

**Sygn. akt: KIO 248/20**

**WYROK**  
**z dnia 24 lutego 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Anna Osiecka**  
**Anna Packa**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2020 r. przez wykonawcę PORR spółka akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze

przy udziale zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- wykonawcy Budimex spółka akcyjna w Warszawie,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Max Bögl Stiftung & Co.KG w Sengenthal, Niemcy

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysokiej

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje zamawiającemu – Skarbowi Państwa Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysokiej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę PORR spółka akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie na rzecz wykonawcy PORR spółka akcyjna w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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:**

.....

.....

.....

## Uzasadnienie

I. Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa dla zadania pn.: Dostosowanie DK 18 do parametrów autostrady na odcinkach „0” od km0+192,50 do km 1+500 oraz na odcinku „1” od 1+500 do km 11+860”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 września 2019 r., poz. 2019/S 171-416699. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019r., poz. 1843; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 7 lutego 2020 r. wykonawca PORR spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysokiej (dalej: Strabag) jako niezgodnej z punktem 5.5 lit. a) Instrukcji dla Wykonawców („IDW”) stanowiącej Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („SIWZ”), podczas gdy wykonawca ten jednoznacznie wskazał w punkcie 5 swojego formularza ofertowego, że zamierza powierzyć podwykonawcom m. in. wykonanie podbudów, które będą stanowiły element niezbędny przy wykonaniu nawierzchni trasy głównej, co zostało zastrzeżone przez Zamawiającego w SIWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę jako kluczowa część zamówienia a jednocześnie nie istnieje możliwość dokonania poprawy treści oferty Strabag na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych,

2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie Strabag do przedstawienia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w zakresie części prac powierzonej podwykonawcom, podczas gdy treść oferty Strabag była jednoznaczna i w sposób oczywisty pozostawała niezgodna z treścią SIWZ, a działanie mające na celu uzyskanie wyjaśnień od Strabag miało na celu nieuprawnioną ingerencję w treść oferty pierwotnie złożonej.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, oferta wykonawcy Strabag powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ, podczas gdy Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wystąpił do Strabag o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a po otrzymaniu wyjaśnień – uznał ofertę złożoną przez Strabag za najkorzystniejszą.

Wykonawca Strabag w punkcie 5 formularza ofertowego wskazał, że zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom wykonanie m.in. „podbudów”. Tymczasem Zamawiający w pkt 5.5 lit. a) IDW wskazał, że dopuszcza wykonanie przez podwykonawców jedynie części podbudów. Już na tej podstawie Zamawiający powinien odrzucić ofertę Strabag (tak większością głosów postulowała komisja przetargowa), tymczasem wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W wezwaniu, Zamawiający przywołał treść SIWZ (tj. pkt 5.5 lit. a) IDW) oraz pkt 5 formularza ofertowego Strabag i wprost wskazał (za pomocą podkreśleń), że oświadczenie Strabag zawarte w jego ofercie nie wskazuje jednoznacznie, czy zakres zamówienia, który Strabag zamierza powierzyć podwykonawcom, nie obejmuje również kluczowej części zamówienia zastrzeżonej do osobistego wykonania przez wykonawcę. W związku z powyższym, Zamawiający zwrócił się do Strabag o złożenie wyjaśnień i jednoznaczne określenie zakresu podwykonawstwa w kontekście zakresu zamówienia stanowiącego jego kluczową część do osobistego wykonania przez wykonawcę.

W odpowiedzi na powyższe, Strabag przedstawił w dniu 3 stycznia 2020 r. wyjaśnienia, w których wskazał, że jego oferta pozostaje zgodna z SIWZ. Powołał się w tym zakresie także na ogólne oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym o związaniu treścią SIWZ. W szczególności wskazał, że używając określenia „podbudowy” w odniesieniu do prac powierzonych podwykonawcom miał na myśli elementy dróg poza trasą główną, czyli części zamówienia do wykonania nieobjęte obowiązkiem osobistego wykonania zgodnie z SIWZ.

Po analizie złożonych przez Strabag wyjaśnień, komisja przetargowa Zamawiającego większością głosów uznała, że ofertę tego wykonawcy należy odrzucić jako niezgodną z SIWZ. W ocenie większości członków komisji, wyjaśnienia udzielone przez Strabag w dniu 3 stycznia 2020 r. uzupełniały treść pierwotnie złożonej oferty.

Bez względu na stanowisko komisji przetargowej, w dniu 28 stycznia 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Strabag jako najkorzystniejszej.

Odwołujący argumentował, że postanowienia SIWZ w zakresie części zamówienia przeznaczonych do osobistego wykonania przez wykonawcę były jasne, jednoznaczne i nie budziły jakichkolwiek wątpliwości. W SIWZ Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wykonawca osobiście wykonał nawierzchnię trasy głównej, łącznie z wytworzeniem (co najmniej 70 % ilości) i wbudowaniem konstrukcji nawierzchni, z wyłączeniem dostaw materiałów i usług. Nie powinno też budzić wątpliwości jakie elementy składają się na nawierzchnię trasy głównej. Zwracał uwagę, że Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowiący element dokumentacji Postępowania w punkcie 3.1.2 (Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i

Autostrad) wymagał od wykonawców, aby realizacja przyszłego zamówienia pozostawała zgodna z wymienionymi w tym punkcie zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Wśród przywołanych w punkcie 3.1.2 PFU zarządzeń znajdowało się także (pod numerem 32) Zarządzenie nr 30 z 16 czerwca 2014 r. w sprawie katalogu typowych konstrukcji nawierzchni sztywnych („Zarządzenie nr 30”) oraz (pod numerem 33) Zarządzenie nr 31 z 16 czerwca 2014 r. w sprawie katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych („Zarządzenie nr 31”). Pierwsze ze wskazanych powyżej zarządzeń (tj. Zarządzenie nr 30) wprost zawiera w punkcie 3.14 definicję konstrukcji nawierzchni oraz w punkcie 3.15 definicję grubości konstrukcji nawierzchni sztywnej. Dodatkowo w punkcie 4.5 tego zarządzenia znalazła się w formie tabeli informacja o tym, jakie elementy wchodzi w skład konstrukcji nawierzchni. Z przywołanych fragmentów Zarządzenia nr 30 jednoznacznie wynika, że podbudowy (zarówno zasadnicza jak i pomocnicza) wchodzi w zakres konstrukcji nawierzchni. Drugie ze wskazanych powyżej zarządzeń (tj. Zarządzenie nr 31), analogicznie jak poprzednie, zawiera definicje konstrukcji nawierzchni (punkt 3.12) oraz grubości konstrukcji nawierzchni (punkt 3.13). Podobnie też w punkcie 4.2 znalazła się w formie tabeli informacja o tym, jakie elementy wchodzi w skład konstrukcji nawierzchni. Z przywołanych fragmentów Zarządzenia nr 31 również wynika, że podbudowy (zarówno zasadnicza jak i pomocnicza) wchodzi w zakres konstrukcji nawierzchni. W świetle przywołanych fragmentów PFU jak i regulacji, do których PFU bezpośrednio się odnosi (tj. Zarządzenia nr 30 oraz Zarządzenia nr 31), nie może budzić wątpliwości, że w zakres nawierzchni wchodzi podbudowy. Zarówno fragment SIWZ dotyczący osobistego wykonania kluczowej części zamówienia (tj. nawierzchni) jak i przywołane powyżej zapisy PFU (z których jednoznacznie wynika, że podbudowy stanowią element nawierzchni) nie były przedmiotem wyjaśnień udzielanych na pytania wykonawców w trybie art. 38 Prawa zamówień publicznych, a zatem można domniemywać, że nie budziły one jakichkolwiek wątpliwości. Co więcej, zapisy te nie były kwestionowane w drodze odwołań kierowanych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej a zatem można zakładać, że wykonawcy (w tym Strabag) byli ich doskonale świadomi. Oprócz Strabag żaden z pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie miał trudności w zgodnym z SIWZ wskazaniu zakresu robót planowanych do powierzenia podwykonawcom. Wszyscy pozostali wykonawcy wypełnili formularz ofertowy (punkt 5) zgodnie z wytycznymi wynikającymi z SIWZ.

Skoro jednak Strabag oświadczył w swojej ofercie, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie podbudów (nie wskazując jednocześnie wprost, że chodzi mu w tym przypadku o podbudowy nie dla trasy głównej, tylko dla innych, nieobjętych obowiązkiem osobistego wykonania części zamówienia) to oświadczenie to stanowiło oczywistą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Niezgodność, o której mowa powyżej, była na tyle oczywista i jednoznaczna, że Zamawiający zobowiązany był ofertę Strabag odrzucić. Tymczasem, Zamawiający faktycznie

dokonał zmiany treści oferty Strabag (nie mając ku temu oczywiście żadnych podstaw) i na podstawie udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, zmodyfikował pierwotną treść oferty wykonawcy. Taka ingerencja Zamawiającego w treść oferty Strabag jest z oczywistych względów zbyt daleko posunięta i skutkowałą w praktyce tym, że to Zamawiający przygotował ofertę sam dla siebie (a mówiąc bardziej precyzyjnie: dostosował ją do swoich wymagań).

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wskazywał również, że w zaistniałym w sprawie stanie istnieje obowiązek odrzucenia oferty Strabag a w szczególności nie jest możliwe skorzystanie z mechanizmu prawnego zawartego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych Powyższe jest o tyle istotne, że zgodnie z literalną treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych odrzucenie oferty wykonawcy jest możliwe jedynie w przypadku wykluczenia możliwości zastosowania w stosunku do takiej oferty art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, które w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym czysto hipotetycznie (z czym Odwołujący się oczywiście nie zgadza) miałyby polegać na doprecyzowaniu oświadczenia Strabag zawartego w ofercie w taki sposób, aby uniknąć niezgodności tej oferty z SIWZ. Powyższe nie jest dopuszczalne na gruncie obowiązujących przepisów prawa.

Po pierwsze, art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych uprawnia zamawiającego do poprawienia w ofercie jedynie omyłek. Należy podkreślić, że za omyłkę nie można uznać zamierzonego działania wykonawcy. Jeżeli zatem wadliwość oferty jest rezultatem świadomego działania wykonawcy, nie można takiej niezgodności uznać za omyłkę. W rozumieniu pojęcia „omyłki” nie powinny mieścić się rozwiązania całkowicie odmienne od wymagań zaproponowanych przez zamawiającego stanowiące błąd wynikający z braku rzetelnego zapoznania się z dokumentacją przetargową przez wykonawcę. W tym sensie, należy przyjąć, że Strabag celowo zaoferował świadczenie, które nie było akceptowalne przez Zamawiającego. Gdyby było inaczej to wówczas (zakładając czysto hipotetycznie) w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wykonawca ten jednoznacznie by wskazał, że zakres prac planowanych do powierzenia podwykonawcom został wskazany omyłkowo. Tymczasem, Strabag w swoich wyjaśnieniach wprost potwierdził, że jego treść oferty od początku odpowiadało jego intencjom (inaczej tylko owa treść jest rozumiana przez Strabag) a zatem nie możemy mówić w tym przypadku o omyłkowym charakterze niezgodności. Gdyby jednak przyjąć inaczej i uznać, że Strabag omyłkowo wskazał podbudowy w treści swojego formularza ofertowego lub omyłkowo nie wskazał, że powyższe nie dotyczy drogi głównej (z czym Odwołujący się zupełnie nie zgadza) to wówczas doszlibyśmy do etapu, kiedy w zasadzie każda nieprawidłowość treści oferty z SIWZ mogłaby wynikać z omyłkowego przygotowania oferty przez wykonawcę i jako taka powinna podlegać poprawieniu.

Po drugie, nawet zakładając, że w niniejszej sprawie mamy rzeczywiście do czynienia z omyłką (z czym Odwołujący się nie zgadza) to jej poprawienie nie może prowadzić do

istotnych zmian w treści oferty Strabag. Biorąc pod uwagę, że zgodnie z całokształtem dokumentacji przetargowej, informacja o zakresie powierzonym podwykonawcom była wymagana treścią SIWZ a dodatkowo wprost zostało w niej określony dopuszczalny zakres takiego powierzenia, należy uznać, że informacja ta miała istotny charakter dla Zamawiającego.

Tym samym, na obecnym etapie nie istnieje możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w stosunku do treści oferty Strabag a zatem oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący stanowczo podkreślał, że niezgodność treści oferty Strabag była od samego początku niewątpliwa, a zatem i niezasadnym było wzywaniem tego wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Skorzystanie z trybu określonego w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień co do złożonej przez niego oferty, może mieć miejsce jedynie wówczas, kiedy treść oferty nie jest jednoznaczna. Taka sytuacja nie miała miejsca w Postępowaniu w odniesieniu do oferty Strabag. Nie zaistniała bowiem jakakolwiek wątpliwość u Zamawiającego odnośnie (i) treści oświadczenia złożonego przez Strabag, oraz (ii) treści wymagań Zamawiającego wyartykułowanych w sposób wyraźny i jednoznaczny w SIWZ. Oczywistym bowiem pozostawało, że te dwa oświadczenia pozostają ze sobą niezgodne.

Przyjęcie stanowiska Zamawiającego za zasadne prowadziłyby do kuriozalnych w ocenie Odwołującego wniosków, ponieważ dawałyby mu faktyczną możliwość określenia przedmiotu świadczenia Strabag w sposób całkowicie ignorujący informacje, które wykonawca ten wskazał w swojej ofercie. Jednoznaczna niezgodność treści oferty Strabag z treścią SIWZ, nie uprawniała zatem Zamawiającego do wezwania tego wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień w omawianym zakresie. Artykuł 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie może bowiem służyć do uzyskania zgodności treści oferty wykonawcy z SIWZ, poprzez de facto zaprzeczenie oświadczeniom wykonawcy zawartym w ofercie. Stanowiłoby to istotną zmianę treści złożonej oferty, niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż stanowiłoby to etap prowadzenia negocjacji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Poza tym, prowadziłyby to do sytuacji, w której oferta w żaden sposób nie uwzględniająca wymagań Zamawiającego, byłaby "na siłę wyprostowywana", po to, aby uzyskać jej zgodność z treścią SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosil o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazywał, że w pkt 5 formularza oferty, wykonawcy byli zobowiązani do określenia części zamówienia, jakie zamierzają powierzyć do wykonania

podwykonawcom („5. ZAMIERZAMY powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: ...), a jedyną wskazówką do wypełnienia tego punktu formularza oferty, jaką Zamawiający przekazał wykonawcom, było zalecenie ujęte w przypisie, aby oświadczenie było spójne z oświadczeniem złożonym w jednolitym dokumencie Część II Sekcja C i D. Wykonawcy mogli zatem w dowolny sposób wyrazić swoje zamierzenia co do podzlecenia robót: poprzez określenie procentowe poszczególnych robót, poprzez wskazanie określonych elementów konstrukcyjnych czy też konkretne czynności, związane z realizacją zamówienia.

Przedmiotowy punkt formularza oferty wykonawca Strabag wypełnił wskazując rodzajowo roboty, które zamierza podzlecić, i wymienił tamże m.in. „podbudowy”. Wymienione przez Strabag w pkt. 5 formularza oferty „podbudowy” Zamawiający odniósł do zakresu prac zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę. W tym celu sięgnął do ustanowionych przez Zamawiającego definicji: w pkt. 3.14 Zarządzenia nr 30 z 16 czerwca 2014 r. w sprawie katalogu typowych konstrukcji nawierzchni sztywnych, zawarto definicję konstrukcji nawierzchni i nawierzchni, jako „zespół odpowiednio dobranych warstw”, zaś w pkt. 3.15, definiującym grubość konstrukcji nawierzchni, zawarte jest stwierdzenie, iż w nawierzchnię wlicza się podbudowa zasadnicza i podbudowa pomocnicza. Zamawiający wskazywał, że taka konstatacja postawiła Zamawiającego przed koniecznością ustalenia planowanego przez Strabag do podzlecenia zakresu podbudów. Ocena zgodności oferty Strabag z SIWZ zależała bowiem od tego, jaki zakres podbudów Strabag zamierzał podzlecić, czy całość (na trasie głównej i pozostałych trasach - drogach dojazdowych i zbiorczych) czy też tylko określoną część (tylko na trasach dojazdowych i zbiorczych).

Ponieważ jednak poziom szczegółowości wypełnienia formularza ofertowego został pozostawiony wykonawcom, zdaniem Zamawiającego nie sposób było wywodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy z ogólnego wskazania w ofercie zakresu podwykonawstwa - wskazanie, że zamierza zrealizować „podbudowę”, bez określenia której trasy, nie może samo w sobie przesądzać o zamiarze powierzenia zamówienia w elemencie, jaki powinien wykonać osobiście.

Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do samodzielnego dookreślenia oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie, podczas, gdy oświadczenie to nie jest wystarczająco konkretne. Obowiązkiem Zamawiającego było więc zwrócenie się do wykonawcy Strabag w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych, aby ustalić pełną treść oświadczenia woli tego wykonawcy, skoro nie sposób było jednoznacznie wywnioskowanie jej z oferty. Tym bardziej niedopuszczalne było arbitralne przesądzenie, że wola Strabag w zakresie podzlecenia podbudów była niezgodna z zastrzeżoną kluczową częścią zamówienia. Taka wykładnia oświadczenia zawartego w ofercie wykonawcy Strabag klóciłaby się też z przepisami prawa regulującymi sposób wykładni oświadczenia woli. Zamawiający przywoływał treść art. 65 1 kc, oraz ogólne oświadczenia wykonawcy z



formularza ofertowego („1. SKŁADAMY OFERTEĘ na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania („SIWZ”). 2. OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się SIWZ oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. 3. OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SIWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SIWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.”).

Z tych ogólnych oświadczeń Zamawiający wywodził, że okoliczności towarzyszące złożeniu oświadczenia wskazywały raczej na wolę podporządkowania się postanowieniom SIWZ i zawartym w niej wymogom. Dla przeciwnego stwierdzenia należałoby dysponować wyraźnym oświadczeniem Strabag, z którego jednoznacznie wynikałoby, że zamierza podzleczyć wykonanie podbudów trasy głównej. Takiego oświadczenia w dokumentacji przetargowej brak.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący całkowicie pominął ten aspekt analizy oświadczenia Strabag z pkt. 5 formularza oferty. W swoim odwołaniu w jednym krótkim pkt. 3.14 Odwołujący arbitralnie przesądził jaką część podbudów Strabag zamierzał podzleczyć wskazując na „oczywistą niezgodność treści oferty z treścią SIWZ”, a przy tym tezy tej, mimo, że jest ona kluczowa dla spornej kwestii Odwołujący w ocenie Zamawiającego ani nie udowodnił, ani nie uprawdopodobnił żadnym logicznym wywodem.

Odwołujący całkowicie pominął fakt, że w sytuacji gdy zamawiający z całą pewnością nie może „odkodować” znaczenia oświadczenia wykonawcy w ofercie, powinien wyjaśnić treść oferty a nie odrzucić tą ofertę.

Skoro zatem - ze względu na opisany wyżej sposób określenia podwykonawstwa w ofercie Strabag - Zamawiający nie mógł z pewnością stwierdzić, czy planowana do podzlecenia część podbudów będzie dotyczyła trasy głównej, Zamawiający miał obowiązek wezwać Strabag do wyjaśnień, co też uczynił. W tym miejscu podkreślić należy, że procedura wyjaśnienia treści oferty, zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ma charakter dla zamawiającego obligatoryjny. Oznacza to, że w przypadku powzięcia wątpliwości co do treści oferty, koniecznym jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnień.

W konsekwencji nie sposób uznać, przy wskazanym poziomie szczegółowości, że Strabag referuje w pkt 5 formularza ofertowego w opisie zakresu prac, które zamierza powierzyć podwykonawcom, do nawierzchni trasy głównej. Z powyższego względu Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie i wskazanie, czy, którego rodzaju trasy dotyczą określone w formularzu ofertowym części zamówienia. Strabag potwierdził, że nie dotyczą trasy głównej, zastrzeżonej do osobistego wykonania w elemencie nawierzchni, co stanowiło dla Zamawiającego wystarczające potwierdzenie. Dodatkowo przyjmując, że

w formularzu ofertowym należało wskazać jedynie element zamówienia, jaki będzie powierzony podwykonawcom — a zatem w związku z treścią SIWZ dotyczący nawierzchni trasy głównej — nie ulega wątpliwości, że w tym zakresie nie należało doszukiwać się powiązania z trasą główną. Uzyskania takich wyjaśnień nie należy też interpretować jako zmianę treści oferty zakazaną dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro bowiem nieznana jest pełna treść oferty, to jej uszczegółowienie nie może stanowić jej zmiany.

Ponadto Zamawiający zauważał, że element podwykonawstwa, oprócz tego że stanowi element sposobu realizacji zamówienia, dodatkowo jest elementem możliwym do zmiany na etapie realizacji zamówienia w świetle postanowień wzoru umowy. W konsekwencji - ponieważ podwykonawstwo jest to element świadczenia wykonawcy o innych charakterze aniżeli oferta sensu stricto, należy mieć to na uwadze dokonując interpretacji treści formularza ofertowego. Dodatkowo, niezależnie od oświadczenia wykonawcy złożonego w ofercie, w dalszym ciągu może on na etapie realizacji wykonać samodzielnie całe świadczenie, jak również może zgłosić podwykonawców do niektórych ze wskazanych elementów zamówienia. Ważne jest, że zgodnie z obowiązującymi zasadami, wyrażonymi we wzorze umowy — Tom II, Zamawiający przewidział procedurę akceptacji zgłaszanych podwykonawców. Powoduje to, że nigdy nie dojdzie do sprzecznego z SIWZ świadczenia przez wykonawcę, ponieważ Zamawiający nie zaakceptuje zgłoszenia podwykonawcy w zakresie zastrzeżonych do osobistego wykonania kluczowych elementów zamówienia.

Podsumowując, w ocenie Zamawiającego odrzucenie oferty Strabag w przedmiotowej sprawie byłoby działaniem nieuzasadnionym i niezgodnym z przepisami.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysokiej, a po stronie Odwołującego - wykonawca Budimex spółka akcyjna w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Max Bögl Stiftung & Co.KG w Sengenthal, Niemcy.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (dalej: SIWZ; kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu – w aktach postępowania odwoławczego) wymagał, aby część robót stanowiących przedmiot zamówienia wykonawca wykonał osobiście (bez udziału podwykonawców). W pkt 5.5 lit. a) Instrukcji dla Wykonawców (stanowiącej część SIWZ; dalej: IDW), Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. nawierzchnię trasy głównej, łącznie z wytworzeniem (co najmniej 70 % ilości) i wbudowaniem konstrukcji nawierzchni, z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.
2. W pkt 5 formularza ofertowego wykonawca Strabag wskazał, że „zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: mosty, roboty ziemne, roboty rozbiórkowe, roboty wyburzeniowe, urządzenia brd, system zarządzania ruchem, elektroenergetyka, oświetlenie, teletechnika, kanalizacja deszczowa, kanalizacja sanitarna, sieć wodociągowa, ogrodzenia, ekrany akustyczne, melioracje, zieleń, wycinka i karczowanie, elementy ulic, roboty wykończeniowe, podbudowy, roboty przygotowawcze, przepusty”.
3. Zamawiający po zapoznaniu się z treścią oferty Strabag, skierował do niego w dn. 20 grudnia 2019 r. w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wezwanie do złożenia wyjaśnień – przywołał treść SIWZ (tj. pkt 5.5 lit. a) IDW) oraz pkt 5 formularza ofertowego Strabag oraz wskazał (za pomocą podkreśleń), że oświadczenie Strabag zawarte w jego ofercie nie wskazuje jednoznacznie czy zakres zamówienia, który Strabag zamierza powierzyć podwykonawcom nie obejmuje również kluczowej części zamówienia zastrzeżonej do osobistego wykonania przez wykonawcę.
4. Wykonawca Strabag przedstawił w dn. 3 stycznia 2020 r. wyjaśnienia, w których wskazał, że jego oferta jest zgodna z SIWZ, i przywołał ogólne oświadczenia z formularza ofertowego (pkt 2 formularza ofertowego – o zapoznaniu się z SIWZ oraz wyjaśnieniami i związaniu zasadami postępowania). Wyjaśnił, że używając określenia „podbudowy” w odniesieniu do prac powierzonych podwykonawcom miał na myśli elementy dróg poza trasą główną, czyli części zamówienia do wykonania nieobjęte obowiązkiem osobistego wykonania zgodnie z SIWZ.
5. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień uznał ofertę wykonawcy Strabag za najkorzystniejszą z czym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie.

W tak ustalonym stanie faktycznym, wobec zarzutów postawionych w odwołaniu, Izba musiała rozstrzygnąć, czy oferta wykonawcy Strabag odpowiadała treści SIWZ w zakresie oświadczenia o zamiarze powierzenia określonego zakresu prac podwykonawcom oraz czy

treść tego oświadczenia w pkt 5 formularza oferty była niejasna w sposób uprawniający Zamawiającego do skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień.

Na oba tak sformułowane pytania skład orzekający odpowiedział przecząco – w ocenie Izby oferta wykonawcy Strabag nie odpowiadała treści SIWZ (a więc podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych), jej treść była jasna i nie uprawniała Zamawiającego do powzięcia wątpliwości (zatem nie zaistniała podstawa do wezwania do złożenia wyjaśnień w zw. z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

Zasadniczo, nie było sporne, że podbudowy wchodziły zarówno w zakres zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę, jak i w zakres, który zgodnie z SIWZ może zostać powierzony do wykonania podwykonawcom. Oznacza to, że w zakresie, który należało opisać w pkt. 5 formularza ofertowego (prace do powierzenia podwykonawcom), wykonawca mógł wskazać część podbudów, co do których Zamawiający nie wymagał osobistego wykonania. Wykonawca Strabag nie wskazał jednak w pkt 5 formularza ofertowego, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie części podbudów – opisując zakres, wskazał „podbudowy” (w liczbie mnogiej) bez żadnych ograniczeń (z całego przedmiotu zamówienia wyłączył zakres, wymieniony w pkt 5 formularza ofertowego). Skoro podawał zakres robót do powierzenia podwykonawcom, i nie wskazał, że zamierza powierzyć im tylko część wykonania podbudów – to należało przyjąć, że zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom całość robót składających się na realizację podbudów. W ocenie składu orzekającego sposób określenia zakresu, jaki Strabag zamierza powierzyć podwykonawcom – czyli całość wykonania podbudów nie budził żadnych wątpliwości i nie mógł stanowić podstawy do wezwania wykonawcy Strabag przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji wezwanie takie było nieuprawnione, a wyjaśnienia przedstawione w odpowiedzi na wezwanie rzeczywiście doprowadziły do zmiany treści oferty Strabag przez wskazanie innego zakresu (węższego) podbudów, niż wynikający wprost z treści pkt 5 formularza ofertowego.

Izba również podzieliła argumentację Odwołującego, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym ziścił się obowiązek odrzucenia oferty Strabag bez możliwości skorzystania z art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych odrzucenie oferty wykonawcy jest możliwe jedynie w przypadku wykluczenia możliwości zastosowania w stosunku do takiej oferty art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nie może być wykorzystywany w taki sposób, którego efektem byłaby zmiana oświadczenia zawartego w ofercie o powierzeniu podwykonawcom wykonania całości wykonania podbudów na wykonanie w części. Byłaby to zmiana treści oferty, która nie jest dopuszczalna na gruncie obowiązującego prawa: Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych uprawnia Zamawiającego do poprawienia w ofercie jedynie omyłek, a w ocenie Izby brak określenia

w treści oferty, że wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie podbudów jedynie w części, nie może być uznany za oczywistą omyłkę, jeżeli Zamawiający zastrzegł, że część podbudów musi być przedmiotem osobistego świadczenia wykonawcy. Dlatego nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w stosunku do treści pkt 5 formularza ofertowego wykonawcy Strabag, a zatem oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji, oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy Strabag podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie oświadczenia o zamiarze powierzenia prac podwykonawcom. Skutkiem złożenia oświadczenia o zamiarze podzlecenia zastrzeżonego zakresu jest odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych) – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2019 r. sygn. akt KIO 282/19.

Dla powyższej oceny irrelevantna pozostaje niezgodność pomiędzy stanowiskiem komisji przetargowej, a stanowiskiem (kierownika) Zamawiającego – Izba oceniała jedynie treść oferty i wezwania do wyjaśnień oraz same wyjaśnienia przez pryzmat wymagań, opisanych w SIWZ. Bez znaczenia jest także, czy rzeczywiście w trakcie realizacji umowy okaże się, że podbudowy będą wchodziły w zakres wykonania nawierzchni (ponieważ zadanie jest wykonywane w systemie zaprojektuj i wybuduj, może, pod pewnymi warunkami, okazać się, że wykonanie podbudów nie będzie konieczne). Jednak w treści oferty (w pkt 5 formularza ofertowego wykonawcy Strabag) brak śladu jakiegokolwiek refleksji wykonawcy odnośnie zakresu wykonania podbudów. Gdyby wykonawca Strabag wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie podbudów „w części”, „w pewnym zakresie”, to Zamawiający miałby ewentualnie uprawnienie do powzięcia wątpliwości i wezwania do wyjaśnień. Jednak z pkt. 5 formularza ofertowego nie można wywieść w żaden sposób, że wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie podbudów w części, czy w pewnym określonym zakresie. Takiego wniosku nie można wywodzić z postanowienia SIWZ o bezwzględnym wymogu osobistego wykonania co najmniej części podbudów, ani z ogólnego oświadczenia wykonawcy Strabag o zapoznaniu się z treścią postanowień SIWZ. Gdyby zaakceptować takie rozumowanie, to w każdym wypadku należałoby uznać, że postanowienia SIWZ znoszą postanowienia treści oferty, jeżeli treść oferty im nie odpowiada. Taka interpretacja jednak nie jest stosowana – prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa

zamówień publicznych oraz naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....