

Sygn. akt: KIO 1029/18

WYROK

z dnia 11 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 czerwca 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2018r. przez **wykonawcę Colas Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędzie, ul. Nowa 49** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Województwo Zachodniopomorskie Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, ul. Szczecińska 31**

przy udziale **wykonawcy Pol-Dróg Drawsko Pomorskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Drawsku Pomorskim, ul. Podmiejska 2** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1029/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Colas Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędzie, ul. Nowa 49 i :**
 - 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **10 000zł. 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **wykonawcę Colas Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędzie, ul. Nowa 49** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. Zasadza od **wykonawcy Colas Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędzie, ul. Nowa 49** na rzecz **Województwa Zachodniopomorskiego Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, ul. Szczecińska 31** kwotę **4 459 zł. 88 gr (słownie: cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt**

osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę DW 172 odc. Połczyn-Zdrój – Barwice zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 kwietnia 2018r. za numerem 539299-N-2018.

W dniu 18 maja 2018r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty formy POL-DRÓG Drawsko Pomorskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Drawsku Pomorskim, ul. Podmiejska 2.

W dniu 23 maja 2018r. wykonawca Colas Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędzie wniósł odwołania – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 maja 2018r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 23 maja 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 36b ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Pol-Dróg w sytuacji, w której oferta ta jest niegodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („Siwz”) w zakresie obowiązku wskazania w treści oferty części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, podania wartości lub procentowej wartości tej części oraz wykazu podwykonawców;

2. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pol-Dróg w sytuacji, w której oferta ta jest niegodna z ustawą w zakresie wymogu wskazania w niej części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców;

3. art. 87 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie między zamawiającym a Pol-Dróg po terminie składania ofert bezprawnych negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie podwykonawstwa i w konsekwencji dopuszczenie do zmiany tej oferty po terminie składania ofert poprzez jej uzupełnienie w zakresie podwykonawstwa, mimo braku zaistnienia przesłanek z art. 87 ust. 2 ustawy;

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Pol-Dróg z postępowania pomimo przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd co do zakresu zamówienia, które wykonawca ma zamiar powierzyć podwykonawcom, wynikające z niewskazania tego zakresu, pomimo jego określenia na 14 % wartości zamówienia.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Pol-Dróg;

2. ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy Pol-Dróg oraz jego wykluczenia;

3. wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

4. nadto, o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w niniejszym odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych na rozprawie - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem do wniesienia odwołania. Odwołujący twierdzi, że spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, wynikającego z błędnego rozstrzygnięcia postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia odwołującego jest jednoznaczny z uwagi na fakt, iż gdyby zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Pol-Dróg i w konsekwencji odrzucił ją, to właśnie oferta odwołującego zostałaaby najwyżej oceniona jako jedyna niepodlegająca odrzuceniu. Wybór oferty Pol-Dróg mimo podstaw do jej odrzucenia, zamyka odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia. Reasumując, gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego, to właśnie odwołujący miałby mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Jednocześnie odwołujący doznaje szkody w postaci: utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że został sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert. Zamawiający zgodnie z działem V „Podwykonawstwo”, pkt. 2 i 3 Siwz zażądał „wskazania części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawców firm podwykonawców. 3. Wykaz podwykonawców oraz części zamówienia, jakie wykonawca powierzy do wykonania podwykonawcom musi być wskazany w treści oferty składanej przez wykonawcę. W punkcie 13 formularza ofertowego wykonawcy mieli obowiązek wskazać następujące okoliczności:

„13. Zamówienie zrealizuję/ zrealizujemy sami*/przy udziale podwykonawców* (*niepotrzebne skreślić)., nakazując w ofercie wskazać takie informacje jak: nazwa i adres podwykonawcy, część zamówienia powierzona do wykonania podwykonawcy, wartość lub procentowa część zamówienia.

