

WYROK
z dnia 7 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśników

Członkowie: Izabela Kuciak
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg ul. ks. Jerzego Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa** protestu z dnia **27 maja 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX – po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, wyboru najkorzystniejszej oferty, badania i oceny ofert oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miejski Zarząd Dróg ul. ks. Jerzego Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miejski Zarząd Dróg ul. ks. Jerzego Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa** na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Częstochowa, Miejski Zarząd Dróg ul. Popiełuszki 4/6, 42-217 Częstochowa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na >>świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzorem i rozliczeniem robót przy realizacji Projektu pod nazwą "Wzmocnienie znaczenia centrum pielgrzymkowego poprzez modernizację Alei Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie"<<. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 55-079500 z dnia 20.03.2009 r.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwanej dalej w skrócie Pzp.

19.05.2009 r. (pismo datowane 11.05.2009 r.) zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożył wykonawca ZPUH Primex mgr inż. Marek Łyszczarz, Częstochowa.

Jednocześnie zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ponadto zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty wykonawca Grontmij Polska Sp. z o.o., Poznań zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Wykonawca nie załączył do oferty oświadczenia o podwykonawcach, czyli nie spełnił wymogu zawartego w pkt 7.6.2 specyfikacji.

27.05.2009 r. wykonawca Grontmij Polska Sp. z o.o., Poznań złożył protest wobec:

1) czynności podjętej przez zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp;

2) czynności podjętej przez zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy Grontmij Polska zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2;

3) zaniechania wezwania wykonawców do złożenia wymaganych oświadczeń lub dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp;

4) zaniechaniu wezwania do wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Protestujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności podjętej przez zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;

2) ponowne badanie i ocenę ofert;

3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protestujący złożył ofertę zgodną z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz spełniającą wszelkie wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Protestujący, w dniu 19.05.2009 r. został poinformowany o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający odrzucił ofertę Grontmij Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w powiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 19.05.2009 r. poinformował Wykonawców o unieważnieniu postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający przedstawił następujący argument: cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający odrzucił oferty pozostałych Wykonawców z uwagi na:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Biuro Veritas Polska Sp. z o.o. (brak oświadczenia o podwykonawstwie);

2) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, SGS Polska Sp. z o.o.,

3) art. 89 ust. 1 pkt 2, Konsorcjum Firm: Work Consulting Sp. z o.o., APIA XXI I.A.K Sp z o.o., APIA XXI S.A, Biuro Projektowo-Inżynierskie REDAN.

Protestujący podnosi, iż zamawiający nie ma podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W myśl art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Protestujący biorąc udział w przetargu nieograniczonym nie przewidywał podwykonawstwa i, w związku z tym, nie dołączył tego dokumentu. Gdyby zamawiający wezwał protestującego do WYJAŚNIENÍ to protestujący oświadczyłby, że całość robót wykona sam. Brak dołączenia do oferty przedmiotowego oświadczenia o ewentualnym podwykonawstwie robót, w wypadku oferty Grontmij Polska Sp. z o.o. nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp, nie wzywając wykonawcy Grontmij do złożenia oświadczeń i dokumentów. Art. 26 ust. 3 Pzp przewiduje bezwzględny obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy, by uzupełnił oświadczenia i dokumenty. Tym samym regulacja art. 26 ust. 3 Pzp., odnosi się zarówno do oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i oświadczeń i dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Decyzja o wezwaniu w żadnym wypadku nie jest uznaniowa i nie zależy od woli zamawiającego. Zaniechanie wezwania, w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 26 ust. 3 Pzp, stanowi naruszenie przepisów ustawy i skutkuje możliwością wniesienia przez wykonawcę skutecznego protestu.

