

WYROK
z dnia 25 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Hydrobudowa 9 S.A., Wysogotowo k. Poznania ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo** od czynności Zamawiającego - **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Gnieźnie Spółka z o.o., ul. Żwirki i Wigury 28, 62-200 Gniezno,**

przy udziale wykonawcy - **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EKOWODROL Sp. z o.o., ul. Słowiańska 13, 75-846 Koszalin,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Gnieźnie Spółka z o.o., ul. Żwirki i Wigury 28, 62-200 Gniezno i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Hydrobudowa 9 S.A., Wysogotowo k. Poznania ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Gnieźnie Spółka z o.o., ul. Żwirki i Wigury 28, 62-200 Gniezno, na rzecz Hydrobudowa 9 S.A., Wysogotowo k. Poznania ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, stanowiącej uzasadnione koszty**

strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Gnieźnie Sp. z o.o. , ul. Żwirki i Wigury 28, 62-200 Gniezno, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej na Os. Pławnik i Przylesie w Gnieźnie. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 20 listopada 2010 roku nr 2010/S 226-345356.

W dniu 11 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione zostało odwołanie wykonawcy HYDROBUDOWA 9 S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, od czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz zaniechania podjęcia czynności w postaci:

1. oceny oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EKOWODROL Sp. z o.o., ul. Słowiańska 13, 75-846 Koszalin (dalej „EKOWODROL”),
2. zaniechania wykluczenia EKOWODROL z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego,
4. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EKOWODROL,
5. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, a także, działając z ostrożności:
6. zaniechania wezwania EKOWODROL do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że EKOWODROL spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące wymaganego potencjału osobowego,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania EKOWODROL pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie za wystarczające dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału osobowego przedstawienie dokumentów dotyczących podwykonawcy - Biura Inżynierskiego

Budzisz Sp. z o.o.,

4. § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) poprzez niepoświadczenie za zgodność dokumentów podwykonawcy przez tego podwykonawcę,
5. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie za prawidłowe wprowadzanie przez EKOWODROL zmian do oferty po jej złożeniu,
6. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż wprowadzone przez EKOWODROL do oferty zmiany stanowią omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
7. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKOWODROL mimo, że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
8. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EKOWODROL,
 2. wykluczenia EKOWODROL z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
 3. powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez EKOWODROL i odrzucenia jej jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego,
 4. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu,
- a także, działając z ostrożności:
5. wezwanie EKOWODROL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący, uzasadniając dochowanie terminu na wniesienie odwołania, wskazywał, iż o naruszeniu przez zamawiającego ww przepisów prawa dowiedział się z treści pisma zamawiającego zawierającego informację o dokonaniu oceny ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 marca 2011r. (informacja została wysłana faksem). Odwołujący wskazywał, iż jego interes prawny w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp przejawia się w tym, że wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, oferta odwołującego nie została wybrana do realizacji.

W zakresie zarzutu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący podnosił, iż oferta EKOWODROL oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu złożone przez tego wykonawcę zawierają szereg istotnych uchybień, które winny, na mocy art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, skutkować odrzuceniem oferty EKOWODROL. Odwołujący wskazywał, iż pismem z dnia 7 lutego 2011r. EKOWODROL został wezwany do wyjaśnienia i uzupełnienia treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. do wyjaśnienia dlaczego w przedstawionym odpisie z KRS brak jest wzmianki o przedmiocie działalności w zakresie projektowania. Wskutek powyższego wezwania, pismem z dnia 10 lutego 2011r., EKOWODROL oświadczył, iż w aktualnym odpisie KRS nie znajduje się pozycja PKD dotycząca projektowania, albowiem, zgodnie z przedłożoną ofertą, prace projektowe stanowiące część zamówienia realizowała będzie osoba wskazana w załączniku nr 5 do oferty - Pani Aleksandra W., zatrudniona przez firmę Biuro Inżynierskie Budzisz Sp. z o.o. Jednocześnie w piśmie wykonawca EKOWODROL wskazał, iż w pkt 9 formularza ofertowego wystąpił błąd polegający na niewypisaniu dokumentacji projektowej jako części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcom oraz załączył dokumenty owego podwykonawcy, tj. dokumenty dotyczące Biura Inżynierskiego Budzisz Sp. z o.o. Wśród dokumentów dotyczących Biura Inżynierskiego Budzisz Sp. z o.o. znajdowało się między innymi zobowiązanie do udostępnienia Pani Aleksandry Wojciechowskiej datowane na dzień 8 lutego 2011r. oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, również datowane na dzień 8 lutego 2011r. Wszystkie dokumenty podwykonawcy zostały poświadczane za zgodność przez Pana Pawła K. - pełnomocnika EKOWODROL. Tymczasem zgodnie z art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Mając zatem na uwadze, iż termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 30 grudnia 2010r., wykonawca winien wykazać dysponowanie określoną kadrą najpóźniej w tym właśnie dniu. Złożenie dokumentów podwykonawcy, z których wynika, iż udostępnienie kadry nastąpiło dopiero w dniu 8 lutego 2011r. (oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z tą właśnie datą) przesądza, iż w dniu składania ofert EKOWODROL nie posiadał wymaganej kadry, albowiem nie nastąpiło jeszcze udostępnienie Pani Aleksandry Wojciechowskiej. Jednocześnie zgodnie z dyspozycją § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w przypadku podmiotów z którego potencjału wykonawca korzysta, kopie dokumentów dotyczących tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez te podmioty. Tymczasem wszystkie przedłożone wraz z wyjaśnieniami dokumenty zostały potwierdzone za zgodność przez EKOWODROL. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, by dokumenty dotyczące podwykonawcy - Biura Inżynierskiego Budzisz Sp. z o.o. złożone w

postępowaniu były wystarczające do wykazania należytego dysponowania potencjałem osobowym przez EKOWODROL.