Wykonawca Pol-Dróg jako jedyny nie postąpił zgodnie z treścią Siwz, nie wypełniając ww. rubryki w treści oferty, a jedynie wskazując, że „Na etapie przygotowania oferty nie wybrano podwykonawców”. Na wezwanie zamawiającego z dnia 7 maja 2018 r. do złożenia przez Pol-Dróg wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy dotyczących treści złożonej oferty w zakresie podwykonawstwa jaką wartość lub procentową część zamówienia zamierzają powierzyć podwykonawcom), wykonawca Pol-Dróg wskazał, że zamierza podzlecić podwykonawcom 14

% wartości zamówienia (pismo z dnia 8 maja 2018 r.).

Odwołujący uważa, że wybór oferty Pol-Dróg w okolicznościach sprawy jest bezprawny i narusza zasady ustawy w tym zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców w Postępowaniu.

Przede wszystkim, treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią Siwz, w tym w szczególności Działem V pkt 2 i 3 SIWZ, Załącznikiem nr 1 (Formularz oferty) w pkt 13, gdzie zamawiający wyraźnie wskazał zakres żądanych informacji oraz podkreślił, że stanowią one treść oferty wykonawcy. Potwierdzają to także wezwanie do wyjaśnień wykonawcy Pol-Dróg, które dotyczyło treści złożonej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy). Podkreślił, iż treść Siwz w tym zakresie była jasna, jednoznaczna i niebudząca wątpliwości w toku postępowania.

Z treści oferty Pol-Dróg nie wynika bowiem jaka część zamówienia zostanie zlecona, który zakres ani kto będzie wykonywać zamówienie, np. czy wykonawca zamierza podzleczyć 100% zamówienia (co byłoby niezgodne z przepisami ustawy, w szczególności z art. 7 ust. 3 ustawy, art. 36 ust. 1, art. 2 pkt 9b ustawy), czy jedynie np. 10%. Tymczasem zamawiający wyraźnie wymagał aby w momencie składania oferty wykonawca określił już w jaki sposób i za pomocą jakich podmiotów będzie realizował zamówienie. W ocenie odwołującego nie jest przy tym możliwe poprawienie lub uzupełnienie oferty w ww. zakresie po upływie terminu składania ofert, bowiem stanowiłoby to naruszenie zasady zakazu negocjacji między wykonawcą a zamawiającym co do treści oferty oraz zakazu jakiegokolwiek zmiany w jej treści (art. 87 ust. 1 ustawy). W szczególności nie zaszła żadna z określonych w art. 87 ust. 2 ustawy przesłanek poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy Pol-Dróg. W wyjaśnieniach wskazał, iż zamierza zlecić podwykonawcom 14% wartości zamówienia, czego w żaden sposób nie można wyinterpretować z pierwotnej treści oferty. Wykonawca w ogóle nie wskazał też jaką część zamówienia zamierza podzleczyć. Wbrew stanowisku Zamawiającego (pismo z dnia 17 maja 2018 r.), nie jest to tylko doprecyzowanie, lecz nieuprawniona zmiana treści oferty.

Wskazał na orzecznictwo europejskie (wyrok z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 36; a także z dnia 10 października 2013 r, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31).

Podniósł, że z jednej strony zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Z drugiej strony obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie

poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (wyrok w sprawie Esaprojekt, wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo).

Instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Żądanie wyjaśnień nie może rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (wyrok w sprawie Esaprojekt, wyrok z dnia 10.10.2013 r., Manova, C-336/12, pkt 40).

W orzecznictwie polskim również nie brakuje interpretacji w powyższym zakresie, i tak w wyroku KIO z dnia 20 lutego 2017 r. (sygn. akt: KIO 236/17).