Przedstawione przez zamawiającego argumenty nie dają podstaw do unieważnienia postępowania przetargowego zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 i 3 Pzp wykonawcy przysługuje legitymacja do złożenia protestu w przypadku, gdy jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przedmiotowej sprawie podjęcie czynności podjętej przez zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz zaniechanie czynności polegających na powtórzeniu badania i oceny ofert w

uwzględnieniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zamawiającego naruszyło interes prawny protestującego, wyrażający się w pozbawieniu możliwości zgodnego z prawem udzielenia zamówienia oraz uzyskania wiążących się z tym korzyści, przy jednoczesnym poniesieniu kosztów wiążących się z przygotowaniem oferty. Uwzględnienie protestu winno doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez protestującego.

01.06.2009 r. zamawiający powiadomił o oddaleniu protestu.

Zamawiający podtrzymał stanowisko w zakresie odrzucenia oferty protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp zamawiający zobowiązany jest do żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonawca powierzy podwykonawcom. Zamawiający w pkt 7.6.2 specyfikacji żądał wypełnienia, podpisania przez osobę uprawnioną i załączenia oświadczenia o podwykonawcach (zał. nr 5 do specyfikacji).

Oświadczenie to nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku o którym mowa w art. 25 Pzp. W związku z powyższym nie można w przypadku jego braku żądać jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie załączenie do oferty oświadczenia o podwykonawcach wymaganego w specyfikacji stanowi przesłankę do odrzucenia oferty, gdyż nie odpowiada treści specyfikacji.

Jednocześnie zamawiający zauważa, że składający protest nie domaga się uchylecia decyzji o odrzuceniu Jego oferty. W tej sytuacji należy uznać, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty składającego protest uprawomocniła się a tym samym protestujący nie będąc już uczestnikiem postępowania, nie ma interesu prawnego składania protestu.

10.06.2009 r. Odwołujący wykonawca Grontmij złożył odwołanie od oddalenia protestu zarzucając zamawiającemu naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp,

art. 36 ust. 4 Pzp,

art. 26 ust. 3 Pzp,

i wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w jej ramach nakazanie zamawiającemu wystąpienia do odwołującego o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

Zamawiający pismem z dnia 01.06.2009 r. (znak MZD.WF.3411-70/2009), doręczonym Odwołującemu 01.06.2009 r. powiadomił odwołującego o oddaleniu protestu wniesionego w dniu 27.05.2009 r. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na niedokonanie załączenia do oferty oświadczenia o podwykonawcach wymaganego w pkt 7.6.2 specyfikacji. Zamawiający wskazał ponadto, że odwołujący w proteście nie domagał się uchylecia decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, tym samym należy uznać, że decyzja ta uprawomocniła się w i konsekwencji odwołujący nie był już uczestnikiem postępowania mającym interes prawny w złożeniu protestu. Z twierdzeniami powyższymi odwołujący nie zgodził się.

(I) Zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego z postępowania bezpodstawnie, z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na rzekomą sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji. W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, iż ani w informacji o wyniku postępowania, ani w rozstrzygnięciu protestu zamawiający nie wskazał na czym polega rzekoma sprzeczność treści oferty złożonej przez odwołującego z treścią specyfikacji.

Jako przejaw rzekomej sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji zamawiający wskazuje brak oświadczenia odwołującego, o którym to oświadczeniu mowa w pkt 7.6.2 specyfikacji dotyczącego podwykonawstwa. W przywołanym postanowieniu specyfikacji zamawiający żądał od odwołującego wypełnienia, podpisania przez osobę uprawnioną i załączenia oświadczenia o podwykonawcach zgodnie z załącznikiem nr 5 do specyfikacji, zaś w przypadku wykonania zamówienia własnymi siłami należy na oświadczeniu umieścić stosowną adnotację.

