

Sygn. akt: KIO 617/24

**WYROK**

Warszawa, dnia 12 marca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca:** Katarzyna Prowadzisz

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 roku przez wykonawcę *Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu*

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Gminę Nowa Sól – Miasto*

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile*

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* :
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 428 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę *Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – *Gminę Nowa Sól – Miasto* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą **Budowa drogi gminnej wraz z budową niezbędnej infrastruktury w ciągu ul. Wielkopolskiej w Nowej Soli** (nr postępowania ZP.271.46.2023)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 listopada 2023 roku pod nr 2023/BZP 00520306.

W dniu 26 lutego 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.; dalej: ustawa / ustawa pzp) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu wskazanych szczegółowo w dalszej części odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 223 ust 1 ustawy pzp przez niezasadne wezwanie wykonawcy Exalo Drilling S.A. do wyjaśnienia treści złożonej oferty co doprowadziło do zmiany jej treści i doprowadzenia jej do stanu zgodności z przepisami, w sytuacji gdy oferta złożona w terminie składania ofert podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy pzp;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 oraz art. 7 pkt 27 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Exalo Drilling S.A. pomimo, że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy pzp w zakresie w jakim zakłada powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy
- 3) art. 226 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Exalo Drilling S.A. pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim wykonawca ten nie podał w oświadczeniu zawartym w pkt 5 oferty wartości zamówienia powierzonej podwykonawcy.
- 4) art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jak też zaniechanie prowadzenie postępowania w sposób umożliwiający dokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z ustawą pzp, a to przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Exalo Drilling S.A. pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty Exalo Drilling S.A. jako niezgodnej z przepisami oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych i drogowych realizowanych w trybie ustawy. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak do odrzucenia oferty złożonej przez Exalo Drilling S.A. sklasyfikowanej przed ofertą Odwołującego. W rezultacie oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i odrzucenia oferty Exalo Drilling S.A. za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Odwołującego. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów pzp przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym Postępowaniu. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

### **Stan faktyczny**

Odwołujący podał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa drogi gminnej wraz z budową niezbędnej infrastruktury w ciągu ul. Wielkopolskiej w Nowej Soli (dalej: Postępowanie).

W Postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, z czego na miejscu pierwszym sklasyfikowana została oferta złożona przez Exaio Drilling S.A. który — w zakresie podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (100% cena), zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 5 539 048, 86 zł. Oferta Odwołującego, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 5 830 531, 63 zł brutto sklasyfikowana została na miejscu drugim.

W Rozdziale V pkt 11 SWZ, Zamawiający przewidział, że:

*„Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych*

części zamówienia.

Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie części zamówienia (zakresu zamówienia), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców, jeżeli są już znani. Należy w tym celu wypełnić odpowiedni punkt formularza oferty, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do SWZ. W przypadku, gdy wykonawca nie zamierza wykonywać zamówienia przy udziale podwykonawców, należy wpisać w formularzu „nie dotyczy” lub inne podobne sformułowanie. Jeżeli wykonawca zostawi ten punkt niewypełniony (puste pole), zamawiający uzna, iż zamówienie zostanie wykonane siłami własnymi, tj. bez udziału podwykonawców.

W Rozdziale XVII pkt 6, Zamawiający przewidział że:

„Ofertę należy sporządzić poprzez wypełnienie i podpisanie formularza oferty, którego wzór, stanowi załącznik nr 4 do SWZ. Formularz oferty nie podlega uzupełnieniu. Do oferty należy załączyć dokumenty i oświadczenia, o których mowa w rozdziale 11 SWZ oraz oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej — jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w rozdziale 14 pkt 4 SWZ”.

W pkt 5 formularza oferty Zamawiający wymagał oświadczenia

1. Oświadczam, że zamówienie zrealizuję<sup>1</sup>:

*samodzielnie*

*przy udziale podwykonawcy/-ów niebędącym podmiotem udostępniającym zasoby*  
*przy udziale podwykonawcy/-ów będących podmiotem udostępniającym zasoby*

Oświadczam/-my, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegam/-my na następujących podmiotach udostępniającym zasoby, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia:

Nazwa (firma) siedziba podwykonawcy	Opis części zamówienia, która wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy	Wartość zamówienia powierzona podwykonawcy w PLN

*Uwaga! W przypadku braku wskazania części zamówienia, której wykonanie będzie powierzone podwykonawcom, przyjmuje się, że całość zamówienia zostanie zrealizowana siłami własnymi wykonawcy*

<sup>1</sup> Niepotrzebne skreślić

W terminie składania ofert Exalo Drilling S.A. (dalej Exalo) złożyło następującą ofertę w zakresie oświadczenia w pkt 5

5. Oświadczam, że zamówienie zrealizuję<sup>4</sup>:

- samodzielnie
- przy udziale podwykonawcy/-ów niebędącym podmiotem udostępniającym zasoby
- przy udziale podwykonawcy/-ów będących podmiotem udostępniającym zasoby

Oświadczam/-my, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegamy/-my na następujących podmiotach udostępniającym zasoby, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia:

Nazwa (firma) siedziba podwykonawcy	Opis części zamówienia, która wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy	Wartość zamówienia powierzona podwykonawcy w PLN
	Roboty drogowe Roboty sanitarne Roboty elektryczne	

Uwaga! W przypadku braku wskazania części zamówienia, której wykonanie będzie powierzone podwykonawcom, przyjmuje się, że całość zamówienia zostanie zrealizowana siłami własnymi wykonawcy

<sup>4</sup> Niepożebne skreślić

ZARZUT NARUSZENIA ART. 223 UST 1 USTAWY PZP POPRZEZ NIEZASADNE WEZWANIE WYKONAWCY EXALO DRILLING S.A. DO WYJAŚNIENIA TREŚCI ZŁOŻONEJ OFERTY CO DOPROWADZIŁO DO ZMIANY JEJ TREŚCI I DOPROWADZENIA JEJ DO STANU ZGODNOŚCI Z PRZEPISAMI, W SYTUACJI GDY OFERTA ZŁOŻONA W TERMINIE SKŁADANIA OFERT PODLEGAŁA ODRZUCENIU NA PODSTAWIE ART. 226 UST. 1 PKT 3 W ZW. Z ART. 462 UST. 1 USTAWY PZP.

Odwołujący podał, że 30.01.2024r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust 1 ustawy pzp wezwał Exalo do wyjaśniania treści oferty w zakresie przytoczonego wyżej pkt 5. W żądaniu wyjaśnień Zamawiający wskazał na dwie wątpliwości:

Po pierwsze: „W pkt 5 formularza oferty wykonawca oświadczył, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawcy/ów niebędących podmiotem udostępniającym zasoby. Natomiast w dalszej części pkt 5 oświadczył, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, polega na podmiotach udostępniających zasoby, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy (...) Z związku z powyższym należy wyjaśnić czy wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamierza polegać na podmiotach udostępniających zasoby, którzy będą podwykonawcami robot budowlanych. Jednocześnie z ofertą wykonawca złożył oświadczenie, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Po drugie: „W pkt 5 formularza oferty, w tabeli podwykonawstwa, wykonawca oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia „Roboty drogowe,

*roboty sanitarne, roboty elektryczne. Zapisy wykonawcy są niejednoznaczne ponieważ mogą oznaczać zarówno zamiar zlecenie podwykonawcom wszystkich robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych objętych zamówieniem jak i zamiar zlecenia podwykonawcom tylko części tych robót. (edycja własna) W związku z powyższym należy wyjaśnić czy oświadczenie wykonawcy dotyczące podwykonawstwa oznacza, że wykonawca ma zamiar zlecenia podwykonawcom wszystkich robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych objętych zamówieniem czy tylko ich części. Jeżeli wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom część robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych to należy wyjaśnić zakres (...)*

Przedmiotem wyjaśnienia wykonawcy miały więc być dwie kwestie:

- sposób wykonania zamówienia wobec sprzecznych oświadczeń o zamiarze zaangażowania podmiotów trzecich oraz
- zakres prac zleconych podwykonawcom.