Zdaniem odwołującego, wskazanie zakresu podwykonawstwa w ofercie na roboty budowlane posiada merytoryczną doniosłość i wynika zarówno z obowiązku równego traktowania wykonawców i przejrzystości (wpływ na cenę i warunki oferty, kwestie niekonkurencyjnych porozumień, kwestie ograniczenia podwykonawstwa), jak i ze znaczących obowiązków finansowych i kontrolnych zamawiającego wobec podwykonawców, np. w zakresie regulacji dotyczących powinności weryfikowania postaw do wykluczenia podwykonawców, kontroli zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, odpowiedzialności za wypłatę wynagrodzenia, itd. Zatem nie tylko nakazane ale i uzasadnione jest aby zamawiający miał prawo i obowiązek żądania wskazania zarówno zakresu zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, jak i oznaczenia nazw podwykonawców, i to już w momencie złożenia oferty. Ustawodawca poprzez przepis art. 36 ust. 1, art. 2 pkt 9b ustawy i art 25a ust. 5 pkt 2 ustawy zezwala na powierzenie podwykonawcom jedynie części robót, co do których wymagane jest ich skonkretyzowanie.

Nie ulega zatem wątpliwości, że oświadczenia w tym zakresie stanowią element treści oferty wykonawcy, i to co do istotnych postanowień umowy (tak np. KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 236/17). Fakt, iż podwykonawcy mogą ulec zmianie na etapie realizacji umowy nie zmienia tej oceny, bowiem nie jest to jedyna okoliczność, która może ulec modyfikacjom na etapie realizacyjnym (np. można dokonać zmian podmiotów udostępniających zasoby czy nawet zmian treści umowy), a mimo to nie ma wątpliwości, że treść oferty na etapie postępowania musi być w tym zakresie zgodna z treścią siwz.

Dopiero na wezwanie zamawiającego, wykonawca Pol-Dróg wskazał informację (nie w pełni odpowiadającą wymogom Siwz), że zamierza zlecić podwykonawcom 14 % wartości zamówienia. Nastąpiło to już po terminie składania ofert, dając temu podmiotowi przewagę

konkurencyjną w postaci znajomości ofert innych wykonawców, rankingu w ramach kryteriów oceny, budżetu zamawiającego, zaistnienia lub niezaistnienia przesłanek do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, itd. Decyzje handlowe i gospodarcze mogły zatem być dostosowane do tych faktów i posiadanych informacji (nieznanych na etapie przygotowania oferty), co zgodnie z orzecznictwem unijnym jest zakazane jako naruszające uczciwą konkurencję. Oznacza to także, że wykonawca Pol-Dróg miał określony zamiar w zakresie podwykonawstwa, lecz go nie wskazał w ofercie, lekceważąc wymogi w tym zakresie. Taka postawa nie zasługuje na ochronę prawną i stanowi dodatkowo wprowadzenie zamawiającego w błąd co do informacji, mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w Postępowaniu (w tym ocena co do zgodności z treścią Siwz oferty Pol-Dróg) - art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Z tych samych przyczyn oferta Pol-Dróg powinna być odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, ponieważ nie zawiera wskazania części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom i podania firm podwykonawców, co jest niezgodne z tym przepisem.

W dniu 24 maja 2018r. zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia przekazując kopię odwołania.

W dniu 28 maja 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Pol-Dróg, wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego i oddaleniu odwołania. Uwzględnienie odwołania pozbawi Pol-Dróg możliwości uzyskania zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania wskazał, że w świetle stanowiska doktryny i orzecznictwa tj. Informatora nr 4 wydawanego przez Prezesa UZP, a także informacji o wyniku kontroli nr KU/74/17/DKZP wynika, że nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią siwz brak wskazania nazw wykonawców, gdyż w JEDZ wykonawca ma jedynie podać zamiar zatrudnienia wykonawców i taką ich listę jaka w momencie składania oferty jest mu znana. Nadto przystępujący podniósł, że zamawiający nie zastrzegł osobistego obowiązku wykonawca całości zamówienia, ani nie zastrzegł poszczególnych części tego zamówienia do osobistego wykonania, a tylko w takim przypadku w ocenie przystępującego mogłoby dojść do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Podniósł ponadto, że w świetle orzecznictwa i doktryny informacje dotyczące podwykonawstwa nie mają charakteru treści oferty, a ich podanie ma charakter ściśle informacyjny. Przystępujący oświadczył, że zamierza skorzystać z podwykonawców, ale nie wybrał ich na etapie przygotowania oferty oraz nie korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, z których udostępnieniem wiązałby się obowiązek osobistego świadczenia. Na kanwie takich oświadczeń zamawiający zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienia, co do zakresu udziału