W ofercie odwołującego nie złożono przedmiotowego załącznika, jednakże nie może to świadczyć o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji. Treść oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to zobowiązanie wykonawcy biorącego udział w postępowaniu do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Normatywne ujęcie oferty zakłada, iż oświadczenie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego). Przywołana definicja legalna oferty z Kodeksu cywilnego, na mocy postanowień art. 14 Pzp, znajduje zastosowanie także w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Umowa o usługi Inżyniera Kontraktu ma charakter umowy mieszanej łączącej w sobie elementy różnych kodeksowych typów umów. Ujmuje w sobie pierwiastki typowe dla umowy zlecenia, umowy o świadczenie usług, do której – zgodnie z art. 750 Kodeksu cywilnego – stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu oraz umowy o dzieło. Istotne postanowienia (*essentialia negotii*) żadnej z tych umów nie przewidują wskazywania przez strony tych

umów czy dłużnik świadczenia niepieniężnego wykona je samodzielnie czy przy pomocy podwykonawców. Milczenie ustawodawcy jest przy tym znamienne, bowiem wówczas, gdy ustawodawca nakazuje stronom danego stosunku umownego określić w treści umowy, jaka część świadczenia dłużnika będzie wykonywana przy pomocy osób trzecich, to obowiązek taki nakłada jednoznacznie w ustawie. Tytułem przykładu wskazać można kodeksową regulację umowy o roboty budowlane i art. 647¹ § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony muszą wyraźnie określić zakres robót, które wykonawca będzie realizował osobiście lub za pomocą podwykonawców. Przepisy dotyczące Kodeksu cywilnego regulujące ten typ umowy nie będą miały jednak w niniejszej sprawie zastosowania, z kolei postanowienia zawarte w umowie zlecenia i umowie o dzieło takiego wymogu nie przewidują. Jak zatem widać, w świetle przepisów Kodeksu cywilnego, dla umownego stosunku prawnego jakiegoś umowa, która ma być zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określenie zakresu świadczeń wykonywanych przy pomocy podwykonawców nie stanowi istotnego postanowienia umownego. Nie można zatem twierdzić, iż zachodzi w tej mierze sprzeczność treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji.

(II) Odwołujący podnosi, iż zamawiający nawet w zaproponowanym przez siebie wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego nie przewiduje kontraktowej regulacji podwykonawstwa. Żadne z postanowień wzoru umowy (opartego na opracowanej przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (Federetion Internationale des Ingenieurs-Conseils-FIDIC) tzw. "Białej Książce" pt.: "Wzór Umowy o usługach Klient/Konsultant") nie reguluje jaka część zamówienia ma zostać wykonana przy pomocy osób trzecich, a jaka samodzielnie przez wykonawcę.

Czynność prawna, którą kreuje zamawiający w postanowieniach specyfikacji nie kwalifikuje jako istotnego postanowienia umownego postanowień dotyczących zakresu usług wykonywanych przy pomocy podwykonawców. Tym samym, skoro na mocy czynności prawnej zamawiającego, wspomniany element umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest istotnym postanowieniem umownych, to brak w wzmianki dotyczącej podwykonawstwa w ofercie odwołującego nie może być traktowany jako sprzeczność oferty z treścią specyfikacji.

(III) Odwołujący wskazuje, iż sprzeczność oferty dotyczy tylko i wyłącznie jej aspektu formalnego (brak dokumentu), a nie merytorycznej (materialnej) odmienności propozycji wykonawcy w stosunku do oczekiwań zamawiającego opisanych w specyfikacji.

Na podstawie art. 36 ust. 4 Pzp zamawiający ma prawo jedynie żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Wskazany przepis nie daje natomiast prawa zamawiającemu do żądania od wykonawcy oświadczenia, iż wykona zamówienie siłami własnymi. Gdyby ustawodawca chciał takie

prawo przyznać zamawiającym, uczyniłby to w sposób jednoznaczny. Z przywołanego kształtu przepisów prawa płynie więc ważna w niniejsze sprawie konstatacja, iż wykonawca zobowiązany jest jedynie do wskazania w swojej ofercie jaką część zamówienia powierzy podwykonawcom, nie ma natomiast obowiązku składać oświadczenia, iż wykona zamówienie w pełni samodzielnie. Innymi słowy, zamawiający może zażądać informacji, z której będzie wynikało wprost, że wykonawca zamierza odstąpić od zasady samodzielnej realizacji zamówienia. Konsekwentnie – skoro wykonanie zamówienia własnymi siłami jest regułą – żaden przepis ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie nakłada na wykonawcę obowiązku potwierdzania tego faktu. Nie mogło wobec tego stanowić podstawy do odrzucenia oferty niezłączenie przez odwołującego oświadczenia niewymaganego od wykonawcy przez przepisy.