W odpowiedzi na wezwanie, Exalo wyjaśnił, że;

- po pierwsze, samodzielnie spełnia warunki zamówienia i jednocześnie oświadczył, że przedmiot zamówienia zrealizuje przy udziale podwykonawców nie będących podmiotami udostępniającymi zasoby,
- po drugie, napisał, że „Wykonawca, na obecnym etapie inwestycji, nie podjął jeszcze decyzji jakie roboty zostaną zlecone Podwykonawcom, niemniej przewiduje się możliwość powierzenia realizacji części zamówienia w zakresie realizacji:
  - robot drogowy (nawierzchnie oraz galanteria betonowa)
  - roboty sanitarne (kanały rurowe, studnie rewizyjne, montaż przepompowni)
  - roboty elektryczne i teletechniczne (oświetlenie, zasilanie przepompowni i usunięcie kolizji)

W ocenie Odwołującego w wyniku niezgodnego z art. 223 ust 1 ustawy pzp wezwania do złożenia wyjaśnień i odpowiedzi na wezwanie doszło do zmiany treści oferty, które polegało na ograniczeniu pierwotnie wskazanego zakresu robót podwykonawczych - obejmujących 100 % wartości zamówienia, do ich części - której wartości wykonawca nie podał, a w konsekwencji do doprowadzenia oferty do stanu zgodności z prawem tj. art. 462 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 223 ustawy pzp „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

Przepis ten i jego odpowiednik art. 87 starej ustawy pzp, interpretowane są w konsekwentnie w ten sam sposób - wezwanie do wyjaśnień może dotyczyć niejasnej, niejednoznacznej treści oferty, a granicą możliwości jego stosowania jest zakaz dokonywania jakiegokolwiek zmiany treści oferty z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 ustawy pzp. Wynikająca z komentowanego ust. 1 zasada niezmienności oferty stanowi gwarancję zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców. Zmiany są dopuszczalne tylko w ściśle określonych przypadkach. Odnosząc się do zasad wykładni, w tym z uwzględnieniem ustalonych zwyczajów, w orzecznictwie Izby wskazuje się, że nie jest uprawnione dokonywanie wykładni oświadczenia woli wprost przeciwnej do jasnego brzmienia tego oświadczenia. Cywilnoprawne reguły wykładni oświadczeń woli, jakkolwiek obowiązujące także przy udzielaniu zamówień publicznych nie mogą być tak rozumiane, że będą prowadzić do skutków niedających się pogodzić z naczelnymi zasadami udzielania zamówień. Aby istniały podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ust. 1, treść oferty powinna być niejasna. lub budzić wątpliwości. W przeciwnym wypadku mogą być one uznane za niedozwolone negocjacje treści oferty. Z takimi negocjacjami będziemy mieć do czynienia, gdy wykonawca w wyjaśnieniach zmieni wcześniejszą ofertę. (A.Gawrońska — Baran. Komentarz do ustawy pzp). Odwołujący powołał w tym miejscu i zacytował fragmenty orzeczeń: sygn. akt KIO 621/23, sygn. akt KIO 664/23, sygn. akt KIO 1162/23. Odnośnie możliwości skorzystania z wezwania w trybie art. 223 ustawy pzp, w wyroku z 14 marca 2023 r. sygn. akt. KIO 539/23 Izba wypowiedziała się co do możliwości zastosowania w tym zakresie art. 233 ustawy pzp. W przywołanym wyroku Izba odnośnie możliwości zastosowania art. 233 ustawy pzp.

Odwołujący podał, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy Exalo złożył w ofercie jasne i nie budzące wątpliwości oświadczenie o tym, że o zakresie robót jakie zamierza zlecić podwykonawcy. Uzupełniając zamieszczoną w pkt 5 oferty tabelę, w kolumnie w której należało podać „Opisz części zamówienia, która wykonanie powierzone zostanie podwykonawcy” wykonawca ten wpisał roboty drogowe, roboty sanitarne, roboty elektryczne. Wykonawca opisał więc - jak wskazuje nagłówek kolumny w pkt 5 Oferty, części zamówienia jakie zamierza powierzyć podwykonawcy jako roboty drogowe, roboty sanitarne, elektryczne.

Wykonawca, niezgodnie z pkt 17 SWZ, zaniechał podania wartości zamówienia jakie zamierza powierzyć podwykonawcy. Oświadczenie Exalo z pkt 5 oferty jest jasne, jednoznaczne i nie może budzić żadnych wątpliwości. Wykonawca oświadczył w ofercie, że części zamówienia jakie zamierza powierzyć podwykonawcy to roboty drogowe. sanitarne i elektryczne.

Odwołujący podał, że nie jest prawdą, bo jest wprost sprzeczne z treścią złożonego



oświadczenia, jak pisze Zamawiający w wezwaniu, że opis ten może oznaczać zarówno zamiar powierzenia wykonania podwykonawcom wszystkich robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych objętych przedmiotem zamówienia jak i zamiar zlecenia tylko części tych robót. Oświadczenie w pkt 5 oferty było odpowiedzią na wskazany w formularzu oferty obowiązek opisanie części zamówienia (opisanego w pkt 1 SWZ jako całość robót) a potwierdza to uwaga poniżej tabeli formularza oferty „Uwaga! W przypadku braku wskazania części zamówienia, której wykonanie będzie powierzone podwykonawcom, przyjmuje się, że całość zamówienia zostanie zrealizowana siłami własnymi wykonawcy”. Nie ma podstaw aby przeczytać je jako odnoszące się nie do części zamówienia tylko do części tych części.

W wyniku odpowiedzi na wezwanie wykonawca Exalo zmienił treść oferty w ten sposób, że pierwotnie wskazane części zamówienia jakie zamierza powierzyć podwykonawcom tj. roboty drogowe, roboty sanitarne i elektryczne ograniczył do: w zakresie robót drogowych nawierzchni oraz galanterii betonowej, roboty sanitarne - kanałów rurowych, studni rewizyjnych i montażu przepompowni zaś roboty elektryczne i dodane teletechniczne (ujęte w opisie przedmiotu zamówienia na roboty elektryczne) do wykonania oświetlenia, zasilania przepompowni, usunięcia kolizji.

Odwołujący podał, że żadne z postanowień pierwotnej treści oferty nie wskazywały na to, że intencją Exalo było powierzenie wykonania podwykonawcom wykonania nawierzchni, galanterii betonowej, kanałów rurowych, studni rewizyjnych montażu przepompowni, oświetlenia, zasilania przepompowni i usunięcia kolizji robót aby można było przyjąć, że udzielając odpowiedzi nie doszło do zmiany jej treści. Art. 223 ustawy pzp mówi wyraźnie o wyjaśnieniu treści oferty co oznacza, że wyjaśniania treść musi być w tej ofercie zawarta - tymczasem w wyniku pytania do oferty została wprowadzona nowa treść, nigdy z niej wcześniej nie wynikająca. Jak wskazuje się w orzecznictwie „(...) istotne wady w dokumentach zamówienia nie podlegają konwalidacji, a także nie mogą powodować interpretacji treści ofert w ten sposób, że oświadczenie woli wykonawców byłoby dostosowywane przez Zamawiającego i danego wykonawcę do okoliczności sprawy.” (sygn. akt KIO 847/23).

Szczególnie na możliwość odczytania pierwotnej treści oferty inaczej niż wynika to z jej literalnego brzmienia nie pozwala nie podanie przez Exalo wartości robót zleconych w przyszłości podwykonawcy, które gdyby odbiegało od całości wartości oferty być może mogłoby stanowić źródło takich wątpliwości. Taki zaniechanie obciąża wykonawcę.

Odwołujący podał, że bardzo istotne w analizowanym stanie faktycznym 3 części zamówienia wskazane w ofercie Exalo wyczerpują cały zakres zamówienia, co oznacza że zgodnie z pierwotnym brzmieniem oferty Exalo zamierzało podzlecić cały zakres robót podwykonawcom. O tym, że na zakres zamówienia składają się roboty drogowe, sanitarne

i elektryczne świadczy

- a) opis przedmiotu zamówienia zawarty w Rozdziale 5 pkt 1 i 2 SWZ
- b) załączona do SWZ dokumentacja projektowa (projekty budowlane i wykonawcze) dla robót branży drogowej, sanitarnej i elektrycznej (Załącznik nr 1 do SWZ)
- c) załącznik do SWZ SST opracowane odpowiednio dla branży drogowej, sanitarnej i elektrycznej (Załącznik nr 2 do SWZ)

Tym bardziej więc nie jest możliwe zastosowanie art. 223 ustawy pzp jako zmierzające do doprowadzenia istotnej treści oferty do zgodności z warunkami zamówienia i zgodności z przepisami ustawy.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 3 W ZW. Z ART. 462 UST. 1 ORAZ ART. 7 PKT 27 USTAWY PZP POPRZEZ ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY WYKONAWCY EXALO DRILLING S.A. POMIMO, ŻE OFERTA TA JEST NIEZGODNA Z PRZEPISAMI USTAWY PZP W ZAKRESIE W JAKIM ZAKŁADA POWIERZENIE WYKONANIA CAŁOŚCI ZAMÓWIENIA PODWYKONAWCY

Ustalenie, że wykonawca Exalo zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie całości zamówienia stanowi o niezgodności tej oferty z przepisem ustawy tj. z art. 462 pzp zgodnie z którym Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”.

