

Sygn. akt: KIO 1545/18

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **NIWA Szczecin Sp. z o.o. (ul. Energetyków 9/405, 70-656 Szczecin)** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, (Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **INTOP Skarbimierzyce sp. z o.o., INTOP Warszawa sp. z o.o., (Skarbimierzyce ul. Wiosenna 6, 72-002 Dołuje)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **NIWA Szczecin Sp. z o.o. (ul. Energetyków 9/405, 70-656 Szczecin)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego - **NIWA Szczecin Sp. z o.o. (ul. Energetyków 9/405, 70-656 Szczecin)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego **NIWA Szczecin Sp. z o.o. (ul. Energetyków 9/405, 70-656 Szczecin)** na rzecz Zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin)** kwotę **4314,00 gr (słownie: cztery tysiące trzysta czternaście złotych)** – stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie zadania pn.: Remont mostów w ciągu dróg krajowych - z podziałem na 2 części:

Część 1 - Remont mostu w ciągu drogi krajowej nr 3b, w km 0+202 na odcinku Świnoujście-Goleniów w miejscowości Wolin nad cieśniną Dziwny

Część 2 - Remont mostu w ciągu drogi krajowej nr 26, w km 0+000 na odcinku Schwedt - Myślibórz w miejscowości Krajnik Dolny

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 maja 2018 roku pod numerem 556856-N-2018.

Odwołujący NIWA Szczecin sp. z o. o. wniósł odwołanie od czynności podjętej przez Zamawiającego tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm INTOP Skarbimierzyce sp. z o. o. oraz „INTOP Warszawa” sp. z o. o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 36a ust 1 pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że możliwe jest powierzenie przez wybranego wykonawcę, wykonania całości przedmiotu zamówienia podwykonawcy, podczas gdy takie działanie stoi w sprzeczności z przepisami ustawy i nie może korzystać z ochrony, zaś w uzasadnionym interesie Zamawiającego jest posiadanie wiedzy co do podmiotu, któremu w rzeczywistości powierza wykonanie zamówienia, a nadto doprowadzenie do obejścia przez Konsorcjum przepisów prawa, albowiem stało się ono podmiotem, który wygrywa przetarg, a nie ma faktycznych możliwości wykonania przedmiotu zamówienia własnymi siłami, art. 7 ust. 1 pzp poprzez przeprowadzenie postępowania i wybór oferty w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji, a przez to wybór Konsorcjum, które jedynie jest figurantem i ma na celu znalezienie podwykonawcy, który wykona zamówienie za niższą niż zaoferowana cena, a nadto poddaje pod wątpliwość czy zaoferowane w ofercie zobowiązania co do rękojmi będą mogły być zrealizowane.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty uiszczanego wpisu, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, poniesionych kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

31 lipca 2018 r. Zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez Konsorcjum INTOP Skarbimierzyce sp. z o. o. oraz „INTOP Warszawa” sp. z o.o. W ofercie złożonej przez tego Wykonawcę (strona 3 pkt 8) wskazano, że zamierza on całość zamówienia powierzyć podwykonawcom, a na obecnym etapie postępowania nie są znani jeszcze podwykonawcy. W ocenie Odwołującego, na gruncie ustawy Pzp brak jest możliwości powierzenia podwykonawcy całości zamówienia do wykonania. Zajęcie innego stanowiska stoi w sprzeczności z wykładnią językową oraz funkcjonalną art. 36a ust. 1 pzp. Z art. 36a ust. 1 pzp wynika zakaz powierzenia całości robót budowlanych podwykonawcy.

Odwołujący wskazał także, że linia orzecznicza KIO w tym zakresie jest obecnie jednolita i pozwala na uznanie, że powierzenie innemu podmiotowi całości zamówienia do zrealizowania stoi w sprzeczności z postanowieniami ustawy oraz istotą udzielania zamówień zweryfikowanemu podmiotowi.

Odwołujący zauważył, że w ustawie Pzp nie ma legalnej definicji podwykonawcy, ale można ją wyinterpretować z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, gdzie ustawodawca ustalił, że umowa o podwykonawstwo to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Zdaniem Odwołującego, nie budzi wątpliwości, że konsekwentnie ustawodawca określa, że udzielić podwykonawcy można jedynie części zamówienia. Częścią zamówienia na roboty budowlane jest zatem jej fragment, składowa całości. Konsorcjum natomiast udzieliło w pkt 8 oferty jednoznacznej odpowiedzi, że przedmiot zamówienia w całości wykona za pośrednictwem podwykonawcy. Dla potwierdzenia swojego stanowiska Odwołujący podał, że wykładni art. 36a ust. 1 pzp nie można dokonywać w oderwaniu od art. 36a ust. 2 pkt 1 pzp, zgodnie z którym Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi. A contrario tylko niekluczowa część zamówienia może być zlecona do wykonania podwykonawcy.

