

Sygn. akt: KIO 1454/16

**Wyrok**  
**z dnia 24 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:        Emil Kawa**  
**Protokolant:            Łukasz Listkiewicz**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2016 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o., Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o., Cleanpipe Polska Sp. z o.o., Preuss Pipe Rehabilitation Polska Sp. z o.o., ul. Pasterska 2, 50-304 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A., pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Blejkan S.A., Terlan Sp. z o.o., ul. Transportowa 25, 70-715 Szczecin** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o., Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o., Cleanpipe Polska Sp. z o.o., Preuss Pipe Rehabilitation Polska Sp. z o.o., ul. Pasterska 2, 50-304 Wrocław, i**
3. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
4. Zasadza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych z tytułu zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. PI. Starynkiewicza 5,02-015 Warszawa, zwany dalej także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. . "Renowacja magistral wodociągowych metodą bezwykopową na terenie m. st. Warszawy z podziałem na 7 zadań", (numer postępowania 00741/WS/PW/PZL-DZA-WRI/B/2016)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/147 w dniu 13.05.2016 r., nr dok. 2016/S 092-165446.

W dniu 28 lipca Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszych ofert w poszczególnych częściach zamówienia. Od dokonanego wyboru ofert w zakresie zadań 1,3 i 5 wykonawca – Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum ul. Pasterska 2,50-304 Wrocław, Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych "REMKAN" Sp. z o.o. ul. Ziębicka 2,60-164 Poznań, Cleanpipe Polska Sp. z o.o. ul. Pszczyńska 1,43-175 Wiry, Preuss Pipe Rehabilitation Polska Sp. z o.o. ul. Leśna 1,43-170 Łaziska Górne, dalej zwany także „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 26 ust.3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze do złożenia pełnomocnictwa do podpisania oferty w jego imieniu przez Dyrektora ds. Technicznych R.Sz., w związku ze złożeniem wadliwego pełnomocnictwa;

2. art. 26 ust.3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze do uzupełnienia dokumentów w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego "Kamar" PHU P.K. do udostępnienia swoich zasobów wykonawcy celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz załącznika nr 5 "Wykaz robót budowlanych" wraz z dowodami dotyczącymi najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; a w przypadku nie uwzględnienia tego zarzutu, kierując się ostrożnością procesową, zarzuty wyrażone pod pkt. 3,4 i 5;

3. art. 26 ust.3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze do złożenia dokumentów wymaganych w celu

oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone w odniesieniu do podmiotu trzeciego Heitkamp, Inc. Pipe Lining Division 99 Callender Road, PO Box 730 Watertown, CT0679, w związku ze złożeniem dokumentów niewiarygodnych (referencji), co równoznaczne jest z ich niezłożeniem;

4. art. 26 ust.3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze do złożenia dokumentów wymaganych w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. dokumentów określających status prawny oraz osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań w imieniu podmiotu na którego zasobach zamierza polegać w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. firmy Heitkamp, Inc. Pipe Lining Division 99 Callender Road, PO Box 730 Watertown, CT0679;

5. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze do złożenia dokumentów wymaganych w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. dowodów potwierdzających, że ww. wykonawca faktycznie będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz że zasoby te wyczerpują zakres niezbędny na potrzeby wykonania zamówienia w odniesieniu do podmiotu trzeciego Heitkamp, Inc. Pipe Lining Division 99 Callender Road, PO Box 730 Watertown, CT0679;

6. art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BLEJKAN S.A. ul. Transportowa 25, 70-715 Szczecin i Terlan Sp. z o.o. ul. Przemyska 5, 61-324 Poznań w związku z brakiem w ofercie tych wykonawców spełnienia wymogu określonego w pkt. 3.5 SIWZ, a polegającego na żądaniu wskazania części zamówienia, której wykonanie powierzą podwykonawcom.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 1, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BLEJKAN S.A. ul. Transportowa 25, 70-715 Szczecin i Terlan Sp. z o.o. ul. Przemyska 5,61-324 Poznań;

2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 3 i Zadania nr 5, złożonej przez wykonawcę RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze;

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BLEJKAN S.A. ul. Transportowa 25,70-

715 Szczecin i Terlan Sp, z o.o. ul. Przemyska 5,61-324 Poznań;

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze do uzupełnienia dokumentów w zakresie pełnomocnictwa do podpisania oferty w jego imieniu przez Dyrektora ds. Technicznych R.Sz.;

5) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. zobowiązania podmiotu trzeciego "Kamar<sup>1</sup>" PHU P.K. do udostępnienia swoich zasobów wykonawcy celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz załącznika nr 5 "Wykaz robót budowlanych" wraz z dowodami dotyczącymi najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; a w przypadku nie uwzględnienia tego żądania, kierując się ostrożnością procesową, uwzględnienie żądań wyrażonych pod pkt. 6,7 i 8;

6) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21, 41-810 Zabrze do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (referencji) w odniesieniu do podmiotu trzeciego Heitkamp, Inc. Pipe Lining Division 99 Callender Road, PO Box 730 Watertown, CT0679;

7) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. dokumentów określających status prawny oraz osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań w imieniu podmiotu na którego zasobach zamierza polegać w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. firmy Heitkamp, Inc. Pipe Lining Division 99 Callender Road, PO Box 730 Watertown, CT0679;

8) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj. dowodów potwierdzających, że ww. wykonawca faktycznie będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz że zasoby te wyczerpują zakres niezbędny na potrzeby wykonania zamówienia w odniesieniu do podmiotu trzeciego Heitkamp, Inc. Pipe Lining Division 99 Callender Road, PO Box 730

Watertown, CT067

9) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 1, Zadania nr 3, Zadania nr 5.

10) dopuszczenie dowodów przywołanych w treści uzasadnienia do odwołania

Na wstępie wskazać należy, iż Odwołujący na etapie posiedzenia cofnął zarzuty odwołania postawione wobec wykonawcy RTI Poland Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 21,41-810 Zabrze. Dlatego też dalsza część uzasadnienia zawiera tylko stanowisko Odwołującego podniesione wobec wykonawcy konsorcjum BLEJKAN S.A. ul. Transportowa 25, 70-715 Szczecin i Terlan Sp. z o.o. ul. Przemyska 5,61-324 Poznań

W uzasadnieniu podniesionego zarzutu wobec konsorcjum BLEJKAN S.A. podniósł iż Zamawiający winien był odrzucić ofertę tego wykonawcy z tego powodu iż oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Podkreślił, że godnie z treścią pkt. 3.5 SIWZ Zamawiający dopuszczał udział podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach określonych w projekcie umowy (dotyczy każdego z zadań). Zakres zamówienia, który Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcom oraz nazwę Podwykonawcy, należało określić w harmonogramie rzeczowo-finansowym, zgodnie z zasadami określonymi w projekcie umowy dla każdego z zadań. Zamawiający żądał wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy Podwykonawcom oraz podania przez Wykonawcę nazw podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm BLEJKAN S.A., ul. Transportowa 25, 70-715 Szczecin i Terlan Sp. z o.o., ul. Przemyska 5, 61-324 Poznań, nie wskazali w swojej ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzą Podwykonawcom. Z wymagań określonych w pkt. 3.5 SIWZ wynika, że należało w treści oferty wyraźnie wskazać którą część zamówienia wykonawca powierzy podwykonawcom, a nie tylko informację, że będzie to część bliżej nieokreślona, jakaś część, czy jakakolwiek część zamówienia. Z tak oględnie sformułowanej treści w żaden sposób nie można wywnioskować którą część zamówienia wykonawcy mają na myśli. Wszak biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, określony w części III SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, każda część zamówienia, bezpośrednio lub pośrednio, związana jest z renowacją wodociągu. Także i z treści oświadczenia, zawartego w pkt.8, a którego wykonawcy pozostawili bez skreślenia, jednoznacznie wynika, że części te należało wymienić w odpowiedniej rubryce formularza. Nadto też opis nagłówek kolumny tabeli, tj. *Określenie części zamówienia*, jednoznacznie wskazuje, że powinno to być precyzyjne wskazanie części zamówienia. W takich okolicznościach, zdaniem Odwołującego, nie można uznać, że

oferta wspólna wykonawców BLEJKAN S.A. i Terlan Sp. z o.o. zgodna jest z treścią SIWZ, albowiem nie wypełnia ona wymagań określonych w pkt. 3.5 SIWZ i na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp, podlegać powinna odrzuceniu. Podniósł iż nadto zauważyć należy, że z tak ogólnie sformułowaną informacją o części zamówienia, którą wykonywać by mieli podwykonawcy, przy jednoczesnym braku podania nazw tych podwykonawców, interpretować należy jako dopuszczenie w ofercie wykonawców BLEJKAN S.A. i Terlan Sp. z o.o. do zatrudnienia każdego podwykonawcy do każdej części zamówienia. To zaś oznacza, że wykonawcy ci dopuszczają możliwość zatrudnienia podwykonawcy innego niż ten, który zobowiązał się do udostępnienia swoich zasobów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia (tj. firmy INFRA S.A.), do wykonania robót technologicznych czyszczenia i cementowania magistrali. Te zaś roboty, zgodnie z treścią w § 12 ust.2 wzoru umowy, będącej częścią SIWZ, zastrzeżona jest do osobistego wykonania lub przez podwykonawcę udostępniającego swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zatem i z tego względu oferta ta podlegać powinna odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