Na gruncie aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądowego prawidłowa wykładnia art. 462 ust. 1 ustawy pzp jest następująca. Wykonawca może powierzyć wykonanie jedynie części zamówienia podwykonawcy. Możliwość ta jest wyłączona, gdy zamawiający zastrzeże obowiązek osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane. Uzupełnieniem dla art. 462 jest przepis art. 7 pkt 27 ustawy pzp, który definiuje umowę podwykonawczą jako umowę na wykonanie części zamówienia.

Jeśli zaś Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, lub wykonawcę, kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane, to oznacza, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy tylko część zamówienia. Odmierna interpretacja art. 462 ust. 1 ustawy pzp jest nieuprawniona i wykraczająca poza reguły wykładni tego przepisu. Taka interpretacja prezentowana była w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych na gruncie ustawy pzp z 2004r. i jest prezentowana również aktualnie, na potwierdzenie czego odwołujący wskazał wyrok z dnia 11 czerwca 2014 r., KIO 1075/14, wyrok z dnia 27 lutego 2020 r., KIO 299/20, wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., KIO 2971/20 i KIO 2976/20, uchwała z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2021 r., XXIII Zs 11/21.

Podkreślaną konsekwencją dopuszczenia możliwości powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy byłoby funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywanie przetargów (także za pomocą potencjału podmiotów trzecich) nie zaś realizacja zakontraktowanych z zamawiającymi zamówień.

Odwołujący podał na marginesie tej sprawy, że wobec możliwości ustalenia w oparciu o treść samej oferty, że Exalo zamierza zlecić podwykonawcy cały zakres robót, wskazać można, że niedopuszczalne jest również powierzenie podwykonawcom części zamówienia, które łącznie stanowiłyby tzw. „lwią część” (np. 99%) wielkości lub wartości robót budowlanych. Takie działanie wykonawcy należałoby uznać za czynność prawną mającą na celu obejście przepisów art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu Odwołujący wskazał na orzeczenia i przytoczył ich fragmenty: wyrok z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt Zs 11/21 Sąd Okręgowy w Warszawie, z orzecnictwa Krajowej Izby Odwoławczej poświęconego wykładni art. 462 ust 1 pzp wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 marca 2023 r. sygn. akt. KIO 539/23.

Odnosnie uzupełnienia przez wykonawcę Exalo oświadczenia w pkt 5 Oferty w zakresie informacji o wartości prac podwykonawców, warto wskazać, że w wyroku z 14 marca 2023 r. sygn. akt. KIO 539/23 Izba wypowiedziała się co do możliwości zastosowania w tym zakresie art. 233 ustawy pzp, a stan faktyczny tamtej sprawy był w ocenie odwołującego bardzo podobny (zakres robót opisanych jako zleczone pw wyczerpywał całość opisu przedmiotu zamówienia, w ofercie brak było informacji - bo nie była wymagana (różnica), co do udziału prac pw w całości zakresu zamówienia).

W analizowanym stanie faktycznym wobec wskazania w ofercie Exalo, że podwykonawcy wykonać mają roboty drogowe, roboty sanitarne i roboty elektryczne oraz nie wskazania wartości tych prac, brak jest podstaw aby oświadczeniu złożonemu przez tego wykonawcę nadać znaczenie inne niż wynikające z jego literalnego brzmienia - jasno wskazującego na zamiar powierzenia podwykonawcy robot drogowych, sanitarnych i elektrycznych, których zakres należy ustalić dla tego postępowania tak jak zdefiniowany został na potrzeby tego konkretnego postępowania tj. obejmujący całość przedmiotu zamówienia. Brak wątpliwości co do treści oferty Exalo wynika z zasad wykładni treści oferty złożonej na gruncie ustawy pzp. Naczelne zasady prawa zamówień publicznych, takie jak zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz zasada przejrzystości, stoją na przeszkodzie dokonywaniu zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wymagają też, aby całokształt treści oświadczenia woli wykonawcy został przekazany zamawiającemu do upływu terminu na złożenie ofert. Po tej dacie wykonawcy mogą jedynie wyjaśniać na podstawie art. 223 ust. 1 treść złożonej w terminie oferty, nie mogą jednak dodawać do niej żadnej nowej treści. Odstępstwo od tych sztywnych reguł pozwoliłoby wykonawcom manipulować wynikami

postępowania o zamówienie publiczne, po tym jak przy otwarciu ofert powzięli wiedzę na temat treści ofert złożonych przez konkurentów. Wyjaśnienia mają służyć rozwianiu wątpliwości zamawiającego, które powziął odnośnie do treści oferty, a nie wprowadzeniu do niej nowych treści. Procedura uregulowana w art. 223 ust. 1 nie może polegać na uzupełnieniu bądź negocjacji treści oferty ani tym bardziej jej zmianie w stosunku do wersji złożonej do upływu terminu składania ofert. Możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień na tej podstawie nie może dotyczyć tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na jej ocenę, lecz tego zaniechał.

Jak wyjaśnił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 30.03.2010r. sygn. akt X Ga 7/10 na gruncie starej ustawy pzp w zakresie przepisu art. 87 ust 1 będącego odpowiednikiem dzisiejszego art. 223 „(...) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał*” przytoczone orzecznictwo dotyczące komentowanego artykułu zachowuje aktualność). Wyjaśnienie oferty nie może prowadzić do uzupełnienia jakiegokolwiek brakującego dokumentu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, I ACa 960/14). Wykładnia treści oferty może być dokonywana jedynie według stanu na dzień złożenia oferty (KIO 1045/16). Granicą zastosowania art. 223 ust. 1 jest niezmienność treści oferty oraz zakaz złożenia i przyjęcia przez zamawiającego takich wyjaśnień, które prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty (KIO 1194/18).

Przywołane wyroki wskazują na uzupełniające w stosunku do art. 65 kc zasady dokonywania wykładni oświadczenia woli jakim jest oferta. Wyłączają one możliwość dokonywania wykładni w sposób, który stanowiłby uzupełnienie treści oferty o brakujące elementy czy dostosowanie jej treści do wymagań przetargu. Nie pozwalają też na sanowanie błędów w ofercie w zakresie innym niż dopuszczony w przepisach (art. 223 ust 2 ustawy pzp). Ponieważ oferta jest oświadczeniem woli, jak też wiedzy, sformułowanym w języku podstawową dla dokonania obiektywnej wykładni będzie wykładnia językowa uwzględniająca dodatkowo specjalistyczny język techniczny jakim posługują się w tym przypadku wykonawca i zamawiający jako uczestnicy rynku zamówień publicznych i podmioty zajmujące się profesjonalnie realizacją robót budowlanych (Komentarz do Kodeksu Cywilnego, red. Gniewek/Machnikowski 2023, wyd. 11/Machnikowski, Art. 65 KC). Dokonując więc wykładni obiektywnej oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej należy wziąć pod uwagę kontekst językowy jego złożenia oraz kontekst sytuacyjny. Kontekst językowy, który Sąd Najwyższy w wyroku z 7 maja 2004r. sygn.. akt. I CK 686/03,

wytłumaczył jako inne wypowiedzi składające się łącznie na jakąś całość (inne fragmenty tego samego oświadczenia woli, a także inne oświadczenia woli, z którymi interpretowane oświadczenie jest związane, ale nie dokumenty wewnętrzne jednej ze stron. Kontekst sytuacyjny a więc okoliczności w jakich oświadczenie zostało złożone, nie stanowi katalogu zamkniętego (wyrok Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2002r. sygn. akt V CKN 679/00) stanowiło będzie użycie słów jaki posługują się podmioty działające w obszarze robót budowlanych czy też słów mających określony desygnat w opracowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej.

Oferta wykonawcy Exalo w zakresie wskazanych robót przewidzianych do powierzenia podwykonawcy nie pozostawia wątpliwości, że jest niezgodna z przepisami ustawy tj. art. 462 ust 1 oraz art. 7 pkt 27 ustawy pzp jako, że przewiduje powierzenie wykonania całości zamówienia przez podwykonawców.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST 1 PKT 5 W ZW. Z ART. 7 PKT 29 USTAWY PZP POPRZEZ ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY WYKONAWCY EXALO DRII-I.ING S.A. POMIMO, ŻE OFERTA TA JEST NIEZGODNA Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE W JAKIM WYKONAWCA TEN NIE PODAŁ W OŚWIADCZENIU ZAWARTYM W PKT 5 OFERTY WARTOŚCI ZAMÓWIENIA POWIERZONEJ PODWYKONAWCY.

**Na wypadek uznania**, że zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 3 w zw. art. 462 ust 1 i art. 7 pkt 7 ustawy pzp nie zasługuje na uwzględnienie tj. brak jest podstaw do uznania, że Exalo zamierza powierzyć podwykonawcy całość prac objętych zakresem zamówienia, wskazujemy że nie podanie w ofercie informacji o wartości robót podwykonawczych w całości wartości zamówienia — wobec braku możliwości uzupełnienie tej informacji (argumentacja powyższa odwołania), stanowi o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy pzp.