podwykonawstwa i takowe uzyskał. Podniósł, że zarzut odwołania sprowadza się do formalnej niezgodności treści oferty z treścią siwz. W tym zakresie przystępujący podzielił stanowisko Prezesa UZP i powołał wyrok KIO z dnia 13 lutego 2017r. sygn.. akt KIO 192/17. Podniósł, że kwestia podwykonawstwa nabiera dla zamawiającego znaczenia na etapie realizacji umowy, co wynika wprost z treści projektu umowy. Biorąc pod uwagę, że informacja o podwykonawstwie nie jest treścią oferty, to przystępujący stanął na stanowisku, że jej wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy są dopuszczalne i nie prowadzą do niedozwolonej zmiany treści oferty. . Przepis art. 36 ba ustawy zezwala wykonawcy na zmianę pierwotnych decyzji co do zaangażowania podwykonawców nawet w fazie realizacji umowy. Prezentowane przez odwołującego orzecznictwo europejskie nie jest adekwatne do stanu faktycznego sprawy, skoro informacje na temat podwykonawstwa nie stanowią treści oferty. Nadto zamawiający nie skorzystał z uprawnienia weryfikacji podstaw wykluczenia w zakresie podwykonawców, a zatem zdaniem przystępującego mechanizm podstaw wykluczenia co do podwykonawstwa nie może być przez niego wobec przystępującego zastosowany. Podkreślił, że w toku realizacji zamówienia nie powołuje się na doświadczenie zawodowe innych podmiotów, ani na cudzy personel, który determinowałby udział podwykonawców. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana stronom w dniu 25 maja 2018r.

W dniu 7 czerwca 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Zamawiający stwierdził, że istota sporu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy brak podania wartości lub procentowej części zamówienia stanowią o niezgodności oferty z treścią siwz. Zamawiający przywołał orzecznictwo Izby sygn.. akt KIO 192/17, KIO 234/17, 236/17, 242/17, 258/17 KIO 534/17, KIO 540/17, KIO 1528/17, KIO 1756/17) z których wynika, że oświadczenie składane na żądanie wynikające z art. 36b ust. 1 ustawy ma charakter jedynie informacyjny i nie stanowi treści oferty, o jakiej mowa w art. 66 kc. Potwierdza to treść art. 36b ust. 1 a i 1b oraz ust. 2 ustawy, który wskazuje na możliwość zmiany danych dotyczących podwykonawstwa w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający odwołał się do art. 71 ust. 2 Dyrektywy nr 2014/24/WE i treści standardowego formularza JEDZ, które dopuszczają złożenie oferty w sytuacji, w której pełna lista podwykonawców nie jest jeszcze znana. Tym samym zamawiający wyraził przekonanie, że skoro zakres prac podwykonawcy ma charakter informacyjny, to nie może skutkować odrzuceniem oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz. Przystępujący nie polegał na zasobach innego podmiotu, co potwierdza, że oświadczenie o zakresie prac powierzonych nie jest istotnym elementem oferty i może podlegać doprecyzowaniu bez naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, oferty przystępującego, wezwania zamawiającego do przystępującego z dnia 7 maja 2018r. i odpowiedzi przystępującego z dnia 8 maja 2018r. oraz informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. V siwz dotyczącym podwykonawstwa:

1. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.
2. Zamawiający żąda wskazania części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawców firm podwykonawczych.
3. Wykaz podwykonawców oraz części zamówienia, jaki wykonawca powierzy do wykonania podwykonawcom musi być wskazany w treści oferty składanej przez wykonawcę.
4. Jeżeli zamiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca obowiązany jest wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o zamówienie publiczne.
5. Zasady bezpośredniej wypłaty wynagrodzenia dla podwykonawców przez zamawiającego określa art. 143c ustawy.