Przywołany kształt przepisu art. 36 ust. 4 Pzp oznacza, iż brak jakiegokolwiek oświadczenia wykonawcy co do części zamówienia, jakie zamierza powierzyć podwykonawcom oznacza deklarację samodzielnej realizacji zamówienia. Ponieważ wykonawca, w świetle przywołanego przepisu, musi jedynie złożyć oświadczenie na okoliczność zakresu usług, które zamierza powierzyć podwykonawcom, a zarazem nie ma podstawy prawnej, która daje prawo wymagania od niego oświadczenia o samodzielnej realizacji zamówienia, to tym samym, skoro dany wykonawca nie wspomina w ofercie nic o swoich podwykonawcach, to tym samym informuje o samodzielnej realizacji zamówienia.

Oferta złożona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlega ustawowym zasadom wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do przywołanego przepisu oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W tym przypadku sposób wykładni oferty wynika z opisanego powyżej kontekstu normatywnego. Odmienne rozumienie art. 36 ust. 4 Pzp mogłoby w rezultacie prowadzić do konieczności poświadczania w zasadzie wszystkich okoliczności w toku postępowania, także tych, które są stosowane co do reguły i według aktualnego stanu prawnego nie wymagają jakichkolwiek oświadczeń. To z kolei stanowiłoby nie tylko zbędne komplikowanie procedury, ale i pełną i arbitralną swobodę zamawiającego w zakresie możliwości odrzucania poszczególnych ofert z przyczyn czysto formalnych, tj. niepoświadczania wszystkich możliwych okoliczności przez wykonawcę.

(IV) Niezależnie od zarzutu braku sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji, odwołujący podnosi obrazę art. 26 ust. 3 Pzp. Skoro zamawiający uznaje, iż określenie, czy wykonawca wykona zamówienie przy pomocy podwykonawców czy też samodzielnie, jest elementem determinującym zgodność treści oferty z treścią specyfikacji, to konsekwentnie uznać należy, iż jest to element, który przesądza o spełnieniu przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego w specyfikacji. Tym samym do tego dokumentu

będzie miał zastosowanie art. 25 ust. 1 Pzp. W konsekwencji zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego do złożenia brakującego dokumentu w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Z niewiadomych przyczyn zamawiający nie uczynił żadnej z powyższych czynności i to mimo tego, że art. 26 ust. 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek żądania wyjaśnień i uzupełnienia brakujących dokumentów.

(V) Zawarty w rozstrzygnięciu protestu zarzut jakoby odwołujący nie domagał się w proteście uchylenia decyzji o odrzuceniu jego oferty jest całkowicie chybiony. Odwołujący wniósł bowiem protest także od czynności podjętej przez zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy Grontmij i w konsekwencji wniósł o ponowne badanie i ocenę ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie ma żadnej wątpliwości co do tego, że w tym żądaniu zawarte jest także żądanie uchylenia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, ponieważ bez uchylenia decyzji nie byłoby możliwe ponowne badanie i ocena ofert, a co za tym idzie dokonanie ponownego wyboru.

W tym kontekście, wnioski sformułowane przez odwołującego w proteście miały charakter zdecydowanie dalej idący i tym samym zawierały jednocześnie żądanie uchylenia decyzji o odrzuceniu oferty. W związku z powyższym zamawiający nie ma podstaw do twierdzenia, że jego decyzja dotycząca odrzucenia oferty odwołującego uprawomocniła się i wobec tego nie miał on interesu prawnego do złożenia protestu.

(VI) Odwołujący oświadcza, iż podtrzymuje w pełnym zakresie wszystkie zarzuty, twierdzenia i żądania zawarte w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut bezpodstawnego dokonania odrzucenia oferty odwołującego bez zażądania wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp należy uznać za słuszny.

Zamawiający w rozdz. 7 ust. 7.6 pkt 2 specyfikacji zażądał załączenia do oferty oświadczenia o podwykonawcach, postanawiając, że składający ofertę wykonawcy muszą – w przypadku przewidywania wykonania zamówienia własnymi siłami – umieścić na oświadczeniu stosowną adnotację, a w przypadku zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcom określić te części.

Zamawiający wywodzi, że żądanie złożenia takiego oświadczenia wynika z przepisu art. 36 ust. 4 Pzp, jednak nie bierze pod uwagę, że przepis ten tylko odnosi się do żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Ustawodawca nie ustanowił obowiązku składania oświadczeń o braku zamiaru powierzania wykonania jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom, gdyż zasadą zamówień publicznych – wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp – jest udzielanie zamówień wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i wykonywanie zamówienia przez tego wykonawcę, a powierzanie części zamówienia podwykonawcom jest wyjątkiem od tej zasady.

We właściwym terminie, odwołujący złożył ofertę jednak nie zawierającą przedmiotowego oświadczenia. Odwołujący stwierdza, że przewidywał wykonanie całości zamówienia bez powierzania żadnej części zamówienia podwykonawcom i w związku z tym, nie dołączył do oferty oświadczenia o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom.

Odwołujący stwierdza, że gdyby zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, to odwołujący oświadczyłby, że całość robót wykona samodzielnie bez powierzania wykonania żadnej części zamówienia podwykonawcom. I takie wyjaśnienia nie byłyby jakąkolwiek zmianą w treści oferty, gdyż nie pojawiłyby się w tej odpowiedzi żadne nowe podmioty, żadne rozszerzenie, a tylko potwierdzenie, że zamawiający samodzielnie wykona całość zamówienia bez powierzania wykonania żadnej części zamówienia podwykonawcom.

Skład orzekający Izby również stoi na stanowisku, że zgodnie z zasadą samodzielnego wykonywania zamówienia przez wykonawcę, wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp, wykonawca składając ofertę stwierdza, że będzie samodzielnie wykonywać całość zamówienia, z jedynym wyjątkiem, gdy wskaże części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Ustawodawca właśnie dlatego ustanowił art. 36 ust. 4 Pzp (obowiązek wymagania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom), aby ta zasada zamówień publicznych była w pełni respektowana i aby wyjątek od niej nie mógł być traktowany jako konkurencyjna reguła.

W związku z tak zredagowaną i usytuowaną w ustawie zasadą zamówień publicznych – art. 7 ust. 3 Pzp znajduje się w jednej z najważniejszych jednostek redakcyjnych ustawy w rozdziale 3 zatytułowanym „Zasady udzielania zamówień”, który znajduje się w dziale I

PRZEPISY OGÓLNE – wykonawca może przyjąć, że składając ofertę bez wskazania części zamówienia, które zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom, oświadcza o samodzielny wykonaniu zamówienia. Wszak regułą wnioskowania prawniczego jest, że nie można wyjątków stosować rozszerzająco, a zasada i wyjątek od niej stanowią treść art. 7 ust. 3 i art. 36 ust. 4 Pzp. Podobne wnioski zostały zawarte na str. 177, uwaga 34 w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Warszawa, UZP 2007 r.

W przypadku zrodzenia się u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, co wynika z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis dozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień.

Zdanie drugie *in fine* art. 87 ust. 1 Pzp zakazuje dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty – po upływie terminu składania ofert. Jednak zamawiający nie może antycypować, że w wyniku wyjaśnień nastąpi niedozwolona zmiana treści oferty. Dlatego musi dążyć do pełnego wyjaśnienia treści oferty i wziąć pod uwagę treść wyjaśnień podczas finalnego badania i oceny ofert. Jeżeli wyjaśnienia nie spowodują jakiegokolwiek zmiany treści oferty to zamawiający będzie musiał je przyjąć, jako zgodne z art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp. Jeżeli natomiast te wyjaśnienia będą prowadzić do zmiany treści oferty, poza przypadkami określonymi w art. 87 ust. 1a i 2 Pzp, to zamawiający będzie musiał odrzucić takie wyjaśnienia i nie brać ich pod uwagę podczas ostatecznego badania ofert, co może nawet prowadzić do konieczności odrzucenia oferty.

W rozpoznawanym przypadku, odwołujący zastrzega się, że jego wyjaśnienia, w oparciu o – wyżej omówioną – zasadę samodzielnego wykonywania zamówienia przez wykonawcę, nie spowodują zmiany treści oferty. Odwołujący w wyjaśnieniach nie wprowadzi nowych elementów do treści oferty, jakimi byłyby określenia części zamówienia, które zamierzałby powierzyć podwykonawcom, gdyż odwołujący zamierzał od początku i w dalszym ciągu zamierza wykonać zamówienie własnymi siłami.

W związku z tymi konstatacjami, skład orzekający Izby podziela pogląd odwołującego, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał dokonania czynności żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści oferty, czym naruszył art. 87 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji zaniechania żądania wyjaśnień zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Skład orzekający Izby stwierdza, że i tę czynność zamawiający wykonał niezgodnie z powoływanym przez siebie przepisem, gdyż najpierw zamawiający musi uzyskać pewność co do treści oferty, a dopiero po tym (zgodnie z regułą należytej staranności) może zakwalifikować treść oferty, jako odpowiadającą albo nieodpowiadającą treści specyfikacji.

Również skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród nie wszystkich ofert, które mogły być oceniane, gdyż przedwcześnie odrzucił ofertę odwołującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że – na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp – zamawiający ma obowiązek dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji. Jednak ustawodawca nie określił w tym przepisie kręgu ofert, spośród których ma być dokonany ten wybór. Wobec zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający ma obowiązek dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na równych warunkach spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, tylko na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji. Wobec tego, że zamawiający dokonał wyboru spośród zawężonego kręgu ofert, czynność ta nie może być uznana za dokonaną zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Wreszcie zamawiający dokonał unieważnienia postępowania powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż cena wybranej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący zarzucił tej czynności zamawiającego, że jest również dokonana przedwcześnie, albowiem najpierw należy dokonać prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu. W związku z tym, że zamawiający nie dokonał właściwie czynności poprzedzającej (wybór najkorzystniejszej oferty), także czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp nie może być uznana za dokonaną właściwie i wobec tego skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu odwołującego, bezpodstawnego dokonania unieważnienia postępowania z przywołaniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiający naruszył przepisy art. 26 ust. 3 Pzp nie wzywając do uzupełnienia oferty w zakresie złożenia oświadczenia o podwykonawcach. Oświadczenie to nie może znajdować się w katalogu oświadczeń, których uzupełnienie jest możliwe zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Na podstawie tego przepisu można żądać tylko oświadczeń dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub spełniania wymagań zamawiającego przez oferowany przedmiot, o których to spełnieniach mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, że odwołujący ma interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej. W rozpoznawanym postępowaniu wystąpił ciąg nieprawidłowo zaniechanych lub wykonanych czynności i odwołujący nie musiał enumeratywnie wykazywać do których czynności stawia swoje zarzuty i nie musiał dokładnie wskazywać wszystkich przepisów uzasadniających wniesienie protestu, a później odwołania. Przepis art. 180 ust. 8 Pzp stanowi, że protest tylko powinien zawierać wyliczone tam elementy, ale jest godne podkreślenia, że ustawodawca użył w tym przepisie wyrazu powinien, a nie użył innego wyrażenia wskazującego na konieczność zawarcia wszystkich elementów w proteście, a później w odwołaniu. Z rozpatrzenia całości każdego z wniesień (tak protestu jak i odwołania) wynika, że zamawiający zarzucał już w proteście, a następnie w odwołaniu, zaniechania dokonania lub niewłaściwe dokonanie przez zamawiającego czynności, których finalnym efektem było pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego, a jest to warunkiem wykazania interesu prawnego.

Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wobec tych stwierdzeń Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....