Dalej Odwołujący argumentował, że gdyby zachowanie i czynności podjęte przez Wykonawcę Konsorcjum INTOP Skarbimierzyce sp. z o.o. oraz „INTOP Warszawa” sp. z o.o. uznać za prawidłowe, Zamawiający do czasu rozpoczęcia realizacji udzielonego zamówienia nie miałby wiedzy o tym, jaki podmiot będzie je faktycznie realizował, bowiem wskazania nazw (firm) podwykonawców, Zamawiający może żądać jedynie w sytuacji, w której wykonawca powołuje się na ich zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego (argument z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp). Wobec powyższego, na dzień wniesienia odwołania Zamawiający nie wie kto faktycznie przystąpi do realizacji zamówienia i czy daje rękojmię wykonania go w sposób należyty.

Odwołujący wskazał także, że gdyby uznać za prawidłowe działania Zamawiającego, to w niniejszej sprawie do zadań Konsorcjum mogłaby należeć co najwyżej organizacja i administracja spraw związanych z zamówieniem, a takiej sytuacji należy się jednak przeciwstawić.

W ocenie Odwołującego, w konsekwencji Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, albowiem doprowadził do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu. W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania podmiotów przy udzielaniu zamówienia, a nadto nie dołożył on należytej staranności, do której jest zobowiązany przy wydatkowaniu środków publicznych.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W treści oferty Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTOP Skarbimierzyce sp. z o.o., INTOP Warszawa sp. z o.o. przedstawiono formularz, w którym wskazano osoby wyznaczone do realizacji przedmiotu zamówienia. Z treści formularza 2.2. i 2.3 wynika, że Przystępujący zrealizuje przedmiot zamówienia przy udziale osób wymienionych w tym formularzu, tj. Pana M.L. oraz Pana S.W.. Są to osoby posiadające doświadczenie w charakterze kierownika budowy i kierownika robót antykorozyjnych powierzchni stalowych i które – co wynika z treści oferty - są wyznaczone do realizacji przedmiotowego zamówienia. Treść oferty Przystępującego wskazuje zatem, że Przystępujący będzie realizował zamówienie z wykorzystaniem potencjału własnego w postaci osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Oświadczenie Przystępującego, dotyczące realizacji w całości zamówienia z udziałem podwykonawców, nie powinno być

interpretowane w oderwaniu od deklaracji zrealizowania zamówienia przy udziale personelu własnego wykonawcy.

Okoliczność, że osoby wymienione w treści formularza, stanowiącego część oferty Przystępującego są pracownikami Przystępującego, potwierdzają także dowody w postaci umów o pracę złożonych w trakcie rozprawy, w tym umowa o pracę zawarta pomiędzy INTOP Skarbimierzyce sp. z o.o. a Szymonem Warszem, ustanawiająca Pana S.W. kierownikiem budowy. Z dokumentacji postępowania oraz twierdzeń Przystępującego złożonych w piśmie procesowym wynika, że Pan M.L. pełni funkcję Prezesa Zarządu i jest współnikiem spółki INTOP Skarbimierzyce sp. z o.o.

Nie można także uznać za prawidłowe stanowisko Odwołującego, że Przystępujący będzie jedynie administratorem. Kierownik budowy czy kierownik robót są osobami pełniącymi samodzielne funkcje w budownictwie, legitymują się określonymi uprawnieniami, a wykonywane przez nich funkcje są określone przepisami prawa. Podstawowe obowiązki i prawa kierownika budowy określa art. 22 i 23 ustawy Prawo budowlane i z treści tych przepisów wynika, że jego prawa i obowiązki nie sprowadzają się jedynie do czynności o charakterze administracyjnym.

Izba miała na uwadze także treść art. 36 ba ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy.

Wbrew zatem twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający będzie mógł zweryfikować podwykonawcę, któremu roboty budowlane zostałyby powierzone w trakcie realizacji zamówienia.

W konsekwencji Izba uznała także za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle powyższego, nie można uznać, aby Przystępujący był jedynie „figurantem”. Nie można także uznać, że Odwołujący wykazał, że zaoferowane w ofercie zobowiązania co do rękojmi nie będą mogły być zrealizowane. Tym samym, w okolicznościach niniejszej sprawy nie można uznać, aby Zamawiający dokonał wyboru oferty w sposób naruszający zasadę zachowanie uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 23 8 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....