Podkreślił, że mając na względzie powyższe, słuszne jest żądanie Odwołującego, aby nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 oraz odrzucenie oferty wykonawców BLEJKAN S.A. i Terlan Sp. z o.o. na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie lecz wskazał, że pismem z dnia 18 sierpnia 2016 roku poinformował wykonawców- w tym i Odwołującego, że dokonał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 3 i 5 i w następstwie tej czynności przystąpi do czynności ponownej oceny ofert w zakresie tych zadań. W związku z tym iż przedmiotowe odwołanie dotyczyło wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań 1;3 i 5 oświadczył iż wnosi o oddalenie zarzutów odwołania skierowanych wobec wyboru wykonawcy w części 1.

Przystępujący do postępowania wykonawca BLEJKAN S.A. i Terlan Sp. z o.o. którego oferta w zadaniu 1 została uznana za najkorzystniejszą wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Również Przystępujący wykazał interes w przystąpieniu, polegający na obronie i utrzymaniu dotychczasowego stanowiska Zamawiającego wobec jego oferty.

Na wstępie stwierdzić należy iż w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań 3 i 5 Odwołujący biorąc pod uwagę fakt iż na datę orzekania w przedmiotowej sprawie brak było czynności Zamawiającego podlegającej kwestionowaniu, cofnął zarzuty odwołania podnoszone wobec wykonawcy RTI. Powyższe stanowisko Odwołującego w tym stanie faktycznym należy ocenić za prawidłowe, gdyż nie jest zasadna ocena w postępowaniu czynności już nieistniejącej, unieważnionej przez Zamawiającego, w szczególności jeśli unieważniona czynność zostanie ponowiona przy ponownej ocenie oferty. Zakończenie nowego badania i oceny ofert, w tym także oferty Przystępującego, w zależności od ostatecznej czynności Zamawiającego, którą Zamawiający odzwierciedli w kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, otworzy Odwołującemu prawo do merytorycznego kwestionowania rozstrzygnięcia Zamawiającego w nowym odwołaniu. (podobnie wyrok KIO z 04.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2002/13 i KIO 1225/16).

Wobec powyższego Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie tylko zarzut skierowany wobec Przystępującego tj. wykonawcy Blejkan S.A., Terlan Sp. z o.o., ul. Transportowa 25, 70-715 Szczecin.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt iż Zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom oraz podania nazw tych podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Kwestia ta winna była znaleźć najpierw odzwierciedlenie w pkt 8 tabeli formularza ofertowego, a następnie winna być sprecyzowana w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Poza sporem między stronami jest to, iż wykonawca BLEJKAN S.A. w pkt 8 ww. tabeli podał iż zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom oraz podał nazwę podwykonawcy na którego zasoby się powołuje celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu tj spółki INFRA. Spółka ta zgodnie z pisemnym zobowiązaniem oświadczyła, że *„spółka Infra S.A. przekazuje wykonawcy swoje zasoby i przyjmuje do realizacji część zamówienia w zakresie renowacji sieci wodociągowej”*. Ponadto wskazać należy iż Zamawiający w § 12 ust.2 wzoru umowy zastrzegł iż roboty

technologiczne czyszczenia i cementowania magistrali winny być wykonane osobiście przez wykonawcę lub przez podwykonawcę na którego zasoby się powołuje.

Przy tak wykazanej kwestii udziału podwykonawców w realizacji zamówienia Odwołujący kwestionował w szczególności to iż Przystępujący nie podał wprost w ofercie którą część zamówienia powierzy podwykonawcom w tym również spółce INFRA. W formularzu ofertowym został wskazany tylko jeden podwykonawca – spółka INFRA. Z powyższego Odwołujący wywodził iż przy tak wypełnionym pkt 8 tabeli formularza ofertowego wykonawca może powierzyć dowolnemu podwykonawcy do wykonania potencjalnie każdą część zamówienia, w tym i tą którą wykonawca winien wykonać osobiście lub ewentualnie przy pomocy podwykonawcy na którego zasoby się powołuje. Tym samym pozostawiona tak duża swoboda wykonawcy, w zakresie wykonania zamówienia przy udziale podwykonawców, powoduje zdaniem Odwołującego sytuację iż brak podania nazw tych podwykonawców, interpretować należy jako dopuszczenie w ofercie Przystępującego do zatrudnienia każdego podwykonawcy do każdej części zamówienia, a to skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła co następuje, odwołanie jest niezasadne. Niewątpliwym jest, że dla podania w ofercie czy wykonawca będzie przy realizacji zamówienia korzystał z usług podwykonawców Zamawiający w wzorze oferty przygotował tabelę którą wykonawca wypełnił. Treść oferty należy odczytywać w kontekście dokumentów oferty jako całości i tym samym istotnym elementem tej oferty jest treść zobowiązania firmy INFRA SA, gdzie podano iż firma ta udziela zasobów wykonawcy w zakresie renowacji sieci wodociągowej i równocześnie przyjmuje jako podwykonawca do realizacji, tą część zamówienia. Wywodzenie w tej sytuacji, iż tą newralgiczną dla Zamawiającego część przedmiotu zamówienia będzie wykonywał zupełnie inny podmiot niż wymieniony w ofercie podwykonawca jest nieuzasadnione. Ponadto musiałoby to nastąpić za akceptacją Zamawiającego, który aby uniknąć takich ewentualnych sytuacji w § 12 pkt 3 wzoru umowy zastrzegł, że jeśli wykonawca lub podwykonawca zamierzają zawrzeć umowę o podwykonawstwo to są oni zobowiązani do przedłożenia projektu takiej umowy Zamawiającemu, z zastrzeżeniem postanowień art. 36a ust. 3 Pzp., co zdaniem Izby taką ewentualność eliminuje. W tym zakresie wskazać należy także iż szczegółowy harmonogram, zawierający zakres robót, który wykonawca powierzy podwykonawcom winien być w oparciu o § 2 pkt 4 projektu umowy, przedłożony Zamawiającemu do jego akceptacji, w terminie do 7 dni od daty podpisania umowy. W harmonogramie tym wykonawca winien także wskazać zakres prac, które zostaną powierzone podwykonawcom. Sam taki harmonogram jest poza zakresem możliwości oceny przez Izbę, gdyż jego złożenie następuje to już po zawarciu umowy i dotyczy czynności etapu wykonywania zamówienia, a nie procedur jego udzielania.

Podkreślenia wymaga kwestia, iż zasadniczym elementem zarzutu odwołania, jest stawianie przez Odwołującego Zamawiającemu, możliwości dokonania hipotetycznych czynności (jak chociażby możliwość dopuszczenia do realizacji niewralgicznej części zamówienia, innych podwykonawców), które mogą w rezultacie spowodować niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Takie stanowisko należy uznać za nieuprawnione, a ponadto sprzeczne z przepisem art. 180 ust.1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem w odwołaniu można podnieść zarzut wobec czynności Zamawiającego sprzecznych z przepisami ustawy i to czynności dokonanych, a nie opartych na hipotetycznej możliwości ich dokonania lub zaniechania dokonania. Odwołujący nie wykazał ani nie udowodnił za pomocą jakiegokolwiek środka dowodowego, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty już naruszała prawo, lecz wywodził tylko możliwość takiego naruszenia w przyszłości.

Kolejnym argumentem przemawiającym za nieuwzględnieniem odwołania jest kwestia iż nawet gdyby uznać zasadność podnoszonego wobec oferty Przystępującego zarzutu to i tak przed ewentualną czynnością odrzucenia oferty, Zamawiający winien by wezwać Przystępującego w trybie art. 87 ust.1 Pzp do wyjaśnienia niezgodności treści oferty z SIWZ. Dlatego też w przedmiotowej sytuacji winien być wpieryw postawiony zarzut niewezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty, czego nie uczyniono. W tym zakresie podkreślić należy iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, że w przypadku zrodzenia się u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W myśl powyższego Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

W takiej sytuacji żądanie odrzucenia oferty należy uznać za niezasadne.

Podkreślić należy także iż, aby Izba mogła dokonać uwzględnienia odwołania konieczne jest stwierdzenie zaistnienia naruszenia przepisów, które ma, albo może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust.2 Pzp), czego w tym postępowaniu Izba nie stwierdziła.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

**Przewodniczący .....**