Zgodnie z pkt. XIV siwz pkt. 3 oferta powinna zawierać ppkt. 1 – prawidłowo wypełniony formularz „Oferta” (stanowiący załącznik nr 1 do rozdziału B siwz), zaś zgodnie z ppkt. 7 pkt. XIV Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których zamawiający określił wzory w formie załączników, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

Z załącznika nr 1 do rozdziału B siwz pkt. 13 wynika, że zamawiający oczekiwał deklaracji „zamówienie zrealizuję/zrealizujemy sami*/przy udziale podwykonawców* (*niepotrzebne skreślić)” ze wskazaniem nazwy i adresu podwykonawcy, części zamówienia powierzonej podwykonawcy, wartości lub procentowej części zamówienia.

Z par. 15 wzoru umowy wynika, że zamawiający dopuszcza możliwość zlecenia przez wykonawcę wykonania części robót przez podwykonawców. Wykonawca musi w tym zakresie złożyć projekt umowy, który podlega akceptacji zamawiającego, bez zaakceptowania umowy podwykonawca nie może przystąpić do wykonywania robót, w przeciwnym razie, będzie traktowany jako wykonawca nieuprawniony, co upoważni zamawiającego do naliczenia kary umownej. Zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonywania zamówienia wykonawca, o ile są już znane podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe

podwykonawców i osób do kontaktu z nimi zaangażowanych w trakcie roboty budowlanej. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych. Zatrudnienie dodatkowego podwykonawcy, zmiana podwykonawcy lub zmiana zakresu prac powierzonych podwykonawcom możliwa jest wyłącznie po uzyskaniu pisemnej zgody zamawiającego.

W ofercie przystępującego na stronie 2 w formularzu ofertowym w pkt. 13 przystępujący oświadczył, że wykona zamówienie przy udziale podwykonawców. Przystępujący nie wskazał nazw, adresów podwykonawców, części powierzonej do wykonania podwykonawcy, a także wartości lub procentowej części zamówienia jednocześnie oświadczając, że „na etapie przygotowania oferty nie wybrano podwykonawcy”.

W dniu 7 maja 2018r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie procentowego udziału podwykonawców. Zamawiający wskazał, że w pkt. 13 formularza ofertowego przystępujący wskazał, że zrealizuje zamówienie przy udziale podwykonawców. Zamawiający wezwał do wyjaśnień jaką wartość lub procentową część zamówienia wykonawca powierzy podwykonawcom.

W dniu 8 maja 2018r. przystępujący odpowiedział, że zamierza podzlecić podwykonawcom 14% wartości zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

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

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie jego interesu w uzyskaniu zamówienia, oraz możliwość poniesienia przez niego szkody w związku z nieuzyskaniem zamówienia, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 36b ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Pol-Dróg w sytuacji, w której oferta ta jest niegodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („Siwz”) w zakresie obowiązku wskazania w treści oferty części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, podania wartości lub procentowej wartości tej części oraz wykazu podwykonawców.

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego zamawiający nie postawił wymogu osobistego wykonania całości czy kluczowych części zamówienia, zaś

