru jego oferty która zasadniczo jest sprzeczna z regułą wynikającą z treści powołanego przepisu art. 36a ustawy. Zgodnie z przepisami art. 58 Kodeksu cywilnego czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Obejście ustawy to zachowanie podmiotu prawa, który - napotyka

prawny zakaz dokonania określonej czynności prawnej - obchodzi go w ten sposób, że dokonuje innej, niezakazanej formalnie czynności prawnej w celu osiągnięcia skutku związanego z czynnością zakazaną, a tym samym sprzecznego z prawem (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku I ACa 361/18). Tym samym oferta dotknięta wadą wskazaną w art. 58 Kodeksu cywilnego jest nieważna.

W efekcie obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy jako sprzecznnej z regulacją art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz jako nieważnej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 58 ustawy Kodeks cywilny.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 36 a ustawy Pzp przewiduje, iż:

- 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.*
- 2. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:
 - 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;*
 - 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 58 § 1 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi, że Czynność prawna spreczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego została podjęta z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby zamawiający dokonał błędnej wykładni oświadczeń o zakresie i wartości podwykonawstwa znajdujących się formularzu ofertowym odwołującego.

Jak wynika z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający skupił się jedynie na tym elemencie oświadczenia, zgodnie z którym odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom „wszystkie części zadania za wyjątkiem demontażu i ponownego montażu uchwytów na flagi”. W trakcie rozprawy zamawiający dodatkowo zestawiał wartość ww. robót, które na podstawie kosztorysu inwestorskiego wycenił na kwotę ok. 36 zł, z ceną całej oferty odwołującego, która wynosiła 3.967.133,93 zł brutto. Zamawiający wywiódł, że wskazany element robót stanowi zaledwie 0,001196% wartości ceny oferty odwołującego.

Powyższe uzasadnienie i przedstawiona argumentacja wskazywały na to, że zamawiający w swych ustaleniach skupił się wyłącznie na analizie kolumny 2 tabeli z formularza ofertowego, gdzie – w zakresie części zamówienia, które będą powierzone podwykonawcom - istotnie wskazano: „wszystkie części zadania za wyjątkiem demontażu i ponownego montażu uchwytów na flagi”. Jednakże w swej analizie zamawiający pominął drugą informację wynikającą także z formularza ofertowego. Dostrzeżenia wymagało, że w kolumnie formularza zatytułowanej „procentowy udział podwykonawstwa”, wykonawca złożył wyraźne oświadczenie „około 98%”. Omawiana informacja oznaczała, że nie było zamiarem odwołującego powierzenie całości zadania podwykonawcom. Pozostałe 2 % części zadania odwołujący miał bowiem zamiar wykonywać samodzielnie.

Na uwagę zasługiwał również fakt, że odwołujący nie złożył w swej ofercie oświadczenia, że wykona samodzielnie zadanie o wartości 36 zł. Uszło uwadze zamawiającego, że odnosząc podany przez odwołującego 2% wskaźnik do całości ceny ofertowej brutto odwołującego (3.967.133,93 zł) otrzymujemy kwotę ponad 79.000,00 zł, a więc dalece wyższą od kwoty 36 zł, na jaką wskazywał zamawiający w trakcie rozprawy. Zdaniem Izby, wartości ponad 79.000,00 zł nie można było określić mianem znikomej, uzasadniającej tezę zamawiającego o pozorności oświadczenia odwołującego.

Zapisy z oferty o wartości podwykonawstwa mogły wskazywać na to, że rzeczywiście intencją odwołującego było, tak jak wskazano w odwołaniu, samodzielne wykonywanie przez tego wykonawcę takich obowiązków umownych jak koordynowanie robót, rozliczanie budowy, zamawianie i przywożenie materiałów itp. Owszem, jak słusznie zwrócił uwagę zamawiający, informacja taka rzeczywiście nie wynikała wprost z formularza oferty. Jednakże powyższe może być konsekwencją faktu, iż tego typu obowiązki umowne mogą nie wypełniać definicji umowy o podwykonawstwo, wynikającej z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, przez *umowę o podwykonawstwo rozumie się umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, stanowiące część zamówienia publicznego*. Jak wskazano w

uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1473), *w związku z powiązaniem przedmiotu umowy o podwykonawstwo z częścią zamówienia publicznego, do kategorii tego rodzaju umów będą kwalifikowane wyłącznie te umowy, których rezultatem będzie stanowiąc jednocześnie wykonanie zamówienia publicznego, podlegający następnie odbiorowi i ocenie, w zakresie należytego wykonania, przez zamawiającego. W świetle projektowanej definicji, umowy o podwykonawstwo nie będą dotyczyły świadczeń potrzebnych podwykonawcom i dalszym podwykonawcom do prowadzenia działalności związanej z realizacją podzlecanych zamówień, lecz nieobjętych opisem przedmiotu zamówienia, np. usługi telefoniczne, kredytowe, prawnicze, dostawy sprzętu biurowego.*

W razie ewentualnych wątpliwości co do łącznej interpretacji oświadczenia o wartości podwykonawstwa i informacji o zakresie zadania przewidzianego do powierzenia podwykonawcom, zamawiający miał możliwość skorzystania z instytucji uregulowanej w przepisie art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.* Zamawiający miał prawo skierowania do odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty, w szczególności oświadczeń o zakresie i wartości podwykonawstwa. Z takiego uprawnienia zamawiający jednak nie skorzystał, a swe ustalenia oparł jedynie na analizie fragmentu oświadczenia woli odwołującego, nie poddając wystarczającej refleksji dalszej części oświadczenia odnoszącego się do wartości podwykonawstwa. W efekcie zamawiający błędnie ustalił, że odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie całości zamówienia.

Reasumując Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty odwołującego musi zostać wyeliminowana z obrotu prawnego jako naruszająca przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji zamawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, odrzucił ofertę odwołującego, pomimo iż oferta ta nie była sprzeczna z ustawą ani nieważna, na podstawie odrębnych przepisów.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz

wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż oferta odwołującego może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zamawiający, dlatego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie 13.600 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: