

**WYROK**

**z dnia 7 lutego 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2013 r.

przez wykonawcę: **D..... T.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Stolarski i Remontowo-Budowlany „TOMAN” D..... T.....**, Turza Śląska

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Rybnik**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „AL-DUE” B..... J.....** z Rybnika, **Firma Projektowa „Projekt 3” s.c. M. P....., W. S.....** z Rybnika – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Zakładu Stolarskiego i Remontowo-Budowlanego „TOMAN” D..... T..... z Turzy Śląskiej oraz powtórzenie czynności badania ofert z uwzględnieniem dokonania poprawienia w tej ofercie innej omyłki polegającej na jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie braku wpisania w formularzu oferty, że wykonawca zamierza część zamówienia dotyczącą opracowania projektu budowlanego w zakresie architektury i konstrukcji powierzyć podwykonawcy.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto Rybnik i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Zakład Stolarski i Remontowo-Budowlany „TOMAN” D..... T..... z Turzy Śląskiej tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od zamawiającego: **Miasta Rybnika** rzecz odwołującego: **Zakładu Stolarskiego i Remontowo-Budowlanego „TOMAN” D..... T..... z Turzy Śląskiej** kwotę **13675 zł 65 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset siedemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt pięć groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Rybnik – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej oraz budowa na jej podstawie sali ćwiczeń w ramach adaptacji budynku Zespołu Szkół Budowlanych w dzielnicy Meksyk przy ul. Świerkłańskiej na potrzeby OPP „Zespół Przygoda”* (oznaczenie sprawy ZP 271.161.2012).

Ogłoszenie o zamówieniu 30 listopada 2012 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień publicznych, na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego oraz na jego stronie internetowej (www.rybnik.eu), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 975.609,76 zł – co stanowi równowartość 242.713,21 euro.

18 stycznia 2013 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Zakładowi Stolarskiemu i Remontowo-Budowlanemu „TOMAN” D..... T..... z Turzy Śląskiej zawiadomienie z 17 stycznia 2013 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „AL-DUE” B..... J..... z Rybnika, Firma Projektowa „Projekt 3” s.c. M. P....., W. S..... z Rybnika. W tym samym piśmie Zamawiający poinformował również Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący złożył dwa sprzeczne ze sobą oświadczenia woli składające się na treść oferty, a dotyczące podwykonawstwa. Zamawiający ocenił, że wprowadzenie podwykonawcy w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia oznacza zmianę zadeklarowanego sposobu wykonania zamówienia, a tym samym stanowi zmianę treści oferty – co zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp jest niedopuszczalne.

23 stycznia 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty.

W ocenie Odwołującego nie było podstaw do odrzucenia jego oferty, gdyż przez

wskazanie podwykonawcy doszło do doprecyzowania oferty, czego domagał się Zamawiający). Odwołujący stwierdził, że zmiana taka w żadnej mierze nie skutkuje niezgodnością oferty ze specyfikacją, która przecież dopuszczała możliwość wykonywania zadania za pomocą podwykonawców.

Ponadto Odwołujący, jak to stwierdził – z ostrożności procesowej – podniósł, co następuje. 9 stycznia 2013 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie określenia charakteru współpracy z firmą T..... R..... Architekci Sp. J., której zasobami miał dysponować Odwołujący. Zamawiający uczynił to pomimo wcześniejszego złożenia pisemnego zobowiązania tego podmiotu do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, czego obowiązek został określony w rozdziale V pkt 4 SIWZ. Zdaniem Odwołującego ponieważ SIWZ nie wymaga określania charakteru współpracy między firmami, wezwanie w tym zakresie było bezpodstawne i niezgodne z warunkami przetargu określonymi przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził w związku z tym, że złożone przez niego w tym zakresie wyjaśnienia (punkt 1.) – należy uznać za niewiążące i powinny być skorygowane w trybie art. 87 ust. 3 pkt 2 pzp, jak również nie powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego.

4 lutego 2013 r. Zamawiający przesłał faksem do Izby odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko.

Zamawiający podał, że zawarł w pkt IV. 3 b) SIWZ wymaganie w zakresie dysponowania niezbędną wiedzą i doświadczeniem o następującej treści: *Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwa projekty dotyczące budowy lub modernizacji budynków użyteczności publicznej, każdy o wartości minimum 50,000 PLN (pięćdziesiąt tysięcy PLN) brutto*. Natomiast w pkt V.4 SIWZ wskazał, że zgodnie z art. 26 ust 2b pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Jednocześnie w treści pkt II SIWZ Zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Wskazanie takie należało zamieścić w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ *Formularz ofertowy*, który w pkt 4, który zawierał następujące

oświadczenie: *przedmiot zamówienia wykonamy; sami/z udziałem podwykonawców \*) (\*) niepotrzebne skreślić*, a także tabelę, w której należało wskazać nazwy części zamówienia powierzone podwykonawcom (*następujące części zamówienia zamierzamy powierzyć podwykonawcom: L.p.; Nazwa części zamówienia*).

Zamawiający opisał, że Odwołujący złożył ofertę, w której formularzu ofertowym oświadczył, że zamówienie wykona sam, a w tabeli wpisał *nie dotyczy*. Jednocześnie przedłożył załącznik zawierający wykaz wykonywanych usług, gdzie na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wskazano zamówienia realizowane przez firmę T....., R..... Architekci sp.j. w Rybniku. Do oferty dołączono także pisemne zobowiązanie tej spółki jawnej do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania nich przy wykonywaniu zamówienia, potwierdzające oddanie do dyspozycji Zakładowi Stolarskiemu i Remontowo-Budowlanemu „Toman” D..... T..... własnej wiedzy i doświadczenia, łącznie z potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi wykonywać zamówienie – w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ocenił, że w sytuacji, gdy przedmiotem udostępnienia zasobów jest wiedza i doświadczenie, czyli zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie), musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, gdyż nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu – przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu, bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia – nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Zamawiający stwierdził, że mając na uwadze dochowanie staranności przy badaniu i ocenie ofert 9 stycznia 2013 r. wystąpił o złożenie wyjaśnień dotyczących charakteru współpracy Odwołującego z podmiotem użyczającym swoją wiedzę i doświadczenie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Otrzymane wyjaśnienia zawierały oświadczenie Odwołującego, że T..... R..... Architekci Sp. j będzie w powyższym zadaniu podwykonawcą odpowiedzialnym za opracowanie projektu budowlanego w zakresie architektury i konstrukcji. Ponadto przedstawiony został nowy formularz ofertowy, zmieniający treść pierwotnego oświadczenia dotyczącego samodzielnego wykonania zamówienia przez Odwołującego – na wskazanie, że część

zamówienia dotycząca opracowania projektu budowlanego w zakresie architektury i konstrukcji zostanie powierzona podwykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podtrzymał swoją opinię, która była podstawą odrzucenia oferty, że wprowadzenie podwykonawcy w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia oznacza zmianę zadeklarowanego sposobu wykonania zamówienia, a tym samym stanowi istotną zmianę treści oferty. Tymczasem przepis art. 87 ust 1 pzp w zdaniu drugim wskazuje na niedopuszczalność prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust 2 tego art., dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Zamawiający odnosząc się do tezy odwołania, że powinien uznać złożone wyjaśnienia za niewiążące, które można skorygować w oparciu o art. 87 ust 2 pkt 3 pzp, ocenił, że nie mógł tego uczynić, gdyż przekazane wyjaśnienia nie stanowią doprecyzowania oferty lecz jej ewidentną zmianę. W przekonaniu Zamawiającego zmiany formularza ofertowego w zakresie oświadczenia o wykonaniu zamówienia samodzielnie lub z udziałem podwykonawcy nie można sankcjonować w oparciu o uznanie jej jako omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, ponieważ SIWZ nie zawierała w swej treści wymogów czy zakazów w zakresie podwykonawstwa, pozwalając wykonawcy na podjęcie samodzielnej decyzji o sposobie realizacji zamówienia. Ponadto zdaniem Zamawiającego zmiany takiej nie można uznać za nieistotną.

Zamawiający podniósł również, że nie mógł, jak chciałby Odwołujący, nie brać pod uwagę złożonych wyjaśnień, gdyż dokonując badania oferty bierze pod uwagę całą ofertę, a złożone w toku badania wyjaśnienia i uzupełnienia stanowią jej integralną całość. Zamawiający nie ma prawa dokonywać selekcji złożonych w toku postępowania oświadczeń, lecz dokonuje oceny kompletnej oferty. Ponieważ nastąpiła niedozwolona zmiana treści oferty przez złożenie dwóch sprzecznych ze sobą oświadczeń składających się na treść oferty, jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp było w pełni uzasadnione (Zamawiający wskazał na wyrok Izby z 29 października 2012 r., sygn. akt KIO 2239/12).

Na skutek przekazania 24 stycznia 2013 r. faksem przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania – w poniedziałek 28 stycznia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej (pismo z 25 stycznia 2013 r.) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „AL-DUE” B..... J..... z Rybnika, Firma Projektowa „Projekt 3” s.c. M. P....., W. S..... z Rybnika.

Wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej w ustawowym 3-dniowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego

kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – nie było podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący podniósł, że dokonane przez Zamawiającego odrzucenie oferty Odwołującego jest zgodne z obowiązującymi przepisami, gdyż zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp jakiegokolwiek modyfikacje treści oferty (poza ściśle określonymi wyjątkami) są niedopuszczalne. Zmiana sposobu wykonania zamówienia stanowi niedopuszczalną modyfikację oferty, jest istotna i nie mieści się w katalogu określonym w art. 87 ust. 2 pzp.

Ponadto zdaniem Przystępującego zmiana taka zwiększa zakres odpowiedzialności Zamawiającego, co wynika z art. 647<sup>1</sup>§ 5 kodeksu cywilnego. Skoro Odwołujący w treści oferty zastrzegł, że samodzielnie wykona zamówienie, Zamawiający ma prawo domagać się od niego osobistego spełnienia świadczenia (Przystępujący podał, że tak Izba w wyroku z 15 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2579/11).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące możliwością odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony (Przystępujący nie stawił się) – podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, piśmie złożonym na rozprawie przez Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego naraża go na szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, a także pisma Zamawiającego z 9 stycznia 2013 r. i przesłanego w odpowiedzi pisma Odwołującego z 11 stycznia 2013.

Izba ustaliła, że niesporne pomiędzy Stronami są okoliczności faktyczne sprawy dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia od złożenia oferty przez Odwołującego do odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego. Izba uznała za stosowne dokonać w tym zakresie następujących uściśleń i uzupełnień ponad okoliczności faktyczne przywołane powyżej za odpowiedzią na odwołanie:

– Brzmienie postanowienia pkt 5. rozdziału IV s.i.w.z.: *Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i określonych w Rozdziale IV w pkt 3 polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia Zamawiający żąda wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w Rozdziale V pkt 1, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.*

– Brzmienie postanowienia pkt 1. rozdziału V s.i.w.z.: *W zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 1 ustawy Pzp należy przedłożyć oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 2 do SIWZ.*

– Brzmienie postanowienia pkt 6 rozdziału IV s.i.w.z.: *Jeżeli Wykonawca wykazuje spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w oparciu o zasoby podwykonawców, Zamawiający może dopuścić do ich zmiany na etapie realizacji umowy jedynie pod warunkiem, że nowy podwykonawca wykaże spełnianie warunków w zakresie nie gorszym niż dotychczasowy podwykonawca.*

– Do złożonej przez Odwołującego oferty zostały załączone dwa odrębne oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania: jedno złożone przez Odwołującego i drugie złożone przez T..... R..... Architekci sp. j. z siedzibą w Rybniku. Oba oświadczenia zostały złożone na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego (załącznik nr 2 do s.i.w.z.), w którego stopce zamieszczono następujący *Zapis zamieszczony w celach informacyjnych: Niniejsze „Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia” składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a także podmioty na zasobach, których Wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy*



*Pzp, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia.*

– Brzmienie pkt 1. pisma Zamawiającego z 9 stycznia 2013 r. skierowanego do Odwołującego: *Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywam Pana do złożenia wyjaśnień odnośnie dokumentów potwierdzających, że będzie Pan dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ponieważ z dołączonego do oferty zobowiązania innego podmiotu, tj. T..... R..... Architekci Sp. j., nie wynika jaki ma być charakter Pana współpracy z tym podmiotem, proszę o złożenie wyjaśnień w jaki sposób będzie Pan polegał na wiedzy i doświadczeniu tego podmiotu w realizacji przedmiotowego zamówienia. (...) W przypadku braku wyjaśnień w przedmiotowym zakresie lub wyjaśnień, które nie będą wskazywały sposobu w jaki będzie Pan polegał na wiedzy i doświadczeniu firmy T..... R..... Architekci Sp. j. w realizacji zamówienia, Zamawiający nie uwzględni zasobów tej firmy przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i wystąpi o uzupełnienie treści oferty.*

– W pkt 1. pisma z 11 stycznia 2013 r. (które wpłynęło do Zamawiającego 14 stycznia 2013 r. Odwołujący wyjaśnił, że: *Firma T..... R..... Architekci Sp.J. będzie w powyższym zadaniu podwykonawcą odpowiedzialnym za opracowanie projektu budowlanego w zakresie architektury i konstrukcji (w załączeniu poprawiony formularz oferty).*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz podniesiony w odwołaniu i podlegający rozpatrzeniu zarzut, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje uwzględnieniu.

Zamawiający błędnie ocenił, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 87 ust. 1 pzp, gdyż przez złożenie dwóch ze sobą sprzecznych oświadczeń woli odnośnie podwykonawstwa Odwołujący w sposób niedopuszczalny zmienił treść oferty co do sposobu wykonania zamówienia.

Na wstępie należy zauważyć, że Zamawiający podnosząc w odpowiedzi na odwołanie argument o braku możliwości usankcjonowania istnienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na jej niezgodności z treścią s.i.w.z., popada w logiczną sprzeczność, gdyż to na stwierdzeniu wystąpienia (nieusuwalnej) rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią s.i.w.z. oparł swoją wcześniejszą decyzję. Zamawiający, który dokonał odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – może następnie co najwyżej argumentować i dowodzić, że konkretne okoliczności danego przypadku uniemożliwiały usunięcie stwierdzonej sprzeczności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – a nie twierdzić, że w ogóle przepis ten nie znajduje zastosowania, gdyż nie było sprzeczności

pomiędzy treścią oferty a treścią s.i.w.z. Skoro Zamawiający uznaje oświadczenie dotyczące wskazania części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy za treść oferty Odwołującego, to nie może jednocześnie uważać, że w tym zakresie nie mogło dojść do sprzeczności z treścią s.i.w.z. Jak trafnie podniósł na rozprawie Odwołujący – ocena zaistnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jest nierozzerwalnie powiązana z koniecznością stwierdzenia braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, co wprost wynika z redakcji tych przepisów, z których pierwszy odsyła bezpośrednio do drugiego.

Izba nie podziela jednakże najdalej idącego stanowiska Odwołującego, które zostało zaprezentowane dopiero na rozprawie. W odwołaniu podnoszono wyłącznie argument, że przez udzielone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia doszło do doprecyzowania treści oferty, co nie mogło skutkować stwierdzeniem niezgodności z treścią s.i.w.z., która dopuszczała wykonanie zamówienia za pomocą podwykonawców (paradoksalnie stanowisko to w powyżej opisanym zakresie podzielił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie). Jednakże na rozprawie Odwołujący wskazywał przede wszystkim na brak jakiegokolwiek znaczenia treści oświadczenia złożonego w odpowiedzi na zawarte w treści s.i.w.z. żądanie wskazania w formularzu oferty części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. Izba zważyła, że niewątpliwie takie postanowienie s.i.w.z. znajduje wprost oparcie w przepisie art. 36 ust. 4 pzp, nakazującym wręcz zamawiającym zażądanie wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy. Skoro jednak takie wymaganie istotnie zostało zawarte w treści s.i.w.z. obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu, sposób uczynienia mu zadość przez Odwołującego nie może pozostawać poza granicami badania jego oferty przez Zamawiającego. Oczywiście jest przy tym, że w okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie mogło dojść do niezgodności polegającej na wkroczeniu wskazanego w ofercie zakresu zamówienia powierzanego podwykonawcy w sferę wyłączoną z podwykonawstwa z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający nie zawarł w s.i.w.z. takiego zastrzeżenia, dopuszczając tym samym powierzenie wykonania części a nawet całości zamówienia podwykonawcom. W ocenie Izby nie może to być jednak kryterium przesądzające o tym, czy wskazanie w treści oferty części zamówienia objętej powierzanej podwykonawcy ma walor treści oferty czy też nie.

Wynikający z treści s.i.w.z. pełny zakres swobody co do zakresu części zamówienia powierzanej podwykonawcy nie zwalniał Odwołującego ze sprecyzowania, w jakim zakresie zamierza skorzystać z tej swobody, skoro takie żądanie zostało wprost w treści s.i.w.z. wyrażone przez Zamawiającego. Jak dostrzeżono w orzecznictwie Izby (wyrok z 15 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2579/11): *Oświadczenie o podwykonawstwie ma (...) charakter*

potencjalnej możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy bez jednoczesnego zawiązania się w tym zakresie jakiegoś stosunku zobowiązaniowego. Jeśli jednak wykonawca nie złożył oświadczenia o podwykonawstwie w treści oferty, zobowiązując się do wykonania zamówienia samodzielnie, w toku realizacji zamówienia Zamawiający może domagać się od wykonawcy osobistego spełnienia świadczenia. Prezentowany przez Odwołującego na rozprawie pogląd o zupełnie niewiążącym, bo wyłącznie informacyjnym charakterze oświadczenia dotyczącego podwykonawstwa, nie może być uznany za właściwy również z innego powodu. Z uwagi na rozbieżność pomiędzy informacją wprost wpisaną w formularzu oferty (nie ma podwykonawstwa w ogóle) a informacją podaną w wyjaśnieniach (jest podwykonawstwo co do wyszczególnionej części zamówienia), zachodzi w tym przypadku dezinformacja ze strony Odwołującego. Trudno zaakceptować stanowisko prowadzące do konieczności pozostawienia w złożonej ofercie informacji, na której niezgodność ze swoją wolą Odwołujący sam wskazał w udzielonych później wyjaśnieniach, a co potrzymał również na rozprawie. Izba oceniła zawarty w końcowej części odwołania wniosek o niebranie wyjaśnień pod uwagę za oczywiście sprzeczny z domaganiem się na wstępie odwołania uznania tych wyjaśnień za doprecyzowanie oferty w zakresie zamierzonego podwykonawstwa.

Zamawiający podkreślił w końcowej części odpowiedzi na odwołanie konieczność kompleksowego badania całej oferty Odwołującego, choć *de facto* ograniczył się wyłącznie do zestawienia rozbieżnej treści formularza z udzielonymi na swoje wezwanie wyjaśnieniami, do których Odwołujący z własnej inicjatywy dołączył formularz poprawiony o wskazanie części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy. Zdaniem Izby w okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający mógł i powinien powziąć wątpliwości co do tego, czy Odwołujący omyłkowo w formularzu oferty zakreślił, że wykona samodzielnie przedmiot zamówienia. Ze złożonej oferty od początku wynikało, że o ile Odwołujący sam posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania robót budowlanych (warunek sprecyzowany w lit. a pkt 3. rozdziału IV s.i.w.z.), o tyle w zakresie wiedzy i doświadczenia w projektowaniu (warunek sprecyzowany w lit. b pkt 3. rozdziału IV s.i.w.z.) polega na zasobach T..... R..... Architekci sp. j. z siedzibą w Rybniku. Jednocześnie do oferty załączono oświadczenie tej spółki, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Złożenie tego oświadczenia trudno było uznać za przypadkowe wobec skorzystania przez Zamawiającego w pkt 5. rozdziału IV s.i.w.z. z przewidzianej w przepisie § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817; zwane dalej w skrócie „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”) możliwości domagania się, aby wykonawcy –

wykazujący spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez poleganie na zasobach innych podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji części zamówienia – załączyli do oferty dokumenty dotyczące braku podstaw do wykluczenia dla tych podmiotów. W tym przypadku jedynym takim dokumentem było oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, które zostało złożone przez wspomnianą spółkę jawną na formularzu przygotowanym przez Zamawianego, ewidentnie w związku z powyższym żądaniem, przypominanym w uwadze zamieszczonej na dole. Należy również zauważyć, że na mocy postanowienia pkt 6 rozdziału IV s.i.w.z. Zamawiający dokonał swoistego powiązania pomiędzy wykazywaniem warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia w oparciu o zasoby podwykonawców a możliwością zmiany podwykonawcy na etapie realizacji zamówienia, wymagając od nowego podwykonawcy wykazania spełniania tych warunków w zakresie nie gorszym niż dotychczasowy.

Biorąc pod uwagę rozbieżność pomiędzy oświadczeniem z formularza a pozostałymi dokumentami oferty Zamawiający powinien dążyć jej usunięcia. Zamawiający poniekąd podjął w tym kierunku działania, wzywając Odwołującego do wyjaśnienia jaki charakter będzie miała współpraca ze spółką jawną T..... R..... Architekci. Zamawiający stwierdził brak takiej informacji w załączonym do oferty zobowiązaniu tej spółki, jednak z uwagi na powiązanie tego dokumentu z załączonym również oświadczeniem spółki o braku podstaw do wykluczenia, musiał brać pod uwagę, że odpowiedzią będzie wskazanie na udział w wykonywaniu zamówienia podmiotu udostępniającego niezbędne zasoby wiedzy i doświadczenia w projektowaniu. Odwołujący udzielił takich wyjaśnień, usuwając w ten sposób wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Izby Zamawiający nieprawidłowo dokonał podwójnej kwalifikacji wyjaśnień Odwołującego, z jednej strony dokonując na ich podstawie pozytywnej weryfikacji oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania, a drugiej strony uznając je jednocześnie za podstawę do odrzucenia oferty za niezgodność z oświadczeniem zawartym w formularzu oferty odnośnie podwykonawstwa.

Tymczasem przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp Zamawiający miał obowiązek zbadać, czy w formularzu oferty nie doszło do omyłkowego wskazania na brak zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcy, możliwego do skorygowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Możliwości takiego poprawienia nie uchyla podnoszona przez Zamawiającego do rangi zasady możliwość samodzielnego poprawienia przez niego omyłki, bez udziału Odwołującego. Tymczasem jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia jednoznacznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który wprost takiej przesłanki jednak nie wyraża. Niewątpliwie jej zastosowanie w praktyce eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego

z art. 87 ust. 1 pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty, jak również gwarantuje przestrzeganie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla stwierdzenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Zamawiający miał prawo wezwać do wyjaśnień, co też uczynił, choć winno to nastąpić w trybie art. 26 ust. 4 pzp zamiast art. 87 ust. 1 pzp, a następnie skorzystać z uzyskanych wyjaśnień przez dokonanie poprawienia formularza ofertowego w zakresie oświadczenia o zamierzonym podwykonawstwie. Zdaniem takie działanie nie powoduje naruszenia powyżej opisanego zakazu i zasad wynikających odpowiednio z art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 pzp. W szczególności nie sposób uznać za negocjacje usunięcie wewnętrznej sprzeczności tkwiącej od początku w ofercie, w sposób pośrednio z niej wynikający, a dodatkowo potwierdzony wyjaśnieniami. Jednocześnie z uwagi na dopuszczenie przez Zamawiającego podwykonawstwa w pełnym zakresie, takiej zmiany treści formularza nie można ocenić jako istotną w przedmiotowej sprawie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków (odpowiednio faktury VAT i biletu kolejowego) – zgodnie z § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....