

Sygn. akt KIO/UZP 1541/09

WYROK
z dnia 11 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwlik
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Kwidzyn, ul. Grudziądzka 30, 82-500 Kwidzyn** protestu z dnia 22 września 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Kwidzyn, ul. Grudziądzka 30, 82-500 Kwidzyn i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Kwidzyn, ul. Grudziądzka 30, 82-500 Kwidzyn** na rzecz **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław**.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „*Modernizację oświetlenia drogowego na terenie gminy Kwidzyn w miejscowościach Baldram, Brachlewo, Korzeniewo i Rakowiec*”, zostało wszczęte przez Gminę Kwidzyn, ul. Grudziądzka 30, 82-500 Kwidzyn zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 286482-2009 z dnia 20.08.2009 r.

W dniu 18.09.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty firmy Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o., ul. Toruńskiej 9, 26-600 Radom. Ponadto, poinformował o odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z później zm.), zwanej dalej: „*Pzp*”, oferty firmy: Thorn Lighting Polska Sp. z o. o., ul. Gazowa 26 A, 50-513 Wrocław zwanej dalej: „*Thorn Lighting Polska Sp. z o. o.*” albo „*Protestującym*” albo „*Odwołującym*”. Wskazał, że nie spełniono warunku określonego w rozdz. V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”, dotyczącego wymaganych przez Zamawiającego dokumentów które należało złożyć do oferty. Stwierdził, że nie załączono danych dotyczących podwykonawców. Ponieważ dokument ten nie jest wymieniony literalnie w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) zwanym dalej: „*Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów*

dokumentów” nie istniała przesłanka, w jego ocenie, do wezwania zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu.

W dniu 22.09.2009 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 180 Pzp Thorn Lighting Polska Sp. z o. o. złożyła protest w odniesieniu na bezzasadne odrzucenie przez Zamawiającego jego oferty, zarzucając naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń,
- 2) art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty,
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, uzasadnione nieobowiązującymi obecnie przepisami Pzp, czego skutkiem jest nierówne traktowanie wszystkich wykonawców. Wnosił o:
 - 1) Unieważnienie przez Zamawiającego decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
 - 2) Podjęcie przez Zamawiającego decyzji o ponownym badaniu ofert i zastosowanie się przez Zamawiającego, do przepisów art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 3 Pzp,
 - 3) Podjęcie przez Zamawiającego decyzji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty Protestującego.
- 4) W przypadku nieuwzględnienia powyższych wniosków, wnosi o unieważnienie przedmiotowego postępowania, gdyż wobec naruszeń przepisów Pzp nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy.

W ocenie Protestującego Zamawiający bezzasadnie odrzucił jego ofertę. Wykonawca podnosi, że § 1 ust. 2 pkt 5 i 5a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów wyraźnie stanowi, że w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu osób i podmiotów, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich nie czynności, jak również pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował. Niewątpliwie, w jego ocenie, dokument zawierający dane odnośnie podwykonawców, mieści się w katalogu dokumentów, które Zamawiający może żądać od wykonawcy. Jednocześnie, jak stwierdził, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający „wzywa” wykonawców do

uzupełnienia w terminie braków dotyczących dokumentów wymienionych w przedmiotowym rozporządzeniu.

Zamawiający ma zatem obowiązek wezwać wykonawców do uzupełnienia braków w odpowiednim terminie. Niewykonanie tego obowiązku stanowi przejaw naruszenia przepisów Pzp, które stanowi podstawę do unieważnienia każdego z postępowań, w którym Zamawiający nie zastosuje się do powyższego. Orzecznictwo Zespołu Arbitrów, a obecnie KIO wyraźnie staje na stanowisku, iż katalog dokumentów, wymienionych w § 1 ust. 2 pkt 5 i 5a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jest katalogiem zamkniętym i jedynie tych dokumentów może żądać w danym postępowaniu Zamawiający. Natomiast ich brak każdorazowo winien być uzupełniany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie stanowi natomiast podstawy do odrzucenia oferty danego wykonawcy. Ponadto Zamawiający, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, ma prawo żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W tym przypadku, Zamawiający zaniechał zarówno czynności uzyskania wyjaśnień, jak i nie wezwał Protestującego do ich uzupełnienia.

Jednocześnie, Protestujący oświadczył, że do oferty nie została załączona informacja o podwykonawcach z uwagi na fakt, że przedmiot zamówienia niniejszego przetargu Wykonawca zamierza wykonać własnymi siłami, bez udziału podwykonawców. Zamawiający uzyskałby tę wiedzę, gdyby zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się o wyjaśnienia lub zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty w tym przedmiocie.