przystępujący nie korzysta z zasobów innych podmiotów, które zgodnie z ustawą – art. 22a ust. 4, które wymagałyby udziału tych podmiotów w charakterze podwykonawcy. Z drugiej strony zamawiający żądał wskazania części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawców firm podwykonawczych. Na uwagę także zasługuje fakt, że zarówno w ust. 2 jak i 3 działu V zamawiający części zamówienia i nazwy podwykonawców połączył spójnikami „i” a także „oraz”, które odpowiadają koniunkcji łącznej. Istota problemu rozpoznawanej sprawy sprowadza się zatem do rozstrzygnięcia o tym, czy oświadczenie o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcom każdorazowo stanowi element treści oferty o charakterze istotnym, czyli takim który uniemożliwia zmianę treści oferty w myśl art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Kwestię oświadczenia o podwykonawcach reguluje art. 36 b ust. 1 ustawy, który stanowi implementację art. 71 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Podwykonawstwo – gdzie wskazano: „W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców”. Z treści tego przepisu wynika możliwość nałożenia przez zamawiającego lub ustawodawcę na wykonawców obowiązku podania części zamówienia, która zostanie podzlecona, natomiast z tego przepisu w żaden sposób nie da się wywieść aby podanie podwykonawców było obligatoryjne i aby informacje te nie mogły być zmienne w czasie, gdyż ustawodawca unijny wskazał zarówno na ewentualnych, jak i jedynie proponowanych podwykonawców. Tym samym już z treści art. 71 ust. 2 dyrektywy należy wywieść, że niepodanie nazw podwykonawców na etapie ofertowania nie jest obligatoryjne i nie może wiązać się za skutkiem odrzucenia oferty. Izba ma świadomość, że rozpoznawane postępowanie nie toczy się według zasad dla postępowań poniżej progów unijnych, jednak z uwagi na to, że kwestia podwykonawstwa nie została przez ustawodawcę zróżnicowana w zależności od progu w jakim prowadzone jest postępowanie, to ustalenie znaczenia przepisu wymaga także sięgnięcia do podstawy prawnej prawa wspólnotowego, która stała się przyczyną przyjęcia w prawie krajowym określonych rozwiązań legislacyjnych. Zasadne jest także zbadanie jak powyższa kwestia jest prezentowana w oficjalnych dokumentach wspólnotowych – w tym przypadku w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia. Tezę o informacyjnym charakterze nazw podwykonawców potwierdza także treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (pkt D Informacje dotyczące podwykonawców), gdzie wykonawca wskazuje, czy zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo

jakiegokolwiek części zamówienia, jeśli tak – to podaje wykaz proponowanych podwykonawców, jeśli jest mu to wiadome. Zatem niewątpliwie dokument ten dopuszcza sytuację, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana. Tak Izba w sprawie sygn. akt KIO 1756/17 jak i sygn. akt KIO 192/17.

Następnie należy rozważyć czy oświadczenie o zamiarze wykonania części zamówienia za pomocą podwykonawców każdorazowo stanowi treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – tj. merytoryczną treść zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. W ocenie Izby może przyjąć taki charakter tylko w jednym przypadku, gdy zamawiający zastrzeże konkretne zakresy przedmiotu zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę. Wówczas bowiem zamawiający w sposób jednoznaczny i świadomy określa, że jego wolą jest, aby określone świadczenie było wykonane osobiście przez wykonawcę. W niniejszej sprawie zamawiający nie określił części zamówienia dla których wymaga osobistego świadczenia wykonawcy, a tym samym wykonanie jakiegokolwiek części tego zamówienia przy udziale podwykonawcy nie stanowi naruszenia treści siwz. Co więcej zamawiający nie wprowadził także limitów podwykonawstwa np. przez zakreślenie progu procentowego, wartościowego zamówienia, powyżej której powierzenie świadczenia podwykonawcy, będzie sprzeczne z wolą zamawiającego. Zamawiający na rozprawie wyjaśnił także, iż jedynym powodem wprowadzenia żądania podania części zamówienia, które wykonawca ma zamiar powierzyć podwykonawcom była treść art. 36b ust. 1 ustawy. W ocenie Izby oznacza to, że zamawiającemu sposób wykonania świadczenia przez wykonawcę – osobiście z udziałem podwykonawców był obojętny. Tym samym nie można uznać, że oczekiwał on złożenia przez wykonawcę oświadczenia woli o zatrudnieniu podwykonawców, które miałyby istotne znaczenie dla bytu przyszłej umowy. Zatem w tym konkretnym postępowaniu oświadczenie w jakich częściach przystępujący powierzy wykonanie zamówienia podwykonawcom nie jest oświadczenie woli, o jakim stanowi przepis art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego z zw. z art. 14 ustawy. Nadto Izba wzięła pod uwagę użycie przez zamawiającego dwukrotnie koniunkcji łącznej łączącej części zamówienia z nazwami podwykonawców i jednoczesną wyżej dokonaną wykładnią art. 36b ust. 1 ustawy, co do charakteru nazw podwykonawców. Izba zauważyła, że zamawiający nie przepisał wprost art. 36b ust. 1 do ustępu 2 działu V, ale pominął przecinek przed „i podania przez wykonawcę firm podwykonawców”, a w ust. 3 użył spójnika „oraz” pomiędzy częściami zamówienia i nazwami podwykonawców, co może wskazywać na to, że zamawiający oba te pojęcia utożsamiał i wymagał ich podania łącznie, a zatem w świetle treści tej konkretnej siwz przystępujący wiedząc, że nazwy podwykonawców musi podać tylko wtedy, kiedy są mu wiadome i wiedząc, że zamawiający wymaga podania części zamówienia łącznie z nazwami podwykonawców, mógł dojść do przekonania, że

