

**Sygn. akt: KIO 2352/17**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 15 listopada 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **15 listopada 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 listopada 2017 r.** przez wykonawcę **Moris Polska Sp. z o.o., ul. Baletowa 4, 02-867 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Powiatową Państwowej Straży Pożarnej w Żaganiu, ul. Nowogródzka 3, 68-100 Żagań**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Moris Polska Sp. z o.o., ul. Baletowa 4, 02-867 Warszawa** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowę obiektu Jednostki Ratowniczo-Gaśniczej PSP w Szprotawie - etap I”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 579035-N-2017, data zamieszczenia 29.08.2017 r., przez Komendę Powiatową Państwowej Straży Pożarnej w Żaganiu, ul. Nowogródzka 3, 68-100 Żagań zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 03.11.2017 r. (e-mailem i faxem) Zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” oferty Moris Polska Sp. z o.o., ul. Baletowa 4, 02-867 Warszawa zwanego dalej: „Moris Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 08.11.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Moris Polska Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.11.2017 r. (e-mailem). Zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 06.11.2017 r. udzielonego przez P.Z. ujawnionego w załączonym do odwołania wydruku KRS-u i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. Odwołujący wnosil odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36a ust. 1 i 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na oświadczenie Odwołującego o powierzeniu podwykonawcom 100% zakresu zamówienia, podczas gdy Zamawiający nie zastrzegł obowiązku realizacji przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, Odwołujący przewidział udział w realizacji zamówienia kilku podwykonawców, z których każdy będzie wykonywał inną część zamówienia, Odwołujący będzie kierował realizacją zamówienia poprzez kierownika budowy będącego zasobem własnym Odwołującego, a z aktualnie obowiązujących przepisów Pzp nie wynika zakaz ustanowienia kilku podwykonawców na poszczególne części zamówienia, gdy suma tych części wynosić będzie 100% zakresu zamówienia,
- art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia sposobu wykonania zamówienia w kontekście złożonych dokumentów podmiotowych, w tym w szczególności kierownika budowy oraz wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

Wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- Unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

- Powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- Dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W pkt. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” „Opis przedmiotu zamówienia” dział „Podwykonawstwo” Zamawiający określił zasady składania ofert w sytuacji powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom. W pkt. 3.7 SIWZ Zamawiający wskazał: „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania firm podwykonawców (o ile są znane)”. Jednocześnie zgodnie z pkt. 3.6 SIWZ Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący w pkt. 10 formularza oferty oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcom określone części zamówienia, jednocześnie w każdym przypadku podając firmy podwykonawców, którzy będą realizować daną część zamówienia. Odwołujący w wierszu „wartość lub procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy lub podwykonawcom” wskazał 100%. Jednocześnie, Odwołujący w pkt. 3 formularza oferty oświadczył, że do realizacji zamówienia jako kierownika budowy wyznacza p. P. A. K., który posiadana wymagane w SIWZ uprawnienia oraz doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy czym - nie posługiwał się potencjałem podmiotu trzeciego w tym zakresie. Zamawiający w dniu 03.11.2017 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z art. 36a ust. 1 Pzp w tym znaczeniu, że Odwołujący przewidział powierzenie podwykonawcom części zamówienia, które łącznie składają się na 100% zakresu rzeczowego robót, a pojęcie „części zamówienia”, o którym mowa w art. 36 ust. 1 Pzp, interpretowane przy użyciu wykładni literalnej, wyklucza możliwość powierzenia podwykonawcom całości robót objętych zamówieniem. Zamawiający powołał się na uchwałę KIO z 04.11.2016 r., sygn. akt: KIO/KD 67/16. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego z 03.11.2017 r. jest przedmiotem niniejszego odwołania. Na wstępie podkreślił, że w niniejszej sytuacji Moris Polska Sp. z o.o. będzie rzeczywistym generalnym wykonawcą całego zamówienia. który będzie kierował i koordynował wykonaniem i brał za nie całkowitą odpowiedzialność. Moris Polska sp. z o.o. jest firmą posiadającą znaczne doświadczenie w projektowaniu i realizacji inwestycji budowlanych na terenie całej Polski. Realizuje m.in. obiekty kubaturowe, obiekty sportowe, obiekty specjalistyczne i rewitalizacje. Firma zrealizowała m.in. następujące inwestycje:

- hala wraz z budynkiem biurowo-usługowym w Gliwicach,
- hala targowa w Żorach,
- Centrum Szkolenia Zapaśniczego w Kostrzynie nad Odrą,

- Centrum Rekreacji Wodnej w Elblągu.

Szczegółowe informacje o realizacjach firmy Moris Polska można znaleźć na stronie internetowej [www.morispolska.pl](http://www.morispolska.pl). W niniejszym postępowaniu połączenie doświadczenia praktycznego Moris Polska, kadry kierowniczej tego wykonawcy - z fachowym i praktycznym przygotowaniem podwykonawców:

- w cz. „instalacje sanitarne, wentylacja, klimatyzacja” - Kamar Serw z siedzibą w Ciechanowie;

- w cz. „roboty elektryczne” - EL SPORT M. P. z siedzibą w Poznaniu;

- w cz. „konstrukcje stalowe” - ROSA-MAT Radom Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu;

- w cz. „pokrycie dachu” - P&M System P. R. z siedzibą w Łomiankach;

- w cz. „roboty ziemne - budynek główny A i B” - DROMEX FHU Roboty Drogowo-Budowlane P. R. z siedzibą w Pośredniku

- w cz. „roboty wykończeniowe” - Budownictwo Planet Serwis A. D. z siedzibą w Czernicy Ratowicach

- w cz. „roboty budowlane konstrukcyjne, żelbetony, roboty murowe, izolacje, posadzki, elewacje, stolarka okienna i drzwiowa” - Euro-Bud J. B. z siedzibą w Gnieźnie

- w cz. „dostawa i montaż bram garażowych” - Aston BDN Sp. z o.o. z siedzibą w Plewiskach  
w konsekwencji powoduje, że nastąpi prawidłowa realizacja kontraktu.

W ocenie Odwołującego - zabronienie możliwości tego sposobu realizacji w treści ustawy Pzp nigdy nie było intencją ustawodawcy. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z Pzp. Na podstawie art. 36a ust. 1 Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W przepisie tym określono generalną zasadę, od której wyjątek przewidziano w art. 36a ust. 2, zgodnie z którym 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.

Co istotne - w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dokonał zastrzeżenia, o którym mowa w art. 36a ust. 2 Pzp, jak również w żaden inny sposób nie ograniczył możliwości powierzenia podwykonawcom części przedmiotowego zamówienia.

Dla rozstrzygnięcia zasadności zarzutów odwołania istotne jest wskazanie modelu realizacji niniejszego zamówienia przyjętego przez Odwołującego. Odwołujący skonstruował ofertę przyjmując, że zrealizuje zamówienie powierzając 8 (ośmiu) podwykonawcom osiem różnych części zamówienia - które łącznie składają się na 100% robót określonych w opisie przedmiotu zamówienia - zaś Odwołujący będzie kierował prowadzonymi robotami przez wskazanego w ofercie kierownika budowy - p. P. A. K., będącego zasobem własnym Odwołującego. Odwołujący będzie więc weryfikował przez osobę kierownika budowy prawidłowość prowadzonych przez podwykonawców prac. W ramach działań kierowniczych

Odwołujący poprzez kierownika budowy będzie mógł podejmować, w zależności od potrzeb, działania organizacyjne, koordynacyjne, sprawdzające, kadrowe, nadzorcze czy też kontrolne. Co równie istotne - to Odwołujący jako strona umowy z Zamawiającym będzie względem niego odpowiedzialny za należyte wykonanie zamówienia. W wyroku KIO z 16.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2332/15, wskazano, że nawet jeżeli podwykonawcy realizują całość zamówienia, to i tak względem Zamawiającego odpowiada nie podwykonawca, a wykonawca. Ponownie podkreślił, że Odwołujący jest dużym wykonawcą z branży projektowej i budowlanej, realizującym inwestycje zarówno dla klientów z sektora prywatnego, jak i publicznego. Odpowiedzialność Odwołującego za realizację przedmiotowego zamówienia jest gwarancją zabezpieczenia interesu Zamawiającego. Odnosząc się do zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym art. 36a ust. 1 i 2 Pzp należy wskazać, że oferta Odwołującego nie jest niezgodna z przywołanymi normami prawnymi. W kontekście art. 36a ust. 1 Pzp za niedopuszczalne mogłoby zostać uznane jedynie powierzenie całości zamówienia jednemu podwykonawcy. Przepis literalnie wskazuje bowiem, że jednemu podwykonawcy - liczba pojedyncza - może być powierzona jedynie część zamówienia. Ponadto - realizacja całości zamówienia przez jednego podwykonawcę mogłaby być rozważana w kontekście pozorności czynności złożenia oferty przez wykonawcę czy działania w celu obejścia przepisów o wykluczaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Natomiast - z aktualnie obowiązującego art. 36 ust. 1 Pzp nie wynika zakaz powierzenia kilku części różnym podwykonawcom, które łącznie składają się na całość zamówienia. W szczególności brak jest podstaw do wywodzenia takiego zakazu w sytuacji kierowania pracami podwykonawców przez wykonawcę odpowiedzialnego bezpośrednio przed Zamawiającym za realizację zamówienia - jak w przypadku Odwołującego. Przywołał wyrok KIO z 28.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2346/14, wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z 11.09.2015 r., sygn. akt: IV Ca 1050/15, jak i uchwałę z 11.08.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 43/15. Odnośnie orzeczenia przywołanego przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego należy wskazać, że powoływanie się przez Zamawiającego na uchwałę KIO/KD 67/16 jest nieadekwatne w przedmiotowym stanie faktycznym. Po pierwsze - niezasadne jest stanowisko wyrażone w przedmiotowej uchwale, zgodnie z którym z art. 36a ust. 1 Pzp wynika możliwość powierzenia podwykonawcom każdej części zamówienia, byleby nie wyczerpywały one łącznie całości zamówienia. Przyjęcie takiego rozumowania prowadziłoby bowiem do wniosku, że wykonawca nie może zlecić podwykonawstwa w 100%, ale w części 99, 90% - już tak. Po drugie - w uchwale została wydana w oparciu o przepisy ustawy Pzp sprzed nowelizacji z 28.07.2016 r. Ma to o tyle znaczenie, że w uchwale odwołano się do argumentu podniesionego w wyroku KIO o sygn. akt: 1075/14, zgodnie z którym liberalna interpretacja przepisu art. 36a ust. 1 Pzp prowadziła do sytuacji, w której

zamawiający, do czasu rozpoczęcia realizacji udzielonych zamówień, nie mieliby wiedzy o tym, jaki podmiot będzie je faktycznie realizował, bowiem wskazania nazw (firm) podwykonawców mogą żądać jedynie w sytuacji, w której wykonawca powołuje się na ich zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust 2b Pzp., celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (argument z art. 36b ust. 1 P.z.p.). Tymczasem - w obecnym stanie prawnym na podstawie art. 36b ust. 1 Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący w formularzu oferty podał firmy wszystkich podwykonawców, którym zamierza powierzyć poszczególne części zamówienia. W rezultacie - zagrożenie braku identyfikacji podwykonawców wskazane w wyroku o sygn. akt: KIO 1075/14 w przedmiotowym stanie faktycznym nie występuje. Podkreślił, że zasadą na gruncie zamówień publicznych powinno być dopuszczenie podwykonawstwa, w szczególności w kontekście ostatniej nowelizacji Pzp, w której celem było m.in. zwiększenie udziału w realizacji zamówień publicznych podmiotów z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Tymczasem - Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego jednocześnie bezpodstawnie ograniczył udział podwykonawców w realizacji przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp - Zamawiający ma obowiązek wyjaśnienia zarówno treści oferty jak i treści dokumentów podmiotowych złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Tymczasem - Zamawiający pomimo posiadania wiedzy na temat potwierdzenia warunków podmiotowych osobiście przez Wykonawcę - bezzasadnie przyjął, że w niniejszej sytuacji brak jest tożsamości Wykonawcy z podmiotem faktycznie realizującym zamówienie

Zamawiający w dniu 09.11.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpień nie miały miejsca do 13.11.2017 r. (włącznie).

W dniu 13.11.2017 r. (faxem), a 15.11.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO wraz z dokumentacją) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Komendanta Państwowej Straży Pożarnej w Żaganiu.

Izba, biorąc pod uwagę uwzględnienie w całości odwołania, oraz brak zgłoszonych przystąpień po stronie Zamawiającego, uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2352/17 na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....