Konsekwencją naruszenia art. 26 ust. 3 oraz 87 ust. 1 Pzp było, w ocenie Protestującego, błędne uznanie przez Zamawiającego, jakoby treść jego oferty nie spełniała wymogów wskazanych przez niego w SIWZ. Przyjęcie takiego stanowiska jest nieuzasadnione, gdyż jest ono następstwem naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, a co za tym idzie takie zachowanie Zamawiającego poprzez błędną interpretację stanowi również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie można obarczać Wykonawcy konsekwencjami zaniechania wykonania przez Zamawiającego obowiązku ciążącego na nim z mocy przepisów ustawy. Gdyby Zamawiający zastosował się do obowiązku uregulowanego w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp, nie doszłoby do nieuprawnionego zastosowania przez niego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czyli nie doszłoby do bezzasadnego odrzucenia oferty Wykonawcy. Przyjęcie odrębnej wykładni byłoby sprzeczne z zamiarem ustawodawcy, który dopuścił możliwość uzupełnienia braków odnośnie oświadczeń i dokumentów o charakterze przedmiotowym we wskazanym przez niego zakresie, obok istniejącej wcześniej możliwości uzupełnienia braków o charakterze podmiotowym.

Działanie Zamawiającego nosi ponadto znamiona utrudniania uczciwej konkurencji. Brak bowiem podstawy prawnej uzasadniającej odrzucenie przez Zamawiającego oferty

Wykonawcy, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasad równego traktowania przez Zamawiającego wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Skutkiem naruszenia wskazanych wyżej przepisów przez Zamawiającego, jest niezachowanie fundamentalnych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Nieprzestrzeganie wspomnianych zasad znajduje wyraz w niezastosowaniu instytucji i rozwiązań ustawowych wprowadzonych w celu zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Pełna dokumentacja oferty umożliwia racjonalną i rzetelną ocenę wszystkich ofert przy uwzględnieniu tych samych wymogów, a co za tym idzie pozwala na identyczne traktowanie wszystkich wykonawców w tych samych okolicznościach oraz sprawiedliwą ocenę przedstawionych przez nich ofert, w celu zapewnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami z jednoczesnym zachowaniem interesu samego Zamawiającego. Wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia braków w ofercie Protestującego nie stanowiłoby zachowania sprzecznego z treścią normy wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Wręcz przeciwnie, nie wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku ciążącego z mocy ustawy, doprowadziło do wspomnianego naruszenia. Również bezpodstawne zastosowanie względem wykonawcy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi przejaw naruszenia zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż z jednej strony prowadzi do sytuacji, której jeden z Wykonawców został w sposób nieuzasadniony z treścią przepisów prawa wykluczony z toczącego się postępowania, co stanowi także przejaw naruszenia reguł uczciwej konkurencji.

W dniu 23.09.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, poprzez brak jego rozpatrzenia, tj. oddalenie w dniu upływu ustawowego terminu na jego rozstrzygnięcie, czyli 06.10.2009 r.

W dniu 09.10.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując zarzuty i wnioski zawarte w proteście. Odwołujący wskazał wprost także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie jego oferty. Względem naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp stwierdził, że poprzez brak wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i w związku z tym miało miejsce naruszenie przez Zamawiającego prawa, polegające na niewłaściwej ocenie propozycji zawartej w ofercie Wykonawcy, którego można było uniknąć, gdyby Zamawiający zwrócił się o stosowne wyjaśnienia do Wykonawcy. Względem naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podniósł, że poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty i brak wezwania Wykonawcy do

uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń, czym ograniczył uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców w niniejszym postępowaniu. Wnosił dodatkowo o unieważnienia decyzji Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia jego oferty. Precyzował także wniosek wezwania Wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów wymaganych w SIWZ, tj. danych dotyczących podwykonawców (w przypadku uwzględnienia - dostarczenie oświadczenia o braku zamiaru korzystania z usług podwykonawców).

Odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 16.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 151/08, stwierdzając, że treść oferty jest niezgodna z SIWZ wówczas, gdy wykonawca oferuje przedmiot inny niż przedmiot zamówienia opisany w SIWZ. Stwierdził, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do naruszenia SIWZ, czy do powstania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, lecz jedynie do powstania nieścisłości, która winna zostać usunięta za pomocą uzupełnienia bądź wyjaśnienia treści samej oferty. Wykonawca nie dołączył bowiem wymaganego dokumentu jedynie z uwagi na to, iż nie zamierzał korzystać z pomocy podwykonawców i w pełni samodzielnie wykonać przedmiot zamówienia.

Podtrzymując argumentację z protestu stwierdził dodatkowo, że § 1 ust. 2 pkt 5 i 5a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów należy interpretować w sposób, który pozwoli na objęcie jego zakresem także kwestii podwykonawców, jako że Zamawiający może poprzez umowny stosunek cywilnoprawny dysponować innym podmiotem, który będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia. Bezsprzecznie zatem stwierdzić należy, w jego ocenie, iż oświadczenie Wykonawcy zawierające dane odnośnie podwykonawców, mieści się w katalogu dokumentów, które Zamawiający może żądać od wykonawcy.

Rozporządzenie wskazane powyżej wymienia wszystkie dokumenty i tylko te, jakich żądać może Zamawiający od Wykonawcy. Wobec tego w argumentacji Zamawiającego Odwołujący dostrzega sprzeczność, bowiem Zamawiający zawarł w SIWZ wymóg dostarczenia danych o podwykonawcach, by następnie stwierdzić, że nie należy on do zamkniętego katalogu dokumentów zawartych w tym Rozporządzeniu, czyli *de facto* wymóg ten nie powinien się znaleźć w SIWZ.

Dodatkowo Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienie treści oferty przez Zamawiającego, co prawda nie stanowi jego obowiązku, lecz zaniechanie tej czynności naraża Zamawiającego na zarzut niedochowania należytej staranności jakiej winien przestrzegać w trakcie postępowania o zamówienie publiczne, co - jako następstwo - może implikować zarzut naruszenia interesu publicznego. Wskazał też, że skoro nie przewidywał udziału podwykonawców. Wspomniane oświadczenie ograniczyłoby się jedynie do jego dołączenia do oferty. Brak takich danych powinien być potraktowany jako rezygnacja z pomocy podwykonawców, dokonana przez uczestniczącego w procedurze wykonawcę.

Ponadto, tego typu brak można również zakwalifikować, w ocenie Odwołującego, jako „*inną omyłkę*”, o której stanowi z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co pociąga za sobą obowiązek Zamawiającego samodzielnego poprawienia oferty przy niezwłocznym zawiadomieniu Wykonawcy. W konsekwencji tak znikomy brak stał się powodem odrzucenia oferty i udaremnił naczelne założenie prawodawcy odnośnie przepisów o zamówieniach publicznych, jakim jest wykonywanie zamówień państwowych jednostek organizacyjnych i innych podmiotów przy minimalizacji kosztów. Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (faxem).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z protestem, odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania, zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, Izba uznaje za potwierdzone.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający w Rozdz. V SIWZ: *„Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy do oferty”* wskazał, że oferta musi zawierać dane dotyczące podwykonawców. Dodatkowo w Rozdz. VII pkt 1 lit g SIWZ: *„Sposób przygotowania oferty”* stwierdził, że żąda się od wykonawców wskazania w ofercie tych części zamówienia, których wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom. Z kolei w Rozdz. XIII SIWZ: *„Opis*

warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zawarł zapis, że ocena spełniania przez wykonawcę warunków określonych w SIWZ będzie dokonywana na zasadzie - spełnia/nie spełnia wskazując, m.in. dane dotyczące podwykonawców. Wśród załączników do SIWZ Zamawiający wymienił w Rozdz. XVI pkt 2 formularz - dane dotyczące podwykonawców. Podobnie w ramach formularza ofertowego wymienił w pkt 6 jako załączniki nr 1 do oferty - dane dotyczące podwykonawców. W niniejszym załączniku Zamawiający zawarł zapis - UWAGA: W przypadku nie zlecenia robót podwykonawcom napisać „NIE DOTYCZY”.

Odwołujący przedłożył ofertę bez wskazanego załącznika nr 1: „Dane dotyczące podwykonawców”. W ramach środków ochrony prawnej złożył oświadczenie, że uczynił niniejsze, gdyż zamierza wykonać zamówienie samodzielnie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego odnośnie § 1 ust. 2 pkt 5 i 5a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jest błędna. Należy bowiem podkreślić, że wskazany przepis daje podstawę żądania przez Zamawiającego odpowiedniego wykazu wraz z określonymi informacjami w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Żądanie powyższego dokumentu nie ma zatem na celu uzyskania informacji o podwykonawcach, którym Wykonawca zamierza powierzyć do realizacji część zamówienia. Ocena Wykonawców pod kątem dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia publicznego następuje niezależnie od zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcom. Stąd też żądanie powyższego dokumentu powinno służyć potwierdzeniu spełnienia warunku dysponowania przez Wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający nie powinien wymagać w oparciu o § 1 ust. 2 pkt 5 i 5a w/w rozporządzenia, by żądany wykaz zawierał dane podwykonawców, którym wykonawca powierzy część zamówienia do wykonania.

Po drugie, w ocenie Izby z treści SIWZ wynika, że ewentualne negatywne oświadczenie złożone w ramach załącznika nr 1 do oferty sprowadzałoby się do wpisania sformułowania „NIE DOTYCZY”. Biorąc pod uwagę wskazane sformułowanie należy uznać, że brak złożenia stosownego oświadczenia odnośnie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia *de facto* ma charakter niezgodności z wymogiem formalnym. Nie złożenie bowiem danych dotyczących podwykonawców jest następstwem samodzielnego realizowania zamówienia.

Po trzecie, zgodnie z treścią art. 36 ust. 4 Pzp Zamawiający ma prawo żądania od Wykonawców wskazania w ofercie tych części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Oświadczenie woli składane przez Wykonawcę *de facto* zatem

powinno dotyczyć wyłącznie okoliczności, w których dany podmiot zamierza skorzystać przy realizacji zamówienia z pomocy innego podmiotu. Nawet zatem jeśli Zamawiający żądał w SIWZ przeciwnego oświadczenia, w sytuacji gdy woła Wykonawcy przy składaniu oferty była realizacja zamówienia własnymi siłami w 100%, nie może jego brak dla Wykonawcy skutkować odrzuceniem jego oferty.

Innymi słowy Izba uznała, że brak złożenia jakiegokolwiek oświadczenia w tym przedmiocie należy uznać za niewskazanie jakichkolwiek części zamówienia przewidzianych do podwykonania czyli zamiar wykonania zamówienia siłami własnymi, co zresztą Odwołujący w ramach składanych środków ochrony prawnej oraz w trakcie rozprawy wyraźnie zadeklarował i potwierdził. Powyższe jest wystarczające do uznania, iż Odwołujący składając ofertę w określony sposób nie pozostawił żadnych wątpliwości w tym zakresie i tym samym uczynił zadość żądaniom Zamawiającego w zakresie informacji wymienianych w art. 36 ust. 4 Pzp, do których żądania uprawniała go ustawa. Złożenie oświadczenia w formie wykazu mogło mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca zamierzał powierzyć część zamówienia do wykonania innym podwykonawcom, w wykonaniu dyspozycji art. 36 ust. 4 Pzp. (podobnie wyrok KIO z dnia 18.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 202/08).

Po czwarte, Izba stoi na stanowisku, że w przedmiotowym stanie faktycznym, takie oświadczenie poprzez „*milczenie*” zostało przez Wykonawcę złożone poprzez niedołączenie do oferty stosownego oświadczenia odnośnie podwykonawców. W tym zakresie wskazując na stanowisko Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2006 r., sygn. akt: I CSK 63/05: „*Milczenie w myśl art. 60 k.c. może być uznane za przejaw oświadczenia woli wyrażającego zgodę w takiej sytuacji, w której osoba nie zaprzeczająca mogła i powinna zająć merytoryczne stanowisko w danej kwestii*”.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, w ocenie Izby nie został potwierdzony.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, zarzut, jak i wynikające z niego żądania Odwołującego są nietrafne. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty przewidziane w art. 25 ust. 1 Pzp, zatem możliwość uzupełnienia dotyczy dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane

spełniają wymagania Zamawiającego. Zakres dokumentów, jakich może żądać Zamawiający na potwierdzenie powyższego wyznacza rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wydane na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp.

Po drugie, art. 26 ust. 3 Pzp ma charakter wyjątkowy i należy interpretować go literalnie, zatem instytucji uzupełniania dokumentów nie można odnosić do innych niż wymienione w ww. rozporządzeniu dokumentów, stanowiących element oferty, za który Izba uznała sporny wykaz podwykonawców bądź oświadczenie w tym zakresie.

Po trzecie, zarówno wykaz podwykonawców, jak i oświadczenie o ich nie zatrudnianiu nie stanowią ani dokumentów podmiotowych składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia, nie mieszczą się więc w dyspozycji art. 25 ust. 1 Pzp, a tym samym art. 26 ust. 3 Pzp.

Podobne stanowisko wynika z orzecznictwa KIO w tym zakresie (np. wyrok KIO z dnia 18.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 202/08, czy też wyrok KIO z dnia z 20.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 448/09).

Wobec powyższego, Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp za niezasadny.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty, w ocenie Izby został potwierdzony.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła, że Zamawiający mógłby skorzystać z przysługującego mu w tym zakresie uprawnienia, jednakże z uwagi na okoliczności sprawy byłoby to bezcelowe.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nie zakwalifikowanie zaistniałego braku w ofercie Odwołującego odnosnie oświadczenia o podwykonawcach, jako „*innej omyłki*”, co pociąga za sobą obowiązek Zamawiającego samodzielnego poprawienia oferty przy niezwłocznym zawiadomieniu Wykonawcy, Izba pozostawiła niniejszy zarzut bez rozpoznania z uwagi na art. 191 ust. 3 Pzp stanowiący zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....