zamawiający wymaga podania części zamówienia o ile na moment składania oferty wiadome są już wykonawcy nazwy podwykonawców, które te części wykonają. W ocenie Izby taka interpretacja postanowień siwz jest uprawniona w świetle tego, że zarówno odwołujący jaki i zamawiający i przystępujący co do zasady nie kwestionowali, że podanie nazw podwykonawców na charakter informacyjny. W ocenie Izby podstawą badania prawidłowości czynności zamawiającego jest przede wszystkim ustawa, a ta nie określa w sposób jednoznaczny jaki charakter mają informacje o częściach zamówienia powierzanych podwykonawcom – art. 36 b ust. 1 ustawy nakładający obowiązek żądania podania informacji o zakresie podwykonawstwa, przy jednoczesnym fakultatywnym charakterze art. 25a ust. 5 ustawy, gdzie woli zamawiającego pozostawiono to, czy będzie weryfikował podstawy wykluczenia podwykonawców i na jakim etapie i przy brzmieniu art. 96 ust. 1 pkt 5 ustawy mogącym wskazywać na to, że podanie zakresu podwykonawstwa także jest uzależnione od wiadomości jakimi dysponuje wykonawca w dacie składania ofert. Tym samym, aby nadać spójne rozumienie art. 36b ust. 1 ustawy z pozostałymi przepisami, to trzeba w ocenie Izby wziąć pod uwagę także art. 36a ust. 1 i 2 ustawy, gdzie co do zasady ustawodawca przewidział prawo wykonawcy do wykonania zamówienia z udziałem podwykonawców, oraz ograniczenie tej zasady przez uprawnienie zamawiającego do ograniczenia dostępu podwykonawcom do części zamówienia zastrzeżonych przez zamawiającego do osobistego wykonania. Izba zwraca uwagę także na to, że art. 36a ust. 1 ustawy nie ogranicza momentu powierzenia wykonania podwykonawcy do etapu przed upływem terminu składania ofert, a zatem z prawa tego wykonawca może skorzystać także na etapie realizacji umowy, co potwierdzają art. 36b ust. 1a i 1b czy 36ba ustawy. Tym samym zdaniem Izby należałoby uznać, że o sprzeczności treści oferty z treścią siwz można mówić jedynie w sytuacji, gdy uprawnienie wykonawcy z art. 36 a ust. 1 ustawy wejdzie w kolizję z uprawnieniem zamawiającego z art. 36aust. 2 ustawy, a wykonawca powierzy podwykonawstwo tej części zamówienia, którą miał wykonać osobiście. W przedmiotowym postępowaniu taka sprzeczność nie zachodzi, tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i powiązanych z nim przepisów przywołanych w zarzucie jest niezasadny. Izba wskazuje także na to, że obawy odwołującego o brak możliwości weryfikacji ceny rażąco niskiej i zmowy przetargowej, o ile ważkie systemowo, o tyle nie mające potwierdzenia w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym. Nadto Izba nie dostrzega możliwości weryfikacji powołanych przez odwołującego elementów w przypadku znajomości jedynie zakresu podwykonawstwa bez znajomości nazw podwykonawców.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pol-Dróg w sytuacji, w której oferta ta jest niegodna z ustawą w zakresie wymogu wskazania w niej części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom i podania