W odniesieniu do zarzutu niedopuszczalnej zmiany oferty EKOWODROL odwołujący wskazywał, iż dokonane w piśmie z dnia 10 lutego 2011r. przez EKOWODROL uzupełnienie oferty (poprzez poszerzenie zakresu podwykonawstwa w pkt 9 formularza oferty) nastąpiło z rażącym naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Podnieść bowiem należy, iż jednolita interpretacja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z której wynika bezwzględny zakaz dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, została potwierdzona w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej: *„Przepis art. 87 ust. 1 p.z.p. pozwala Zamawiającemu, w toku badania i oceny ofert, zwracać się do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyjaśnienie ich treści. Niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Po pierwsze należy zauważyć, że jest to uprawnienie przysługujące Zamawiającemu, który powziął wątpliwości co do treści złożonej oferty i bez udziału wykonawcy, który daną ofertę złożył, wątpliwości te nie mogą być wyjaśnione. Przepis ten nie może być wykorzystywany do uzupełniania braków w ofercie lub zmiany jej treści.”* (wyrok z dnia 21 września 2010r., KIO/UZP 1916/10, LEX nr 686965) oraz: *„Ewentualna zmiana w zakresie terminów realizacji poszczególnych, wymaganych analiz, a także złożenie brakujących oświadczeń dotyczących realizacji części przedmiotu zamówienia stanowi istotną zmianę treści oferty.”* (wyrok z dnia 7 czerwca 2010r. KIO/UZP 949/10). Powyższe stanowisko jest także ugruntowanym poglądem doktryny: *„Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert. Wskazywany już w komentarzu funkcjonalny sposób rozumienia przez prawo zamówień publicznych pojęcia „oferta” każe przyjąć, że wyjaśnienia, o których mowa, mogą dotyczyć nie tylko oświadczenia woli wykonawcy, ale również załączników, które powinny być traktowane jako integralna część oferty. Podobnie jak w stosunku do samego oświadczenia woli, wyjaśnienia nie mogą jednak zmieniać treści dokumentu.”* (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX 2007 Komentarz do art. 87 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III., Stan prawny: 2007.10.12). Krajowa Izba Odwoławcza wprost uznała za niedopuszczalne uzupełnienie dokumentu poprzez wskazanie nowego podwykonawcy (którego w pierwotnie złożonej ofercie nie wskazano): *„Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. dopuszcza uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, ale wyłącznie w zakresie określonym w art. 25 ust. 1 p.z.p. Wprowadzenie nowego podwykonawcy, nie wskazanego wcześniej w treści oferty stanowi niedopuszczalne*

uzupełnienie treści oferty i zmianę określonego w ofercie sposobu spełnienia świadczenia." (wyrok z dnia 14 lipca 2010r., sygn. akt KIO/UZP 1333/10). Jednocześnie odwołujący podnosił, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, by niewskazanie w ofercie określonego podmiotu jako podwykonawcy mogło zostać potraktowane jako omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (jak przyjął to zamawiający w piśmie z dnia 18 lutego 2011r.). Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: „Art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p wskazuje, że zamawiający musi poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zatem, aby zamawiający mógł dokonać takiej korekty, konieczne jest jednoczesne wystąpienie trzech elementów:

- *omyłki w ofercie,*
- *powodującej niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,*
- *oraz brak istotnych zmian w treści oferty.*”

Po pierwsze, zdaniem odwołującego, nieprawidłowe uzupełnienie formularza ofertowego nie można traktować w kategorii omyłki, a zatem takiego błędu w treści oferty, którą zamawiający może zidentyfikować jako nieprawidłowość powodującą niezgodność tej oferty z SIWZ. Omyłka o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi bowiem polegać na niezgodności oferty z SIWZ, co w niniejszym przypadku nie ma miejsca. Oferta nie wskazująca jakiegokolwiek podwykonawcy nie stanowiła przecież oferty niezgodnej z treścią SIWZ, albowiem zamawiający nie postawił w SIWZ wymogu (bo nie mógł takiego wymogu postawić), by prace projektowe obligatoryjnie powierzyć podwykonawcom. EKOWODROL nie poprawił zatem treści formularza celem usunięcia sprzeczności oferty z wymogami zawartymi w SIWZ, a jedynie uzupełnił jej treść w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, wprowadzenie nowego podwykonawcy stanowi istotną zmianę treści oferty, o czym wprost mówi cyt. wyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010r. (sygn. akt KIO/UZP 1333/10).

Na marginesie, z ostrożności, odwołujący wskazywał, iż wykonawca nie dołączył do oferty załącznika nr 7 - wykazu robót, które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, który obligatoryjnie należało dołączyć do oferty, zgodnie z treścią pkt. 14.3.1.C) Instrukcji dla Wykonawców („IDW”): „*Kompletna oferta musi zawierać: c) Wykaz robót jakie Wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do niniejszej IDW SIWZ*”. Nawet gdyby uznać zatem, że niewprowadzenie podwykonawcy do formularza ofertowego stanowiło omyłkę w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, to zamawiający i tak winien wezwać EKOWODROL do uzupełnienia brakującego dokumentu w postaci załącznika nr 7 do SIWZ.

W tym stanie rzeczy, zdaniem odwołującego, wykluczenie EKOWODROL z postępowania i odrzucenie oferty tego wykonawcy jest konieczne i uzasadnione.

W dniu 11 marca 2011r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp oraz przekazał kopię odwołania.

W dniu 14 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy EKOWODROL, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, iż posiada interes prawny w przystąpieniu, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania nie dojdzie do podpisania z nim umowy na roboty budowlane oraz jego oferta utraci status najkorzystniejszej.

Na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania w całości. Odnosząc się do postawionych zarzutów, wskazywał, iż nie ograniczył możliwości powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom. Tym samym korzystanie lub też niekorzystanie przez wykonawców z możliwości powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom nie miało w niniejszym postępowaniu istotnego znaczenia. Pismem z dnia 7 lutego 2011 r. zwrócił się do EKOWODROL o wyjaśnienie, dlaczego w przedstawionej ofercie brak jest informacji o przedmiocie działalności spółki w zakresie projektowania, a także brak jest udokumentowania doświadczenia zawodowego osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. EKOWODROL w piśmie z dnia 10 lutego 2011 r. wyjaśnił, że prace projektowe stanowiące część zamówienia będzie realizowała osoba wskazana w załączniku nr 5 do oferty (str. 14) Pani Aleksandra W., która posiada wymagane prawem w tej części uprawnienia, zatrudniona przez Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o. Fakt, że prace projektowe wykona osoba posiadająca wymagane uprawnienia nie budził zatem wątpliwości. Osoba ta została także wskazana przez wykonawcę do upływu terminu składania ofert. Wskazuje to ponadto na fakt dysponowania w/w osobą wcześniej niż upływał termin składania ofert. Z cytowanego pisma wynika jednoznacznie, że dokumentacja projektowa zostanie powierzona podwykonawcom. W IDW SIWZ w rozdziale 9 „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy” nie jest wymieniony wykaz usług projektowych, a jedynie wykaz wykonanych robót budowlanych. Do usług projektowych nie odnosi się zatem rozdział 10¹ IDW SIWZ. Inne podmioty wykorzystywane w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp to nie podwykonawcy. W tym przypadku zamawiający nie ma obowiązku, jak i podstawy prawnej do żądania oświadczeń i dokumentów od podwykonawcy mającego wykonać usługę projektową. Jeżeli zaś wykonawca przedstawia niewymagane dokumenty, jak np. zobowiązanie do współpracy czy też oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia

podwykonawcy, to nie są one analizowane, gdyż zamawiający ich nie żądał. Nie można też na tej podstawie wyciągać negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy. Rozporządzenie w sprawie dokumentów w § 2 ust. 1 pkt 2 wymienia aktualny odpis z właściwego rejestru, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem zamawiający w przypadku odpisu z rejestru jedynie sprawdza czy w stosunku do wykonawcy nie otwarto likwidacji lub nie ogłoszono upadłości, a nie czy w zakresie jego działalności znajdują się usługi projektowe. Zgodnie z ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.) wykonywanie usług projektowych nie podlega reglamentacji i może być wykonywane w ramach swobody działalności gospodarczej. Jak wyjaśnił wykonawca, omyłkowo pominął on też udokumentowanie doświadczenia zawodowego kluczowej kadry w związku z czym przedłożył wykaz osób uzupełniony o doświadczenie zawodowe. Pismem z dnia 18 lutego 2011 r. wykonawca wyraził zgodę na poprawienie przez zamawiającego omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Drobne uchybienia i omyłki w ofertach nie są w obecnym stanie prawnym podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. Jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu była najniższa cena, a kierowany troską o oszczędne wydatkowanie środków publicznych zamawiający wybrał ofertę o najniższej cenie. W tym stanie rzeczy wnosił o odrzucenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, z uwzględnieniem oświadczeń stron i przystępującego zawartych w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz dokumentów przedłożonych na rozprawie, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

Z rozdziału 3 IDW SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” wynika, iż przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej o łącznej długości 5616 m wraz z budową przykanalików o łącznej długości 2315,5 m oraz przekazanie zrealizowanych budowli i sieci do użytkowania.

Zamawiający w IDW SIWZ rozdział 8 „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu” w pkt 1 b.2) przewidywał:

„Wykonawca musi wykazać się, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym zatrudnia osoby posiadające uprawnienia do kierowania robotami specjalnościach niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia określonych przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 i Nr 170, poz. 1217 oraz z 2007 r. Nr 88, poz. 587, z późn. zm.). Osoby te muszą

posiadać doświadczenie zawodowe w tym:

(...)

b.2.5 Projektant Robót sanitarnych (co najmniej 1 osoba) musi posiadać następujące kwalifikacje:

winna znać język polski, ponadto winna posiadać uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych potwierdzone stosownymi decyzjami, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, późniejszymi zmianami) lub odpowiadające im uprawnienia uzyskane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a które uprawniają do pełnienia funkcji projektanta Robót Sanitarnych w zakresie projektowania sieci wodociągowych i kanalizacyjnych oraz co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku projektanta z zakresu projektowania sieci i urządzeń kanalizacyjnych lub wodociągowych.

W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku (b.2) Wykonawcy są zobowiązani przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacjami o podstawie dysponowania tymi osobami wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej IDW SIWZ wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (...)."

W rozdziale 10¹ IDW SIWZ „Wykorzystanie innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu” zamawiający wskazał, że:

„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków (art. 26 ust. 2b upzp). Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”

Zamawiający wskazał także, odwołując się do treści rozporządzenia w sprawie dokumentów, iż w takiej sytuacji, gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, może żądać od wykonawcy dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia

w sprawie dokumentów. Na ww podstawie zamawiający żądał od wykonawcy, aby wraz z ofertą złożył następujące dokumenty podmiotu trzeciego: 1) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, 2) aktualny odpis z właściwego rejestru, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, 3) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z zapłatą podatków, 4) aktualne zaświadczenie właściwego ZUS lub KRUS o niezaleganiu z zapłatą składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, 5) aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 9.

IDW SIWZ w rozdziale 36 „Podwykonawstwo” przewidywała:

- „1. *Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Wskazanie niniejszego nastąpi w załączniku nr 7 do niniejszej IDW SIWZ.*
2. *Nie wskazanie w ofercie części zamówienia powierzonej podwykonawcom oznacza, że Wykonawca wykona przedmiot zamówienia w całości siłami własnymi.*
3. *Zamawiający dokona płatności na rzecz wykonawcy, gdy wykonawca udokumentuje dokonanie płatności na rzecz swoich podwykonawców”*

Wzór formularza oferty stanowiący załącznik nr 1 do IDW SIWZ w pkt 9 zawierał oświadczenie „*nie zamierzam(y) powierzać do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia/następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom*” (wykonawca miał wykreślić niepotrzebne) oraz tabelę, gdzie należało wskazać nazwy części zamówienia powierzanych podwykonawcom.

Załącznik nr 4 – wzór wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia wskazywał, na konieczność określenia wobec osób personelu kierowniczego, które będą wykonywać zamówienie: imienia i nazwiska, stanowiska, kwalifikacji oraz doświadczenia zawodowego.

Załącznik nr 7 – wzór wykazu robót, które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom przewidywał konieczność wypełnienia tabeli określającej zakres robót, wartość robót w PLN i ich udział % w odniesieniu do całości zamówienia, jeżeli wykonawca zamierzał powierzyć część robót podwykonawcom.

EKOWODROL złożył ofertę, w której w formularzu ofertowym w pkt 9 oświadczył, iż nie zamierza powierzać do podwykonania żadnej części zamówienia. W tabeli dotyczącej nazwy części zamówienia powierzanych podwykonawcom wpisał „nie dotyczy”. Do oferty został załączony załącznik wg wzoru w załączniku nr 7 do IDW SIWZ - wykaz robót, które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom z adnotacją „nie dotyczy”. W wykazie

osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia została wskazana jako projektant robót sanitarnych Pani Aleksandra W., co do której podano, iż posiada ona znajomość języka polskiego, uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych oraz 24-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta robót sanitarnych. Załączone zostało także oświadczenie, iż osoby wskazane w wykazie jako te, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

Zamawiający pismem z dnia 7 lutego 2011 r. wezwał wykonawcę EKOWODROL do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp m.in. dlaczego w przedstawionym odpisie z KRS brak jest informacji o przedmiocie działalności wykonawcy w zakresie projektowania (zgodnym z przedmiotem zamówienia) oraz (w oparciu o wymagania zawarte w SIWZ IDW rozdział 9 pkt 1.k) dlaczego w przedstawionej ofercie w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, brak jest udokumentowania doświadczenia zawodowego tych osób (z wyjątkiem przedstawiciela wykonawcy). Zamawiający wyznaczył termin na przedstawienie wyjaśnień do dnia 10 lutego 2011 r. Wykonawca EKOWODROL pismem z 10 lutego 2011 r. wyjaśnił, że w aktualnym odpisie z KRS nie znajduje się pozycja PKD dotycząca projektowania, albowiem zgodnie z przedłożoną przez wykonawcę ofertą parce projektowe stanowiące część zamówienia będzie realizowała osoba wskazana w załączniku nr 5 do oferty (str. 14) Pani Aleksandra W., która posiada wymagane prawem w tej części uprawnienia, zatrudniona przez spółkę Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o. Wykonawca wskazał, że na skutek zapytania zamawiającego dostrzegł w złożonej ofercie błąd w zakresie niewskazania w formularzu ofertowym w pkt 9 (str. 2) osoby, przy pomocy której będzie realizował część przedmiotu zamówienia. Wskazał, że pkt 9 winien brzmieć *„następujące części niniejszego zamówienia zamierzam (y) powierzyć podwykonawcom: dokumentacja projektowa”*. Załączył także komplet dokumentów dotyczących podwykonawcy określonych w rozdziale 10¹ IDW SIWZ, tj. zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia zasobów z dnia 8 lutego 2011 r. podpisane w imieniu Biura Inżynierskiego Budzisz sp. z o.o., oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z dnia 8 lutego 2011 r., aktualny odpis z KRS, zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z zapłatą podatków, zaświadczenie właściwego ZUS o niezaleganiu z zapłatą składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 9. Wykonawca EKOWODROL wyjaśnił ponadto, iż omyłkowo pominął udokumentowanie doświadczenia zawodowego kluczowej kadry kierowniczej w ofercie, w związku z czym w załączeniu przedłożył wykaz osób uzupełniony o doświadczenie zawodowe.

Zamawiający pismem z dnia 18 lutego 2011 r. poinformował o poprawieniu omyłki w

zakresie pkt 9 formularza ofertowego dotyczącego podwykonawstwa w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na co wykonawca wyraził zgodę w piśmie z tej samej daty.

Zamawiający pismem z dnia 1 marca 2011r. poinformował o wyborze oferty EKOWODROL jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania. Wniosek zamawiającego w tym zakresie jest w rzeczywistości wnioskiem o oddalenie odwołania z przyczyn merytorycznych. Izba uznała, iż odwołujący spełnił przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujące prawo do wniesienia odwołania. Jego oferta została sklasyfikowana na pozycji drugiej i potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu możliwość uzyskania zamówienia, której wskutek kwestionowanych czynności i zaniechań zamawiającego został pozbawiony. Izba dopuściła jako przystępującego wykonawcę EKOWODROL, oddalając wniosek przeciwny odwołującego, który ponosił, iż EKOWODROL nie wykazał przekazania kopii przystąpienia odwołującemu w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania. Izba uznała iż literalna interpretacja art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, iż 3-dniowy termin wyznaczony tym przepisem dotyczy zgłoszenia przystąpienia, które realizuje się poprzez doręczenie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenia przystąpienia w wymaganej ustawą Pzp formie. Brak jest natomiast wyraźnej regulacji (np. stanowiącej odpowiednik art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w przypadku odwołania), która nakazywałaby odnoszenie 3-dniowego terminu również do przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia. Niewątpliwie przesłanie kopii przystąpienia nastąpiło, ponieważ ich otrzymanie potwierdził zarówno zamawiający, jak i odwołujący.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Izba podziela pogląd, iż na mocy powyższego uregulowania zamawiający może w toku badania oceny ofert zwracać się do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyjaśnienie ich treści, którą postrzega jako niejasną czy budzącą wątpliwości. Jest to zatem uprawnienie przysługujące zamawiającemu, który powziął wątpliwość co do treści złożonej oferty i bez udziału wykonawcy, który daną ofertę złożył, wątpliwość ta nie może zostać wyjaśniona. W orzecznictwie wskazuje się, iż, biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy odczytywać nie

tylko jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, co raczej kompetencję, tj. prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. Tym samym możliwość, o której mówi art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 992/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1519/09, KIO/UZP 1520/09). Przepis ten w zdaniu drugim wyraźnie przewiduje natomiast, iż w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego przepisu, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. Oznacza to zatem, iż wyjaśnienia co do zasady nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni. Korekta treści oferty możliwa jest tylko w oparciu o art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp. Zakazu negocjacji nie należy jednak utożsamiać z niedopuszczalnością posłużenia się wyjaśnieniami dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jako źródłem wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający ma obowiązek dokonania poprawek w ofercie, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a realizacja tego obowiązku może być poprzedzona wyjaśnieniami, o ile nie są uzupełnieniem czy zmianą treści oferty (tak *Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Komentarz do art. 87 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV*). Tryb przewidziany w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może być tym samym w indywidualnych przypadkach wykorzystywany przy ustaleniu, czy zaistniała przesłanka z art. 87 ust. 2, w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak było to już wskazane, jego wykorzystanie może dotyczyć wyłącznie uzyskania od wykonawcy wykładni złożonego przez niego oświadczenia woli. Uzgadnianie treści oferty w oparciu o ten przepis objęte jest zakazem ustawowym (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1324/09).

Uwzględniając powyższe należy zatem ocenić, czy wykonawca EKOWODROL w wyjaśnieniach złożonych pismem z dnia 10 lutego 2011 r. dokonał zmiany pierwotnej treści swojej oferty oraz czy w świetle przepisów ustawy Pzp zmiana ta, o ile została dokonana, mogła być uznana za zgodną z przepisami ustawy Pzp. W ocenie Izby bez wątplenia pierwotna treść oferty jednoznacznie wskazywała na zamiar samodzielnego wykonania zamówienia (bez udziału podwykonawców), jak również na okoliczność, iż wykonawca samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca w formularzu ofertowym w pkt 9 wyraźnie oświadczył brak zamiaru powierzenia wykonania jakiegokolwiek części

zamówienia podwykonawcom, jak również załączył wykaz dotyczący zakresu podwykonawstwa zgodny z załącznikiem 7 do IDW SIWZ z adnotacją „nie dotyczy”. Wskazanie Pani Aleksandry Wojciechowskiej zatrudnianej przez inny podmiot, który zgodnie z oświadczeniem, pozostaje w stałej współpracy z EKOWODROL, nie wpływa na tę ocenę i nie potwierdza, iż już w dacie oferty była ona udostępnionym w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zasobem kadrowym, ponieważ, jak sam stwierdził wykonawca EKOWODROL, osoba ta, pomimo faktu zatrudnienia w spółce Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o., ma możliwość zawierania samodzielnie umów na wykonanie prac projektowych. Mogła być zatem wykazywana jako zasób kadrowy znajdujący się w bezpośredniej dyspozycji wykonawcy składającego ofertę. Należy stwierdzić, iż zamawiający był niekonsekwentny w sposobie sformułowania załącznika nr 4 do IDW SIWZ, ponieważ w rozdziale 8 pkt 1b.2.5 IDW SIWZ wskazywał na konieczność określenia sposobu dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym, jednak we wzorcowym załączniku nr 4 nie zawarł wymogu podania takiej informacji. Wykonawcy nie wskazywali zatem podstaw dysponowania osobami, które wymienili jako te, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. W ocenie Izby przekaz w tym zakresie sformułowany w ofercie był jednak jednoznaczny, podobnie jak jednoznaczny jest przekaz zawarty w piśmie EKOWODROL z dnia 10 lutego 2011 r. W piśmie tym wykonawca EKOWODROL jasno wskazał, iż dostrzegł błąd w swojej ofercie w pkt 9 formularza ofertowego dotyczącym podwykonawstwa, podnosząc, iż powinien on wskazywać na podwykonawstwo w zakresie wykonania dokumentacji projektowej. Do powyższego oświadczenia załączył dokumenty potwierdzające udostępnienie zasobu kadrowego niezbędnego do wykonania zamówienia w tym zakresie przez Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o. Zdaniem Izby w takim przypadku nie można mówić o doprecyzowaniu treści oferty. Wykonawca *de facto* bowiem odwołał swoje pierwotne oświadczenie dotyczące samodzielnego wykonania zamówienia i zastąpił je oświadczeniem o wykonaniu zamówienia z udziałem podwykonawcy. Wykonawca EKOWODROL wskazywał, iż powodem, dla którego złożył oświadczenie o powyższej treści, była interpretacja zapytania sformułowanego przez zamawiającego dotyczącego braku określenia w przedmiocie działalności spółki projektowania. Wykonawca EKOWODROL powyższe zapytanie zinterpretował w ten sposób, iż wykonawca, który w zakresie przedmiotu działalności spółki nie posiada projektowania (które było objęte przedmiotem zamówienia) nie jest uprawniony do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Należy jednak stwierdzić, iż powyższe stanowi wyłącznie wykładnię dokonaną przez wykonawcę. W treści zapytania zamawiający nie zawarł takiego stwierdzenia, jak również nie powołał się na konieczność dysponowania w tym zakresie podwykonawcą oraz nie wzywał, w związku z tym zapytaniem, do przedkładania jakiegokolwiek dokumentu czy oświadczenia. Izba przyznaje, iż treść zapytania mogła wzbudzić niepokój wykonawcy co do toku rozumowania zamawiającego w tej mierze, jednak

w żaden sposób nie sugerowała sposobu działania wykonawcy. Wykonawca mógł zatem, uznając, iż zapytanie dotyczy kwestii nieistotnej z punktu widzenia prawidłowości jego oferty oraz jego statusu jako wykonawcy zdolnego do złożenia oferty w postępowaniu, udzielić stosownej odpowiedzi zamawiającemu. Mógł również zaniechać odpowiedzi w tym zakresie w ogóle, ponieważ nieudzielenie odpowiedzi na zapytanie złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest obwarowane negatywnymi skutkami dla wykonawcy, z tym zastrzeżeniem iż bez wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny oferty w takim kształcie, w jakim została złożona i zgodnie z rozumieniem jej treści przyjętym przez zamawiającego i jego poglądem prawnym. Podnoszona przez zamawiającego okoliczność, iż zapytanie powyższe było nieprawidłowe, pozostaje bez wpływu na ocenę skutków czynności przedsięwziętych przez wykonawcę w związku z jego skierowaniem przez zamawiającego. Wykonawca miał bowiem pełną swobodę co do oceny, jakie czynności będą w tym zakresie właściwe, a w razie błędnej, jego zdaniem, czynności zamawiającego (np. odrzucenia oferty czy wykluczenia z postępowania) dysponował możliwością ich zakwestionowania w trybie przewidzianym ustawą Pzp. Należy podkreślić, iż wykonawca jako profesjonalny przedsiębiorca winien zdawać sobie sprawę, iż jako uczestnika sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiązą go określone regulacje ustawowe. Z regulacji tych wynika, iż składane przez wykonawcę oświadczenia podlegają ocenie z punktu widzenia zgodności z ustawą Pzp i wykonawca winien brać pod uwagę konsekwencje prawne ich złożenia. Korekta oferty wykraczająca poza wykładnię jej treści po upływie terminu składania ofert w toku ich badania i oceny jest dopuszczalna tylko w granicach wynikających z właściwych przepisów. Ponadto należy zauważyć, iż wykonawca nie podjął próby uchylecia się od skutków złożonego oświadczenia woli, co obligowałoby do oceny, czy taka czynność jest dopuszczalna i czy mogłaby być uznana za skuteczną. Na rozprawie wskazywał tylko, iż na etapie złożenia oferty sposób dysponowania Panią Aleksandrą Wojciechowską nie był do końca dookreślony. Mogła to być zarówno umowa bezpośrednio z projektantem, jak i powierzenie realizacji zamówienia w tej części spółce Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o. Wykonawcę EKOWODROL oraz Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o. łączy bowiem umowa o współpracy z 2007 r., w ramach której podmiot ten wykonuje prace projektowe na rzecz wykonawcy EKOWODROL. Co więcej na potwierdzenie udostępnienia zasobów przez Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przedłożył oświadczenie tego podmiotu, potwierdzające istnienie od 2007 r. umowy o współpracy oraz fakt, że wykonawca EKOWODROL zwrócił się o wycenę prac projektowych w ramach niniejszego postępowania oraz zobowiązał się do zlecenia prac projektowych spółce Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o. Wprawdzie oświadczenie to nie odwołuje się bezpośrednio do pojęcia podwykonawstwa, jednak interpretowane z

uwzględnieniem pozostałych okoliczności i przedłożonych dokumentów pozwala na wniosek, iż wykonawca podtrzymuje oświadczenie dotyczące powierzenia wykonania części zamówienia innemu podmiotowi na zasadzie podwykonawstwa. Nie pojawiła się bowiem argumentacja przecząca temu wnioskowi, np. iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów z dnia 8 lutego 2011 r. oraz ww oświadczenie stanowią jedynie pewną formułę zgody pracodawcy na skorzystanie z jego zasobów kadrowych na czas realizacji zamówienia, natomiast relacja prawna wiązać będzie bezpośrednio projektanta jako osobę fizyczną i wykonawcę EKOWODROL. Ze stanowiska wykonawcy EKOWODROL wynika, iż więź prawna dotyczyć ma wykonawcy EKOWODROL i spółki Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o., z której strony wykonawcą projektu będzie Pani Aleksandra W. Nie sposób zgodzić się także z argumentacją zamawiającego, iż w świetle postanowień SIWZ zlecenie usług projektowych nie powinno być kwalifikowane jako podwykonawstwo, co do którego należało złożyć stosowne oświadczenie w pkt 9 formularza ofertowego oraz załączyć wykaz zgodnie z załącznikiem nr 7 do IDW SIWZ. Zamawiający argumentował, iż powyższe dotyczyło tylko robót budowlanych. W ocenie Izby takie stanowisko nie ma oparcia w postanowieniach SIWZ. Zamawiający, realizując obowiązek wynikający z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, wyraźnie zobligował wykonawców do wskazania części zamówienia, które zamierzają powierzyć podwykonawcom i uczynił to w rozdziale 36 IDW SIWZ, formularzu ofertowym oraz załączniku nr 7 (rozdział 36 IDW SIWZ do załącznika nr 7 odsyła). Przepis art. 36 ust. 4 ustawy Pzp posługuje się wprawdzie określeniem „powierzy”, a nie „zamierza powierzyć”, co nie zmienia jednak obowiązku podania informacji dotyczących podwykonawstwa. Niewątpliwie częścią przedmiotu zamówienia jest wykonanie prac projektowych w zakresie instalacji sanitarnej, co jednoznacznie wynika z samego opisu przedmiotu zamówienia, wykazu cen stanowiącego załącznik nr 11 do IDW SIWZ oraz treści wzoru kontraktu. W § 3 Kontraktu „Przedmiot Kontraktu na Roboty Budowlane” określono, iż: *„Zamawiający powierza, a Wykonawca zobowiązuje się zaprojektować, wykonać i wykończyć Roboty Budowlane oraz usunąć w nich wszelkie wady w pełnej zgodności z postanowieniami Kontraktu”*. Ponadto zamawiający nie posłużył się pojęciem robót budowlanych, lecz „części zamówienia” (formularz ofertowy oraz rozdział 36 IDW SIWZ) oraz „robót” (załącznik nr 7, do którego odsyła rozdział 36 IDW SIWZ). Na obecnym etapie niedopuszczalne jest zatem zawężanie obowiązku wyznaczonego wykonawcom składającym oferty. Nie można także uznać, iż podmioty wskazywane jako udostępniające zasób w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie są podwykonawcami. Rzeczywiście interpretacja tego przepisu wskazuje, iż nie nakłada on obowiązku istnienia w każdym przypadku podwykonawstwa w ścisłym tego słowa znaczeniu (wiążącego się z bezpośrednią realizacją części zamówienia), dopuszczając, z uwzględnieniem specyfiki konkretnego stanu faktycznego, inne formuły udostępnienia zasobów, jednak w niniejszej sprawie jednoznacznie wskazano na podwykonawstwo (w

znaczeniu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp) i nie sposób tego oświadczenia wykonawcy pominąć. Spekulacje, iż wykonawca miał na myśli co innego, niż wyraźnie oświadczył, są nie do pogodzenia z naczelnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia, w tym zasadą równego traktowania.

W związku z powyższym należało rozważyć, czy istniała możliwość zgodnej z ustawą Pzp korekty oferty w sposób wskazany przez wykonawcę oraz czy zamawiający, dokonując takiej korekty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, postąpił prawidłowo. Odnosząc się do przesłanek uzasadniających skuteczną korektę oferty, jak wskazano powyżej, podstawą do zmiany złożonej oferty w toku jej badania może być jedynie art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp. Należy stwierdzić iż art. 87 ust. 1a ustawy Pzp dotyczy dialogu konkurencyjnego i jest nieadekwatny do stanu faktycznego niniejszej sprawy (postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego). Z kolei art. 87 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza jedynie poprawienie przez zamawiającego w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten nie może zatem stanowić podstawy do uzupełnienia braków czy błędów w ofercie, które wykonawca stwierdził po upływie terminu składania ofert, jeżeli nie kwalifikują się do powyższych kategorii. Zamawiający w przedmiotowej sprawie uznał, na podstawie oświadczenia wykonawcy EKOWODROL zawartego w piśmie z dnia 10 lutego 2011 r., iż dokonana przez niego zmiana oświadczenia w zakresie podwykonawstwa winna być kwalifikowana jako inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze w stanie faktycznym niniejszej sprawy wątpliwości budzi już kwalifikacja błędu w ofercie (takim sformułowaniem posługuje się wykonawca EKOWODROL) jako omyłki, tj. niezamierzonego błędu wykonawcy. Nie można bowiem poprawić na podstawie powyższego przepisu żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a SIWZ, jeżeli są one wynikiem celowego działania wykonawcy, ponieważ świadome zamieszczenie określonych treści w ofercie wyklucza uznanie ich za omyłkę. Oświadczenie wykonawcy o samodzielnym wykonaniu zamówienia nie budziło wątpliwości zamawiającego. Wątpliwość dotyczyła treści odpisu z KRS dotyczącego przedmiotu działalności. Błędna ocena swojej sytuacji prawnej skutkująca zmianą pierwotnego oświadczenia woli w zakresie podwykonawstwa nie powinna być kwalifikowana jako omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z żadnego dokumentu przedłożonego przez wykonawcę w ofercie nie wynikało, iż zamiarem i wolą wykonawcy było skorzystanie z zasobów innych podmiotów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i powierzenie im realizacji części zamówienia jako podwykonawcy. Zamawiający bez udziału wykonawcy nie mógł dojść do wniosku o braku w ofercie odnośnie podwykonawstwa,

dopiero oświadczenie zawarte w piśmie z dnia 10 lutego 2011 r. wraz z przedłożonymi dokumentami przedstawione z własnej inicjatywy wykonawcy, bez wezwania zamawiającego, wskazywały na istnienie nieprawidłowości treści oferty w tym zakresie. Nie było zatem możliwe dokonanie poprawy jedynie w oparciu o treść wymagań SIWZ oraz elementy, które można było wywieść z już przedłożonych dokumentów. Podstawę do dokonania takiej poprawy stanowiło dopiero zmienione oświadczenia w sprawie podwykonawstwa i załączone przez wykonawcę dokumenty, które to oświadczenie potwierdzały. Odwołujący wskazywał ponadto, iż nieprawidłowego uzupełnienia formularza ofertowego w zakresie podwykonawstwa nie można traktować jako innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie można go identyfikować jako niezgodności oferty z treścią SIWZ. Zamawiający nie postawił bowiem w SIWZ wymogu (i nie mógł tego uczynić) co do powierzenia prac projektowych podwykonawcom. Wykonawca EKOWODROL nie poprawił zatem treści formularza ofertowego celem usunięcia sprzeczności oferty z wymogami SIWZ, a jedynie uzupełnił jej treść w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby uznanie, iż niezgodność z treścią SIWZ istniałaby tylko wówczas, gdyby zamawiający postawił określone wymogi dotyczące podwykonawstwa, nie jest właściwe. W ocenie Izby niezgodność z treścią SIWZ zachodzi także wtedy, gdy zamawiający wymagał wskazania w ofercie części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom, a wykonawca w ofercie tego nie uczynił. Nie byłaby zatem całkowicie wykluczona dopuszczalność poprawienia nieprawidłowości oferty w tym zakresie, gdyby z jej treści wynikało jednoznacznie, iż w realizacji zamówienia uczestniczyć będą w określonym zakresie podwykonawcy, a wykonawca omyłkowo pominąłby tę okoliczność w ofercie (w orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, iż brak jakiegokolwiek oświadczenia o takim zamiarze jest tożsame z oświadczeniem o samodzielnym wykonaniu zamówienia i nie może być kwalifikowane jako niezgodność oferty z SIWZ stanowiąca podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; takie samo założenie przyjął również zamawiający w rozdziale 36 IDW SIWZ). Tym samym to okoliczności konkretnej sprawy decydować będą o ocenie prawnej takiej nieściłości.

W przedmiotowym stanie faktycznym nawet gdyby uznać, iż tego typu błąd wykonawcy mógłby zostać zakwalifikowany jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z treścią SIWZ, brak jest możliwości jego poprawienia, ponieważ zmiana w tym zakresie winna być oceniana jako powodująca istotną zmianę treści oferty. Wprowadzenie podwykonawcy w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia oznacza bowiem zmianę zadeklarowanego sposobu wykonania zamówienia. Istotność tej zmiany potwierdza również fakt, że związana jest z potwierdzeniem spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podziela poglądu, iż o braku takiej istotności świadczy okoliczność,

że podwykonawstwo było dopuszczone w pełnym zakresie oraz że Pani Aleksandra W. była już wskazana w treści oferty jako projektant instalacji sanitarnych i że to ona właśnie będzie sporządzała projekt, bez znaczenia natomiast pozostaje, czy będzie to czyniła na podstawie umowy z wykonawcą EKOWODROL czy też EKOWODROL zawrze stosowną umowę z jej pracodawcą. W ocenie Izby teza ta podważa zarówno sens art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, jak i innych przepisów dotyczących niezmienności oferty i związania wykonawcy ofertą rozumianego jako wypełnienie wszystkich zapisów wynikających z jej treści. Obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, co wskazuje na istotny charakter oświadczenia w tym zakresie. Było to istotne także dla zamawiającego, który w rozdziale 36 IDW SIWZ wyraźnie tę materię uregulował, uzależniając wypłatę wynagrodzenia wykonawcy od uprzedniego zadośćuczynienia roszczeniom podwykonawcom. Rozdział 36 IDW SIWZ jednoznacznie odwołuje się do podwykonawców realizujących część zamówienia, a zatem i usług projektowych objętych jego przedmiotem. To, czy rzeczywistą intencją zamawiającego było objęcie pojęciem podwykonawców tylko podwykonawców robót budowlanych, z wyłączeniem prac projektowych, dotyczy interpretacji przyszłej umowy i możliwych z tym komplikacji. IDW SIWZ w rozdziale 36 ma charakter jednoznaczny – stanowi odzwierciedlenie (choć jak wskazano powyżej – nieco niedoskonałe) obowiązku nałożonego na zamawiającego przepisem art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Wprawdzie ustawa Pzp nie definiuje podwykonawstwa, jednak bez wątpliwości status podwykonawców w rozumieniu ustawy Pzp mają takie podmioty, które na zlecenie wybranego wykonawcy bezpośrednio uczestniczą w pracach będących przedmiotem zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1347/08). Niewątpliwie wykonywanie prac projektowych na rzecz wykonawcy przez innego przedsiębiorcę świadczy o istnieniu podwykonawstwa. Ponadto w niniejszej sprawie zmiana ta wpływa na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu – zamiast samodzielnego spełnienia warunku, powołanie się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Na istotny charakter oświadczenia dotyczącego podwykonawstwa wskazuje również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 8 marca 2011 r. sygn. akt KIO/356/11, wyrok z dnia 3 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/1536/10, wyrok z dnia 14 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1333/10).

Ponadto należy jednoznacznie stwierdzić, iż oświadczenie dotyczące podwykonawstwa nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie jest oświadczeniem wymienionym w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowi ono element oferty (wskazuje na to zarówno treść art. 36 ust. 4 ustawy Pzp – zamawiający żąda podania w ofercie części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom), jak i treść SIWZ w niniejszej sprawie – oświadczenie zostało zamieszczone w formularzu ofertowym, a także

wymagany był wykaz odnoszący się do zakresu podwykonawstwa wraz podaniem wartości robót powierzanych podwykonawcom. Jego zamieszczenie w ofercie ma wymiar merytoryczny – dotyczy bowiem sposobu wykonania zamówienia. Braki w odniesieniu do tego oświadczenia nie mogą podlegać uzupełnieniu. Uzupełnieniu nie mógłby podlegać także wykaz stanowiący załącznik nr 7 do IDW SIWZ. Jednak w przypadku wykazu można bronić poglądu, iż informacja o procentowym udziale podwykonawców czy wartości powierzanych im robót nie ma wymiaru ściśle merytorycznego, stąd brak takiego wykazu przy prawidłowej treści oświadczenia w formularzu ofertowym mógłby być uznany za uchybienie formalne i nie stanowiłby o niezgodności oferty z treścią SIWZ podważającej byt oferty.

Reasumując, zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uczynił podstawą do dokonania określonych korekt w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp informacje, które uzyskał w trybie wyjaśnień, a które nie stanowiły doprecyzowania treści oferty, a jej zmianę. Tymczasem, jak było to wskazane, przepis ten może być jedynie pomocniczo stosowany przy ocenie, czy zachodzi konieczność poprawienia oferty w zakresie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, w tym innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ (zamawiający jest zobligowany do takiej poprawy). Potwierdził się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż w przedmiotowym stanie faktycznym przepis ten nie mógł znaleźć zastosowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz w konsekwencji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, należy podzielić stanowisko odwołującego, że zamawiający niezasadnie uznał przedłożone przez wykonawcę EKOWODROL wraz z pismem z dnia 10 lutego 2011 r. dokumenty dotyczące udostępnienia zasobu kadrowego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp za wystarczające do przyjęcia, iż warunek udziału w postępowaniu został spełniony najpóźniej na dzień składania ofert. Wprawdzie dokumenty zostały przedłożone przez wykonawcę z własnej inicjatywy, bez wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie zmienia to jednak wymagania warunkującego ich skuteczność wynikającego z tego przepisu, tj. iż oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Z literalnej treści zobowiązania do udostępnienia zasobów datowanego na dzień 8 lutego 2011 r., w którym spółka Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o. oświadczyła iż zobowiązuje się do oddania wykonawcy do dyspozycji Pani Aleksandry Wojciechowskiej – projektanta - jako niezbędnych zasobów - potencjału kadrowego – na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, nie wynika, iż zobowiązanie to było aktualne na dzień składania ofert. Wprawdzie Pani Aleksandra W. była wskazana w pierwotnej treści oferty, jednak

wskazaniu temu nie towarzyszyły jakiegokolwiek dokumenty przemawiające za uznaniem, iż udostępnienie jej osoby dokonywane jest przez Biuro Inżynierskie Budzisz sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z treści oferty wysnuć można było jednoznaczny wniosek, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym w odniesieniu do wymaganego potencjału kadrowego, EKOWODROL deklaruje samodzielnie. Data dokumentu przedkładanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie ma znaczenia kluczowego, o ile z jego treści wynika, iż warunek był spełniony najpóźniej w dacie składania ofert. Oświadczenia tego typu mają charakter dokumentów prywatnych, których treść kształtowana jest przez podmiot składający stosowne oświadczenie/zobowiązanie, stąd nie można mówić, jak wskazywał zamawiający, o konieczności antydatowania dokumentu. Podobnie oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia datowane na dzień 8 lutego 2011 r. nie odnosi się do okoliczności, że brak podstaw do wykluczenia istniał już w dacie składania ofert. Potwierdził się również zarzut naruszenia § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który w stosunku do podmiotów, na zasoby których wykonawca się powołuje w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymaga, aby kopie dokumentów dotyczących tych podmiotów były poświadczane za zgodność z oryginałem przez te podmioty. Tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym kopie dokumentów, tj. odpis z KRS, zaświadczenie z ZUS, urzędu skarbowego i informacje z KRK zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez członka zarządu wykonawcy EKOWODROL. Powyższe braki dokumentów i oświadczeń dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do zasady podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca formalnie nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów, lecz przedłożył je samodzielnie, zatem nie została wyczerpana procedura określona w tym przepisie. Należy jednak uwzględnić okoliczności niniejszej sprawy, a mianowicie, iż wykonawca EKOWODROL dokonał niedopuszczalnej zmiany treści swojej oferty po upływie terminu składania ofert. Odwołujący w treści odwołania nie powiązał tych okoliczności, uznając, iż już samo niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu stanowi podstawę do wykluczenia EKOWODROL z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego). Jak wskazano powyżej, braki co do potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, w tym w oparciu o zasoby innego podmiotu, co do zasady podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, która to procedura w odniesieniu do dokumentów przedłożonych przez wykonawcę samodzielnie nie została wyczerpana. Jednak w stanie faktycznym niniejszej sprawy istotna jest okoliczność, iż nastąpiła niedozwolona zmiana treści oferty skutkująca koniecznością jej odrzucenia, co wyłącza obowiązek wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na konieczność odrzucenia oferty, w której wykonawca dokonał po otwarciu

ofert zmiany w zakresie podwykonawstwa wskazuje także orzecznictwo Izby (wyrok z dnia 3 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/1536/10, w którym Izba potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty takiego wykonawcy).

Wobec powyższego w konsekwencji należy uznać, iż potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w maksymalnej kwocie 3.600 zł na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

Przewodniczący

.....