W doktrynie i orzecznictwie niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 673/23 również wskazała, iż „niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 p.z.p., tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Ponadto „niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia (...) ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w s.ną, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami

zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy” wypowiedziała się Izba w wyroku z 3 kwietnia 2023r. sygn. akt. KIO 777/23.

Informacja ta jest istotna z punktu widzenia treści zobowiązania zaciągniętego przez przyszłego wykonawcę bo pozwala Zamawiającemu na zweryfikowanie czy zaoferowany przez wykonawcę sposób wykonania zamówienia jest zgodny z przepisami ustawy, a tym samym z niesprzecznymi z nimi warunkami zamówienia — tj. czy nie zmierza on do zawarcia pozornej umowy w której całość robót będzie wykonywana przez podwykonawcę. Aktualność zachowuje tu odpowiednio – wskazał Odwołujący - część odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust 1 pkt 3 ustawy pzp.

W postępowaniu złożono łącznie 6 ofert firm: Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Wyścigowa 58, 53-012 Wrocław; Exalo Drilling S.A., ul. Plac Stanisława Staszica 9, 64-920 Piła; SOWA R.J.K. Spółka Komandytowo-Akcyjna, ul. Wojska Polskiego 100C, 67-100 Nowa Sól; Przedsiębiorstwo Budownictwa drogowego Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 63, 67-200 Głogów; Infrakom Kościan Sp. z o.o., ul. F. Nowowiejskiego 4, 65-000 Kościan, Przedsiębiorstwo Drogowe Bud-Dróg Sp. z o.o., ul. Leśna 9, Podbrzezie Dolne, 67-120 Koźuchów. Z analizy treści ich ofert wynika, że wszyscy wykonawcy, którzy zamierzają powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, poza firmą Exalo Drilling Spółka Akcyjna, w pkt 5 oferty określili wartość zamówienia jaką zamierzają powierzyć podwykonawcom, w stosunku do całości zamówienia, a jedynie oferta firmy Exalo Drilling Spółka Akcyjna została przygotowana w powyższym zakresie niezgodnie z warunkami zamówienia.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 16 PKT 1 ORAZ ART. 17 UST. 2 USTAWY PZP POPRZEZ NARUSZENIE ZASAD ZACHOWANIA UCZCIWEJ KONKURENCJI ORAZ RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW JAK TEŻ ZANIECHANIE PROWADZENIE POSTĘPOWANIA W SPOSÓB UMOŻLIWIAJĄCY DOKONANIE WYBORU WYKONAWCY ZGODNIE Z USTAWĄ PZP, A TO PRZEZ ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY WYKONAWCY EXALO DRILLING S.A. POMIMO, ŻE OFERTA TEGO WYKONAWCY POWINNA PODLEGAĆ ODRZUCENIU.

Opisane działanie Zamawiającego trudno jest dalekie od respektowania zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, w sytuacji gdy zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy który złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia lub niezgodną z ustawą w wyniku odstąpienia od zbadania treści tej oferty w zakresie treści jasno wymaganych w warunkach zamówienia jak też dyskwalifikujących te ofertę z punktu widzenia przepisów samej ustawy.

Uchybienie Zamawiającego doprowadziło również do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy, bowiem jako najkorzystniejsza została wybrana oferta, która powinna być odrzucona, przez co doszło do naruszenia przepisów ustawy. Zamawiający naruszył również zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, ponieważ pomimo tego, że sam wyraźnie zastrzegł obowiązek uzupełnienia wszystkich pozycji formularza oferty i sankcję w postaci odrzucenia oraz ustawa zabrania zlecenia całości jak też tzw. lwiej części zamówienia podwykonawcy, to jednak z niezrozumiałych względów nie dostrzegł ewidentnych przesłanek do odrzucenia oferty Exalo. Takie zachowanie Zamawiającego tym bardziej świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców, bowiem przetarg wygrał wykonawca, którego oferta powinna być odrzucona, co świadczy o jego faworyzowaniu w tym postępowaniu, natomiast wykonawcy, którzy w sposób zgodny z prawem złożyli swoje oferty i których oferty nie zawierały takich istotnych błędów, nie stali wybrani.

**Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa”, „Pzp”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 lutego 2024 roku od czynności Zamawiającego z dnia 21 lutego 2024 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego prezentowane w piśmie z dnia 7 marca 2024 roku – *Odpowiedź na odwołanie*, w którym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* zawarte w piśmie z dnia 7 marca 2024 roku *Pismo Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego*.

Izba odnotowała również złożone kolejne pismo (pismo 2) przez uczestnika postępowania odwoławczego, w którym wniósł o dopuszczenie dowodów z następujących dokumentów, na okoliczności wskazane w piśmie Przystępującego z dnia 07.03.2024 r: 1) Specyfikacje Techniczne Branży Drogowej, 2) Kosztorys ofertowy – odcinek 1 – branża drogowa, 3) Specyfikacje Techniczne Branży Sanitarnej, 4) Projekt budowlany (załącznik nr 1 do SWZ), 5) Projekt budowlany – Projekt zagospodarowania terenu (załącznik nr 1 do SWZ), 6) Specyfikacje Techniczne Branży Elektrycznej, 7) Specyfikacja Warunków Zamówienia z załącznikami, w tym projektowane postanowienia umowy, 8) Oferta Exalo Drilling S.A. wraz z załącznikami, 9) wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z dnia 30.01.2024 r., 10) pismo Exalo Drilling S.A. z 31.01.2024 r., 11) pismo Exalo Drilling S.A. z dnia 07.02.2024 r. wraz z załącznikami.

Izba dopuściła dowód nr 1 zawnioskowany i złożony w trakcie rozprawy przez *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile*

#### **Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania:**

Izba na wstępie wskazując, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

- art. 17 ust. 2 ustawy - Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

- art. 223 ust. 1 ustawy - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest



prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

- art. 462 ust. 1 ustawy - Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy

- art. 462 ust. 2 ustawy - Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

- art. 7 ustawy - Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o:

27) umowie o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia;

(...)

29) warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego;

**Izba** w zakresie rozpoznania zarzutu odwołania na wstępie wskazuje, że Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie zarzutów odwołania, co jednoznacznie wynika z treści art. 555 ustawy. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przed odniesieniem się do poszczególnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania okoliczności mających uzasadniać podniesione zarzuty odwołania Izba wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego, w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu, a które w zarzucie podnosi Odwołujący.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego. Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzą strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania.

**W zakresie zarzutu 1 tj.**

naruszenia art. 223 ust 1 ustawy przez niezasadne wezwanie wykonawcy *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* do wyjaśnienia treści złożonej oferty, co doprowadziło do zmiany jej treści i doprowadzenia jej do stanu zgodności z przepisami, w sytuacji gdy oferta złożona w terminie składania ofert podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy – **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że w Rozdziale 5 *Opis przedmiotu zamówienia* Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) podał Zamawiający:

*11. Podwykonawstwo.*

*Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.*

*Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie części zamówienia (zakresu zamówienia), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców, jeżeli są już znani. Należy w tym celu wypełnić odpowiedni punkt formularza oferty, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do SWZ. W przypadku, gdy wykonawca nie zamierza wykonywać zamówienia przy udziale podwykonawców, należy wpisać w formularzu „nie dotyczy” lub inne podobne sformułowanie. Jeżeli wykonawca zostawi ten punkt niewypełniony (puste pole), zamawiający uzna, iż zamówienie zostanie wykonane siłami własnymi, tj. bez udziału podwykonawców.*

*Każdy podwykonawca nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4, 5 i 7 ustawy Pzp.*

Izba ustaliła, że w Rozdziale 17 Opis sposobu przygotowania oferty SWZ podał Zamawiający:

6. *Ofertę należy sporządzić poprzez wypełnienie i podpisanie formularza oferty, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do SWZ. Formularz oferty nie podlega uzupełnieniu. Do oferty należy załączyć dokumenty i oświadczenia, o których mowa w rozdziale 11 SWZ oraz oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej – jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w rozdziale 14 pkt 4 SWZ.*

Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, że *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* w Formularzu oferty, w punkcie 5 tego formularza podał:

5. *Oświadczam, że zamówienie zrealizuję<sup>4</sup>:*

*samodzielnie*

*przy udziale podwykonawcy/-ów niebędącym podmiotem udostępniającym zasoby*

*przy udziale podwykonawcy/-ów będących podmiotem udostępniającym zasoby*

*Oświadczam/-my, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegam/-my na następujących podmiotach udostępniającym zasoby, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia:*

<b>Nazwa (firma) siedziba podwykonawcy</b>	<b>Opis części zamówienia, która wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy</b>	<b>Wartość zamówienia powierzona podwykonawcy w PLN</b>
	<i>Roboty drogowe Roboty sanitarne Roboty elektryczne</i>	

*Uwaga! W przypadku braku wskazania części zamówienia, której wykonanie będzie powierzone podwykonawcom, przyjmuje się, że całość zamówienia zostanie zrealizowana siłami własnymi wykonawcy*

Izba ustaliła, że pismem z dnia 30 stycznia 2024 roku Zamawiający wezwał *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* do: *Wyjaśnienia treści złożonej oferty:*

*Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 i 1720), w imieniu zamawiającego Gminy Nowa Sól – Miasto, wzywam wykonawcę Exalo Drilling Spółka Akcyjna, ul. Plac Stanisława Staszica 9, 64-920 Piła, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.*

*W pkt 5 formularza oferty wykonawca oświadczył, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawcy/ów niebędącym podmiotem udostępniającym zasoby. Natomiast w dalszej części pkt 5 oświadczył, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, polega na podmiotach udostępniającym zasoby, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia określając części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy. Jednocześnie wraz z ofertą wykonawca złożył oświadczenie, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

*W związku z powyższym, należy wyjaśnić czy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu zamierza polegać na podmiotach udostępniającym zasoby, którzy będą podwykonawcami robót budowlanych.*

*Ponadto, zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wymagał wskazania przez wykonawcę w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.*

*W pkt 5 formularza oferty, w tabeli dotyczącej podwykonawstwa, wykonawca oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia: „Roboty drogowe, roboty sanitarne, roboty elektryczne”.*

*Zapisy wykonawcy są niejednoznaczne, ponieważ mogą oznaczać zarówno zamiar zlecenia podwykonawcom wszystkich robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych objętych zamówieniem, jak i zamiar zlecenia podwykonawcom tylko części tych robót.*

*W związku z powyższym, należy wyjaśnić czy oświadczenie wykonawcy dotyczące podwykonawstwa oznacza, że wykonawca ma zamiar zlecenia podwykonawcom wszystkich robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych objętych zamówieniem, czy też tylko ich część. Jeżeli wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom części robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych, to należy wyjaśnić zakres robót budowlanych, który zostanie powierzony do realizacji podwykonawcom.*

*Wyjaśnienia należy złożyć elektronicznie za pośrednictwem dedykowanego formularza „Formularz do komunikacji” platformy eZamówienia dostępnej pod adresem*

*<https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-9f8cd5e8-7fb1-11ee-a60c-9ec5599dddc1> w formie wiadomości tekstowej lub w formie odrębnego pisma załączonego do wiadomości. Wyjaśnienia winna złożyć osoba uprawniona lub osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy zgodnie z zasadami reprezentacji wskazanymi we właściwym rejestrze lub osoba upoważniona do reprezentowania wykonawcy na podstawie pełnomocnictwa w terminie do dnia 2 lutego 2024 r. Za datę złożenia dokumentów przyjmuje się datę ich przesłania za pośrednictwem platformy eZamówienia do zamawiającego.*

**Pouczenie:**

*Wykonawcom, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo*

zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 i 1720) przysługują środki ochrony prawnej określone w dziale IX wyżej wymienionej ustawy.

Pismem z dnia 31 stycznia 2024 roku *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* złożył następujące wyjaśnienia:

*W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.01.2024 r. do złożenia wyjaśnień, Wykonawca Exalo Drilling S.A. oświadcza:*

*Wykonawca oświadcza, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w rozdziale 8 pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia i jednocześnie oświadcza, że przewiduje zrealizuję zamówienia przy udziale podwykonawców nie niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby.*

*Ponadto wyjaśniamy :*

*Wykonawca, na obecnym etapie inwestycji, nie podjął jeszcze decyzji jakie roboty zostaną zlecone Podwykonawcom, niemniej przewiduje się możliwość powierzenia realizacji części zamówienia w zakresie wykonania:*

- robót drogowych (nawierzchnie oraz galanteria betonowa)
- robót sanitarnych ( kanały rurowe, studnie rewizyjne, montaż przepompowni)
- robót elektrycznych i teletechnicznych (oświetlenie, zasilanie przepompowni i usunięcie kolizji)

*Oraz poniżej wskazuje zakres robót budowlanych które planuje wykonać samodzielnie:*

*a. roboty budowlane :*

- zabezpieczenie istniejących drzew,
- wycinki oraz roboty rozbiórkowe,
- transport materiału oraz gruzu z terenu rozbiórki,
- roboty ziemne, wykopy, zasypki i obsypki
- wykonanie podbudowy,
- budowa przepustu, umocnienie skarpy,
- ułożenie geosiatki,
- humusowanie z obsianiem trawą,
- umocnienie poboczy,
- regulacja urządzeń,
- roboty przygotowawcze w tym zabezpieczenie robót i organizacja zaplecza wraz z placem składowym
- roboty wykończeniowe w tym humusowanie.

*b. zakup i dostawa materiałów budowlanych :*

- tłucznia kamiennego
- piasku zasypowego

- humusu
- elementów brukarskich (kostka brukowa betonowa, krawężniki i obrzeża)
- rur kanalizacji deszczowej
- studni systemowych kompletnych
- przepompowni

**Zarzut 1 odwołania dotyczy** niezasadnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty co w konsekwencji spowodowanie określonych skutków dokonania tego wezwania. Podnoszone naruszenia art. 233 ust. 1 ustawy wskazuje jednoznacznie na podstawę faktyczną uzasadnienia zarzutu odwołania przez nieuprawnione, niezgodne z przepisami prawa wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Izba podkreśla w tym miejscu, że uzasadnienie zarzutu odwołania w „Iwiej części”, praktycznie w całości, poza jednym akapitem, skupia się na wykazaniu niezasadności wezwania wykonawcy *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* do złożenia wyjaśnień

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że zarzut odwołania tak skonstruowany odnosi się jednoznacznie do powiązania wezwania z dnia 30 stycznia 2024 roku z treścią punktu 5 Formularza oferty w zakresie jaki odnosi się do wskazania informacji odnoszącej się do powierzenia przez wykonawcę realizacji zamówienia przez podwykonawcę.

W zakresie rozpoznania zarzutu odwołania:

Po pierwsze, Izba stwierdza, że w zakresie zarzutu odwołania pominięta została przez Odwołującego kwestia jaka podlegała wyjaśnieniu w zakresie tego czy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu zamierza polegać na podmiotach udostępniającym zasoby, którzy będą podwykonawcami robót budowlanych czy też spełnia warunki samodzielnie. Izba zwraca uwagę na brzmienie postanowienia SWZ w Rozdziale 5 pkt 11, zgodnie z którym Zamawiający wymagał od wykonawcy w przypadku, gdy ten powierzał część zamówienia podwykonawcy, *wskazania w ofercie części zamówienia (zakresu zamówienia), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców, jeżeli są już znani*. Tego obowiązku wskazania części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcy nie uzależnił Zamawiający w żaden sposób od tego, czy podwykonawca będzie podmiotem udostępniającym zasób czy też nie. Dodatkowo „Uwaga” zawarta w pkt 5 Formularza ofertowego jednoznacznie określała wymaganie podania informacji o części zamówienia, której wykonanie będzie powierzone podwykonawcy, bowiem w przypadku niepodania takiej informacji Zamawiający przyjął, że całość zamówienia zostanie zrealizowana siłami własnymi wykonawcy. Przy takiej

konstrukcji wymagań Zamawiającego jak również ustanowionych i określonych w sposób jednoznaczny skutków niepodania informacji o częściach zamówienia powierzonych podwykonawcy, wykonawca jednoznacznie został zobowiązany do podania w punkcie 5 Formularza oferty, w tabeli, w kolumnie drugiej informacji o części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy. Wykonawca w ocenie Izby był również uprawniony do podania tej informacji w innym miejscu Formularza oferty, np.: przy informacji odnoszącej się do wskazania, że zrealizuje zamówienie przy udziale podwykonawcy/-ów niebędącym podmiotem udostępniającym zasoby, na co jednoznacznie pozwalały postanowienia SWZ w rozdziale 17 pkt 4 zgodnie z którym, *zaleca się przy sporządzaniu oferty skorzystanie ze wzorów formularzy przygotowanych przez zamawiającego. Wykonawca może złożyć ofertę na własnych formularzach z zastrzeżeniem, że winny one zawierać wszystkie informacje określone przez zamawiającego we wzorach załączonych do specyfikacji warunków zamówienia.*

Po drugie, w zakresie zarzutu odwołania kwestionowana jest czynność Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia treści oferty, skutkiem której była zmiana treści oferty i doprowadzenie do zgodności oferty z przepisami, w sytuacji, gdy oferta złożona w terminie składania ofert podlegała odrzuceniu na podstawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy.

Przechodząc dalej w rozważaniach należy w ocenie Izby na wstępie wskazać, że regulacje prawne z art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 roku zbieżne są z regulacjami art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że cały dorobek orzecznicy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawny. Pozwala to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak równie przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.

W myśl 223 ust. 1 ustawy (też art. 87 ust. 1 ustawy z 2004r.) zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej

oceny ofert wydaje się słusznym, że ww. regulacja powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego - czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia wynikającego z art. 233 ust. 1 ustawy wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - czyli treść oferty, czyli to, co było w niej zawarte na moment składania i otwarcia ofert. Sama instytucja wyjaśnienia treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty). Uprawnienie Zamawiającego żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 223 ust. 2 ustawy.

Istotnym i znamienym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty, aby mogły być uznane za wyjaśnienia, nie mogą prowadzić do zmiany treści tej oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta co do przedmiotu, zakresu itp. elementów. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty) oraz nie może dokonywać oceny oferty przez pryzmat złożonego wyjaśnienia w kontekście zawartej w nim zmiany oświadczenia woli zawartego w ofercie. Tym samym, jeżeli w oparciu o złożone wyjaśnienie treść oferty złożonej w wyznaczonym terminie na składanie ofert ulegnie zmianie, przez np.: organicznie oświadczeń, przez zmianę oświadczeń czy też przez rozszerzenie oświadczenia wykonawcy – czyli w każdy sposób jaki prowadzi nie do wyjaśnienia ale do zmiany – to w myśl obowiązujących przepisów nie możemy twierdzić, że oferta została wyjaśniona, ale że oświadczenie woli zostało zmienione po terminie składania ofert.

W rozpoznawanej sprawie, Zamawiający wezwał *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia woli wykonawcy zawartego w Formularzu oferty, w punkcie 5 w tabeli, w środkowej kolumnie w odniesieniu do podanego tam opisu części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy: *Roboty drogowe, roboty sanitarne, roboty elektryczne*. Izba podkreśla w tym miejscu, że w ramach SWZ Zamawiający jednoznacznie określił wymaganie w zakresie złożenia oświadczenia woli wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia przy udziale podwykonawcy oraz zakresu powierzonego podwykonawcy, co zostało powyżej już wyjaśnione. Zamawiający określił, że w przypadku powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy wykonawca składający



ofertę – bowiem cała ta regulacja odnosi się do etapu składania oferty - zobowiązany jest do wskazania w ofercie części zamówienia (zakresu zamówienia), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców, jeżeli są już znani. W zakresie takiego wymagania SWZ oraz postanowień Formularza ofertowego wykonawca składający ofertę miał obowiązek, ukształtowany przez Zamawiającego, podania w ofercie, złożenia jednoznacznego oświadczenia woli, co do części zamówienia (zakresu zamówienia), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Treść wezwania Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2024 roku potwierdza, że Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego oświadczenia woli wykonawcy w odniesieniu do wskazanych w formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy. Wykonawca *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* (dalej: wykonawca lub wykonawca *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile*) podał w pkt 5 Formularza oferty, że zamierza powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia: „Roboty drogowe, roboty sanitarne, roboty elektryczne”. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień podając, że *zapisy wykonawcy są niejednoznaczne, ponieważ mogą oznaczać zarówno zamiar zlecenia podwykonawcom wszystkich robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych objętych zamówieniem, jak i zamiar zlecenia podwykonawcom tylko części tych robót*. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia czy oświadczenie wykonawcy dotyczące podwykonawstwa oznacza, że wykonawca ma zamiar zlecenia podwykonawcom wszystkich robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych objętych zamówieniem, czy też tylko ich część. Jeżeli wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom część robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych, to należy wyjaśnić zakres robót budowlanych, który zostanie powierzony do realizacji podwykonawcom.

Izba stwierdza w tym miejscu, że wyjaśnienia treści oferty wykonawcy muszą dla swej skuteczności i poprawności ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej (oferty) rozszerzać ani ograniczać. Ze stanowiska Zamawiającego wynika, że podstawą do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego oświadczenia było to, że Zamawiający miał wątpliwości jaki zakres realizacji przez podwykonawców został objęty złożonym w ofercie oświadczeniem. Jednoznacznie wskazał Zamawiający, że oświadczenie wykonawcy było „niejasne i budzące wątpliwości”. W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, na przykładzie wskazanych w oświadczeniu wykonawcy „robót drogowych”, które nie posiadają żadnej definicji sporządzonej na potrzeby tego postępowania o zamówienie, że posiłkowo posługiwał się kosztorysem inwestorskim, który obejmuje branżę drogową i uznał, że w pojęciu „roboty drogowe”, jakie zostało podane w ofercie wykonawcy, może mieścić się realizacja całej

branży drogowej, ale również może to być realizacja tylko poszczególnych robót w ramach branży drogowej, która zostanie zlecona podwykonawcy. Ten sam mechanizm zastosował Zamawiający przy ocenie oświadczenia woli wykonawcy z punktu 5 Formularza oferty w odniesieniu do „robót sanitarnych” oraz „robót elektrycznych”.

Powyższa argumentacja z pisma procesowego Zamawiającego jak również z wyjaśnień na rozprawie jednoznacznie dowodzi tego, że Zamawiający nie wiedział w oparciu o złożone oświadczenie w punkcie 5 Formularza oferty, w jakim zakresie wykonawca *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* zamierza powierzyć podwykonawcom realizację zamówienia. Zamawiający dysponując ofertą zawierającą określone oświadczenie woli w punkcie 5 Formularza oferty, mając jednoznaczne wątpliwości co do treści tego oświadczenia – sposobu rozumienia tego oświadczenia - postanowił wezwać do jego wyjaśnienia. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo zastosował procedurę wezwania do złożenia wyjaśnień w obliczu wątpliwości jakie posiadał. Nie można Zamawiającemu odmówić prawa wyjaśnienia, jednakże skorzystanie z tego prawa nie powoduje po stronie Zamawiającego powstania jakiegokolwiek obowiązku oceny złożonych wyjaśnień w pryzmacie treści wezwania. Analiza wyjaśnień powiązana powinna być z treścią złożonej oferty. Słusznie podał Odwołujący, że w oparciu o złożone w Formularzu oferty oświadczenie woli w punkcie 5 wykonawcy *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* nie sposób odnosić tych treści „do część tych części” jakie zostały podane w tabeli, w środkowej kolumnie. Jednakże nawet w okolicznościach, gdy taka treść została zawarta w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, to nie zmienia to faktu, że odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnienia treści oferty podlegają analizie przez pryzmat treści oferty, i tej treści oferty zmieniać nie mogą,

Z żadnego postanowienia oferty wykonawcy *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* nie wynika zakres jaki obejmują roboty drogowe, roboty sanitarne oraz roboty elektryczne, co oznacza przy braku definicji tych zwrotów, że słusznie Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że zarzut odwołania został tak skonstruowany, że w pryzmacie zarzutu kwestionowane jest wezwanie do złożenia wyjaśnień, których skutkiem było doprowadzenie do zmiany treści oferty i stanu zgodności treści z przepisami, w sytuacji gdy oferta złożona w terminie składania ofert podlega odrzuceniu. W ramach odwołania nie został podniesiony zarzut co do dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty wykonawcy *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* po złożeniu wyjaśnień.

Izba stwierdza w tym miejscu, że należy mieć również na względzie, że złożone po terminie otwarcia ofert wyjaśnienia mogą stanowić w swej istocie zmianę oferty i w konsekwencji

nową ofertę. Niewątpliwie nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 223 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania tego przepisu, co również potwierdza dotychczasowe orzecznictwo odnoszące się do art. 87 ust.1 ustawy z 2004r. Jak uzasadnił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...) W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)".

Należy tu również zwrócić uwagę za Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 Slovensko a.s.), że "dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata została by ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Ponadto z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci. (...) Jednakże wskazany art. 2 nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Wskazany artykuł nie sprzeciwia się zatem również temu, by w ustawodawstwie krajowym istniał taki przepis, jaki jest przewidziany w art. 42 ust. 2 ustawy nr 25/2006, wedle którego zasadniczo instytucja

zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane." (oraz orzeczenie z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu - z pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej; orzeczenie z dnia 11 maja 2017 roku w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o. i Gama J. L. przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A. - z pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej; orzeczenie z dnia 29 marca 2012 roku w sprawie C-599/10 ELV Slovensko a.s. i in. Przeciwko Urad pre verejne obstaravanie; orzeczenie z dnia 10 października 2013 roku w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser przeciwko Manova A/S). To na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy, który stanowi że Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona; możliwe są zgodne z prawem zmiany treści oferty po terminie składania ofert. Na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 223 ust.2 pkt 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca - co wynika z orzecznictwa Izby, sądów powszechnych jak również orzecznictwa Trybunału.

Wykonawca *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* złożył wyjaśnienia (oświadczenia woli wykonawcy co do zakresu powierzonego podwykonawcy) z dnia 31 stycznia 2024 roku, że „*przewiduje się możliwość powierzenia realizacji części zamówienia w zakresie wykonania: - robót drogowych (nawierzchnie oraz galanteria betonowa) - robót sanitarnych (kanały rurowe, studnie rewizyjne, montaż przepompowni) - robót elektrycznych i teletechnicznych (oświetlenie, zasilanie przepompowni i usunięcie kolizji).*” Wyjaśnienie

wykonawcy, odnoszące się do tego jak należy rozumieć oświadczenie złożone w ofercie prowadzi do zmiany treści tegoż oświadczenia zawartego w tej ofercie. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania zakresu powierzonego do realizacji podwykonawcy, a zakres oświadczenia w tym przedmiocie został przez wykonawcę ograniczony przez podanie dodatkowych informacji jakich w ofercie, w Formularzu oferty w punkcie 5, w tabeli w środkowej kolumnie nie było zawartych na dzień składania ofert, a jakie po złożeniu wyjaśnień z dnia 31 stycznia statuuje zakres udziału podwykonawców.

W zasadzie zmiana oświadczenia zawartego w punkcie 5 Formularza jaka została dokonana przez wykonawcę *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* w związku ze złożonym oświadczeniem w wyjaśnieniach rozwiewała wątpliwość Zamawiającego wyrażoną jednoznacznie w piśmie procesowym, a jaka legły u podstaw wezwania do złożenia wyjaśnień, tj.: *wyjaśnienie w jakim zakresie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie robót budowlanych, a tym samym ustalenie czy treść oferty jest albo nie jest zgodna z warunkami zamówienia ze względu na brak możliwości powierzenia podwykonawcom całości realizacji zamówienia publicznego. Wobec wątpliwości w tym zakresie zamawiający miał prawo żądać wyjaśnienia treści złożonej oferty i z tego prawa skorzystał.* To sam Zamawiający zwrócił uwagę, że określony przez wykonawcę w Formularzu oferty zakres zamówienia powierzony podwykonawcom może odnosić się do całości przedmiotu zamówienia.

Izba zaznacza w tym miejscu również, że zmiana treści oświadczenia woli wykonawcy wynika z tego również, że zgodnie SWZ wykonawca zobowiązany był do podania części zamówienia w ofercie, które zamierza powierzyć podwykonawcom. W obliczu takich wymagań Zamawiającego oraz obowiązku wskazania zakresu powierzanego podwykonawcom wykonawca złożył w wyjaśnieniach z dnia 31 stycznia 2024 roku oświadczenie, że *„na obecnym etapie inwestycji, nie podjął jeszcze decyzji jakie roboty zostaną zlecone Podwykonawcom, niemniej przewiduje się możliwość powierzenia realizacji części zamówienia w zakresie wykonania: - robót drogowych (nawierzchnie oraz galanteria betonowa) - robót sanitarnych (kanały rurowe, studnie rewizyjne, montaż przepompowni) - robót elektrycznych i teletechnicznych (oświetlenie, zasilanie przepompowni i usunięcie kolizji)”. Izba podkreśla, że zgodnie z tymi twierdzeniami wykonawcy na moment wniesienia wyjaśnienia nie podjął jeszcze decyzji co do tego jakie roboty zostaną zlecone podwykonawcom – oznacza to w sposób oczywisty, że jest to niezgodne z postanowieniami SWZ, gdzie Zamawiający wymagał wskazania w ofercie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, a co oznacza, że te części na chwilę złożenia oferty musiały*

być jednoznacznie określone przez wykonawcę w ofercie, tj. te części które zmierza powierzyć podwykonawcom. Oznacza to w konsekwencji, że wyjaśnienia złożone 31 stycznia 2024 roku, zmieniające treść oferty – oświadczenia woli wykonawcy zawartego w punkcie 5 Formularza oferty nie są zgodne z treścią wymagań SWZ, i nadal nie statuują wymaganego w SWZ wskazania części zamówienia (zakresu zamówienia), których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom.

Powyższe uzasadnia również, w ocenie Izby, podanie przez wykonawcę w oświadczeniu woli zawartym w ofercie informacji o zakresie zamówienia jakie zamierza powierzyć podwykonawcy w sposób ogólny, a co uzasadniało wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Co potwierdza sam wykonawca w złożonych wyjaśnieniach podając, że nie podjął jeszcze decyzji jakie roboty zostaną zlecone podwykonawcy, a przecież Zamawiający wymagał, w przypadku, gdy będzie w realizacji zamówienia brał udział podwykonawca, złożenia w ofercie oświadczenia woli w odniesieniu do zakresu jaki wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom.

Izba stwierdza również, że bez znaczenia dla rozpoznania sprawy pozostaje dowód nr 1 złożony przez *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile*, ponieważ odnosi się ono do tego, że żadne z podanych w wyjaśnienia z dnia 31 stycznia br. informacji nie zmieniają oświadczenia w Formularzu oferty, że wykonawca zrealizuje zamówienie przy udziale podwykonawców nie będących podmiotami udostępniającymi zasoby. Zarzut odwołania natomiast tyczył się tego, że samo wezwanie do wyjaśnień było nieprawidłowe ale w odniesieniu do treści pkt 5 Formularza oferty odnośnie zakresu podwykonawstwa, bo oświadczenie tam zawarte zdaniem Odwołującego było jednoznaczne i odnosiło się do całości przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie w ocenie Izby w zakresie rozpoznania zarzut w granicach, mając na uwadze całość argumentacji przedstawionej powyżej, Izba za niezasadny uznała ten zarzut w odniesieniu do niezasadnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, bowiem w ocenie Izby Zamawiający wykazał co legło u podstaw jego wątpliwości i wezwania do złożenia wyjaśnień. Należyte wykonywanie czynności przez Zamawiającego pozwala mu na skorzystanie z prawa wezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* co do treści oświadczenia woli zawartego w ofercie tego wykonawcy. Innym kwestią jest natomiast ocena oferty przez pryzmat złożonych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego.

Natomiast Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego co do oceny złożonych wyjaśnień, że nie doszło do zmiany treści oferty w wyniku złożonych wyjaśnień, ponieważ jak twierdzi

Zamawiający wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ograniczyły się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie i wyjaśnienia znaczenia słów i zwrotów użytych w ofercie. Wykonawca nie zmienił (jak twierdzi odwołujący) treści oferty w ten sposób, że pierwotnie wskazane części zamówienia ograniczył do zakresu robót wskazanych w wyjaśnieniach wykonawcy, lecz jedynie doprecyzował zakres zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcom, co nie stanowi zmiany treści oferty. Sam fakt doprecyzowania oferty, do jakiego odnosi się Zamawiający i podania zakresu jaki zamierza powierzyć podwykonawcom wykonawca stanowi w ocenie Izby potwierdzenie zmiany treści oferty w wyniku złożonych wyjaśnień.

Izba podkreśla, że choć prawem Zamawiającego jest wzywanie do składania wyjaśnień przez wykonawcę, to ocena takiego wyjaśnienia wykonawcy złożona na wezwanie nie może prowadzić do zmiany treści oferty, zmiany oświadczenia woli wykonawcy i doprowadzenia do zgodności z obowiązującymi przepisami. Wymaga bowiem podkreślenia, że słusznie wskazał w zakresie zarzutu odwołania Odwołujący, że taka zmiana oświadczenia woli wykonawcy doprowadziła do zmiany treści oferty. W zakresie zmiany treści oferty i doprowadzenia jej do stanu zgodności z przepisami, w sytuacji gdy oferta złożona w terminie składania ofert powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy to argumentacja objęta zarzutem 2 odwołania.

W ramach tego zarzutu odwołania Odwołujący podniósł argumentację (sam koniec argumentacji w uzasadnieniu zarzutu 1) odnoszącą się do tego, że 3 części zamówienia wskazane w ofercie wykonawcy wyczerpują cały zakres zamówienia. Co istotne w ramach argumentacji w żadnym miejscu odwołania Odwołujący nie podał, że na zakres zamówienia objęty wymienionymi dokumentami składają się tylko roboty drogowe, roboty sanitarne i roboty elektryczne. Odwołujący w żadne sposób nie wykazał, że należy odnosić wykonanie robót drogowych, sanitarnych i elektrycznych do branży drogowej, sanitarnej oraz elektrycznej objętej tym zamówieniem. Izba podziela w tym miejscu stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym, że *pojęcie roboty drogowe, roboty sanitarne czy roboty elektryczne nie jest tożsame z pojęciem branża drogowa, branża sanitarna czy branża elektryczna, które to branże stanowią przedmiot zamówienia i których wskazanie oznaczałoby powierzenie podwykonawcom całego przedmiotu zamówienia*.

**W zakresie zarzutu 2 tj.**

naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 oraz art. 7 pkt 27 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą*

w *Pile* pomimo, że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy pzp w zakresie w jakim zakłada powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy – **Izba uznała zarzut za niezasadny.**

W zakresie rozpoznania zarzutu 2 odwołania Izba w całości uwzględniła w tym miejscu ustalenia stanu faktycznego dokonane w ramach rozpoznania zarzutu 1 oraz przyjmuje w tym miejscu za zasadną całą argumentację jaka została zawarta w rozpoznaniu zarzutu 1.

Rozpoznanie zarzutu 1 nie przesądza o wyniku rozpoznania zarzutu 2, bowiem w zakresie rozpoznania zarzutu 2 poddany zostaje ocenie zakres ujęty w ofercie wykonawcy *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* (dalej: wykonawca lub wykonawca *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile*) w odniesieniu do podwykonawstwem. Izba zaznacza jednocześnie w tym miejscu, że zarzut odwołania nie referuje do konieczności i zaistnienia podstaw do odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na to, że dokonał on zmiany treści oferty co do punktu 5 Formularza oferty w tabeli w środkowej kolumnie pismem z dnia 31 stycznia 2024 roku.

W zakresie tego zarzutu odwołania Odwołujący *a priori* założył, że ustalone zostało, że wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie całości zamówienia, co w ocenie Odwołującego wydaje się ma wynikać z rozpoznania zarzutu 1 (przy czym Izba zaznacza, że zarzut 1 referował do nieuprawnionego wzywania do złożenia wyjaśnień treści oferty), a co w ocenie Izby jest założeniem nieprawidłowym. W żaden sposób również nie znajduje w ramach tego zarzutu uzasadnienia argumentacja odnosząca się do odwołania do braku wskazania wartości prac zakreślonych do realizacji przez podwykonawców. Niepodanie wartości prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonawca, a wskazanych w treści oferty, również nie udowadnia i nie uzasadnia w żaden sposób, że te określone roboty dotyczyły całości wykonawstwa. Brak podania wartości tych prac stanowi tylko o tym, że nie zostały one podane (szerzej w odniesieniu do wartości prac w zakresie rozpoznania zarzutu 3, którą argumentację przywołuje Izba w tym miejscu).

W ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w ramach wskazanego w Formularzu oferty, w punkcie 5, tabela środkowa kolumna opisie części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy w ramach robót drogowych, robót sanitarnych i robót elektrycznych ujęte zostały wszystkie roboty określone w poszczególnych specyfikacjach technicznych dla każdej z branż jak również w kosztorysach ofertowych. Należy również podnieść w tym miejscu, że szczegółowa argumentacja prezentowana



w trakcie rozprawy z powołaniem poszczególnych postanowień dokumentacji technicznej tego postępowania odwoławczego jest spóźniona. Odwołujący przedstawia bowiem argumentację faktyczną mającą uzasadniać zarzut odwołania, przy czym takiej argumentacji nie ma w odwołaniu. Ogólne odniesienie się w ramach tego zarzutu do konieczności *uwzględnienia literalnego brzmienia treści oferty jasno wskazującego na zamiar powierzenia podwykonawcy robot drogowych, sanitarnych i elektrycznych, których zakres należy ustalić dla tego postępowania tak jak zdefiniowany został na potrzeby tego konkretnego postępowania tj. obejmujący całość przedmiotu zamówienia* w żaden sposób nie uzasadnia powodów, dla których należałoby oświadczeniem wykonawcy objąć całość przedmiotu zamówienia.

Dalsza argumentacja Odwołującego w ramach tego zarzutu odwołania tyczy się zasad prawa zamówień publicznych oraz ponownie niezmienności oświadczenia woli wykonawcy przekazanej w terminie składania ofert i kwestii wyjaśniania tej woli – ale to okoliczności zostały rozpoznane w zakresie zarzutu 1.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie wykazał Odwołując naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 oraz art. 7 pkt 27 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy w zakresie w jakim zakłada powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy, bo nie wykazał Odwołujący, że oferta ta zakłada powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy.

**W zakresie zarzutu 3 tj.**

naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim wykonawca ten nie podał w oświadczeniu zawartym w pkt 5 oferty wartości zamówienia powierzonej podwykonawcy – **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

W zakresie rozpoznania zarzutu 3 odwołania Izba w całości uwzględniła w tym miejscu ustalenia stanu faktycznego dokonane w ramach rozpoznania zarzutu 1 oraz przyjmuje w tym miejscu za zasadną całą argumentację jaka została zawarta w rozpoznaniu zarzutu 1.

Izba podkreśla, że w Formularzu oferty w punkcie 5, w tabeli w trzeciej kolumnie wykonawca obowiązany był podać „wartość zamówienia powierzona podwykonawcy w PLN”.

Obowiązek podania tej informacji wynika jednoznacznie z treści Rozdziału 5 SWZ pkt 11, gdzie jednoznacznie Zamawiający podał, że *wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie części zamówienia (zakresu zamówienia), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców, jeżeli są już znani. Należy w tym celu wypełnić odpowiedni punkt formularza oferty, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do SWZ.* Natomiast w rozdziale 17 SWZ w punkcie 6 *Ofertę należy sporządzić poprzez wypełnienie i podpisanie formularza oferty, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do SWZ.*

W ramach załącznika nr 4 do SWZ Formularz oferty, w ocenie Izby wymagania jakie zostały ukształtowane w punkcie 5 co do wypełnienia tabeli określonej w tym punkcie odnoszą się do złożenia oświadczenia, w ramach tego punktu w odniesieniu, do wykonawców, którzy oświadczają oświadczenie, że: *Oświadczam/-my, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegam/-my na następujących podmiotach udostępniającym zasoby, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.*

Z treści tej jednoznacznie wynika zatem, że informacje zawarte w tabeli poniżej powyższego twierdzenia Zamawiającego odnoszą się do określonej sytuacji wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegając na podmiotach udostępniających zasoby, które to będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Tym samym wymagania Zamawiającego co do wypełnienia Formularza oferty, w odniesieniu do punktu 5 w tabeli, w trzeciej kolumnie „wartość zamówienia powierzona podwykonawcy w PLN” odnosiła się jedynie do okoliczności dotyczących sytuacji, gdy w punkcie 5 Formularza oferty wykonawca oświadczyłby, że zamówienie zrealizuje *przy udziale podwykonawcy/-ów będących podmiotem udostępniającym zasoby.* Stanowisko to wzmacnia również to, że Zamawiający jednoznacznie podał, że w „Uwadze” zamieszczonej pod tabelą w punkcie 5 Formularza oferty określi, że: *w przypadku braku wskazania części zamówienia, której wykonanie będzie powierzone podwykonawcom, przyjmuje się, że całość zamówienia zostanie zrealizowana siłami własnymi wykonawcy.* Odwołujący nie odniósł się w uwadze do wszystkich wymagań tabeli, a jedynie do wskazania części zamówienia, której wykonanie będzie powierzone podwykonawcy i z brakiem podania tych informacji powiązał skutek w postaci przyjęcia, że całość zamówienia zostanie zrealizowana siłami własnymi wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że dokonując oceny oferty wykonawcy nie naruszył Zamawiający art. 226 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim wykonawca ten nie podał w oświadczeniu zawartym w pkt 5 oferty wartości

zamówienia powierzonej podwykonawcy. Na podstawie akt postępowania nie sposób stwierdzić niezgodności oferty z warunkami zamówienia w zakresie niepodania wartości zamówienia powierzonej podwykonawcy.

**W zakresie zarzutu 4 tj.**

naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jak też zaniechanie prowadzenie postępowania w sposób umożliwiający dokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z ustawą pzp, a to przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy *Exalo Drilling spółka akcyjna z siedzibą w Pile* pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

Izba uznała zarzut za niezasadny, na co miało wpływ rozpoznanie zarzutów 1, 2 i 3 odwołania. Podnoszone naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy oraz 17 ust. 2 ustawy w wyniku uznania wszystkich wskazanych zarzutów odwołania za niezasadne, w tym kontekście nie znajdują uzasadnienia. Stwierdzony przez Izbę brak powyższych naruszeń w działaniu Zamawiającego powoduje, że nie sposób również stwierdzić naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych w zakresie równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób konkurencyjny oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Przy czym wymaga również podkreślenia, że szczegółowe regulacje ustawowe odnoszą się także do warstwy korzystania ze środków ochrony prawnej, konstrukcji zarzutów odwołania jak i podnoszenia argumentacji faktycznej uzasadniającej kwestionowanie czynności Zamawiającego.

**Koszty:**

Izba oddaliła odwołanie.

Zamawiający nie złożył wniosku kosztowego.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenie odwołania w całości koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

**Przewodnicząca:** .....