przez wykonawcę firm podwykonawców

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim odwołujący upatruje niezgodności z ustawą oferty odwołującego w przepisie art. 36 b ust. 1 ustawy, który stanowi o obowiązku zamawiającego, natomiast nie reguluje skorelowanego z tym obowiązkiem obowiązku wykonawcy, ani też nie określa sankcji za nie wskazanie części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Nie można zatem na podstawie obowiązku innego podmiotu wywodzić obowiązków wykonawcy, bo w skrajnym przypadku należałoby uznać, że wykonawca, który oświadcza o samodzielnym wykonaniu zamówienia także uchybił żądaniu zamawiającego. Tym samym w ocenie Izby przepisy, z których wywodzone mają być obowiązki dla podwykonawców powinny być do nich adresowane, tak aby można było uchwycić moment niezgodności zachowania wykonawcy z jego ustawowym obowiązkiem. Tylko wówczas mogłaby być zastosowana sankcja z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie między zamawiającym a Pol-Dróg po terminie składania ofert bezprawnych negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie podwykonawstwa i w konsekwencji dopuszczenie do zmiany tej oferty po terminie składania ofert poprzez jej uzupełnienie w zakresie podwykonawstwa, mimo braku zaistnienia przesłanek z art. 87 ust. 2 ustawy;

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z przeprowadzonej przez Izbę analizy stanu faktycznego, zamawiający nie zaliczał oświadczeń o zakresie podwykonawstwa do oświadczeń o istotnym znaczeniu dla treści oferty. Zamawiający uważał, że takie oświadczenie ma dla niego charakter informacyjny, o zamiarze skorzystania z uprawnienia z art. 36a ust. 1 ustawy, którego zamawiający nie ograniczył i które mogło przybierać zakres zmienny w czasie na etapie realizacji umowy za zgodą zamawiającego. Oznacza to zatem, że wezwanie doprecyzowujące procentową wartość podwykonawstwa przy złożonym oświadczeniu o zamiarze skorzystania z udziału podwykonawców nie zmieniało treści oferty i było dopuszczalne na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Pol-Dróg z postępowania pomimo przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd co do zakresu zamówienia, które wykonawca ma zamiar powierzyć podwykonawcom, wynikające z niewskazania tego zakresu, pomimo jego określenia na 14 % wartości zamówienia.

Zarzut nie potwierdził się. Zamawiający wiedział od momentu otwarcia ofert, że przystępujący

zamierza realizować zamówienie z udziałem podwykonawców, jednocześnie zamawiającego nie interesowała wielkość tego podwykonawstwa, bo nie zawarł w tym zakresie szczegółowych postanowień siwz np. zakazujących powierzenia więcej niż 50% wartości zamówienia, ani nie interesował go także przedmiot tego powierzenia, gdyż nie zastrzegł jakiegokolwiek części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, tym samym w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie dał podstawy do przyjęcia, że podanie w toku wyjaśnień informacji o 14% udziale podwykonawców w realizacji zamówienia wprowadziło zamawiającego w błąd, który mógł mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa prawnego nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł. i dojazdu w wysokości 859,88zł. zgodnie z przedstawionym rachunkiem.

Przewodniczący: