

Sygn. akt: KIO 907/23

## WYROK

z dnia 17 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2023 r. przez wykonawcę **ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o., z siedzibą w Jasionce,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Politechnikę Lubelską,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Swietelsky Sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie oraz Swietelsky AG,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

### orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odrzucić ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Swietelsky Sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie oraz Swietelsky AG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp; (iii) dokonać ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący** .....

## UZASADNIENIE

W dniu 31 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o., z siedzibą w Jasionce (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Politechniczne Lubelskiej (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 462 ust. 1 i ust. 2 PZP w zw. z art. 7 pkt 27 PZP, w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty konsorcjum Swietelsky Sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie oraz Swietelsky AG (dalej „Wykonawca” lub „Konsorcjum”) jako niezgodnej z przepisami ustawy i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że oferta wskazanego Wykonawcy przewiduje realizację zamówienia w całości przy udziale podwykonawców;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale XXI pkt 1 i 2 SWZ i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że oferta wskazanego Wykonawcy przewiduje realizację zamówienia w całości przy udziale podwykonawców;
- 3) art. 223 ust. 1 PZP poprzez niedopuszczalne prowadzenie negocjacji pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą dotyczących złożonej oferty mających na celu uczynienie oferty zgodną z przepisami ustawy, mimo iż nie jest ona z nimi zgodna, w szczególności negocjacji odnośnie brzmienia pkt 9 formularza oferty, jak również poprzez niedopuszczalne dokonanie zmiany treści oferty po jej złożeniu i przyjęcie, że Wykonawca zamierza wykonać co najmniej część robót budowlanych we własnym zakresie, mimo że oferta wskazanego Wykonawcy przewiduje niezgodnie z ustawą realizację zamówienia w całości przy udziale podwykonawców;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. S 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP i w zw. z art. 462 ust. 1 i ust. 2 PZP, w zw. z art. 17 ust. 2 PZP, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, związku z tym, że jest sprzeczna z ustawą PZP i bowiem przewiduje realizację zamówieni.aw całości przez podwykonawców, ewentualnie, mającej na celu obejście przepisów tej ustawy dotyczących braku możliwości powierzania podwykonawcom realizacji całości zamówienia, czy też obejście przepisu

zobowiązującego do „udzielenia zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami, a nie faktycznemu udzielenia go podwykonawcom;

- 5) art. 239 ust 1 PZP, art. art. 16 pkt 2PZP i art. 17 ust. 2 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy mimo naruszeń wskazanych powyżej w pkt a) — d), w konsekwencji, doprowadziło do prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, oraz równego traktowania wykonawców, a także poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert, odrzucenia oferty Wykonawcy, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w postępowaniu przetargowym prowadzonym w niniejszej sprawie Zamawiający wybrał ponownie jako najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum. Takie rozstrzygnięcie nie zasługuje na aprobatę. Oferta wskazanego Wykonawcy powinna zostać odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem nie jest ona zgodna z ww. przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XXI pkt 1 SWZ „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom na zasadach i w granicach określonych w ustawie Pzp.”, a zgodnie z pkt 2 „Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy lub podwykonawcom oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Informacji należy udzielić na formularzu ofertowym —Załącznik nr 2 do SWZ.”

Zgodnie z przepisem art. 462 ust. 1 PZP Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie art. 462 ust. 2 PZP Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Zgodnie z art. 7 pkt 27) PZP ilekroć w ustawie jest mowa o 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.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 PZP zamówienia udziela się wykonawcy, wybranemu zgodnie z przepisami ustawy

Tymczasem Wykonawca w formularzu ofertowym oświadczył w pkt 9, że powierzy podwykonawcą wykonanie następującego zakresu zadań:

Lp.	Firma podwykonawcy	Część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy	Wartość lub procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy
1	Nieznany	Roboty demontażowe i zabezpieczające	6%
2	Nieznany	Roboty budowlane konstrukcja i mury. Roboty wykończeniowe, izolacje, tynki, malowanie, wylewki posadzkowe, posadzki pvc okładziny ścian i posadzek płytkami ceramicznymi, naprawa posadzek lastryko	32%
3	Nieznany	Wymiana stolarki i ślusarki okiennej i drzwiowej, Wymiana balustrad, Wymiana parapetów	90/0
4	Nieznany	Remont pokrycia dachu i wymiana obróbek blacharskich	10/0
	Nieznany	Wymiana dźwigów osobowych, wymiana zsypu, dostawa schodotazu	3%
6	Nieznany	Dostawa i montaż zabudów meblowych, dostawa i montaż wyposażenia	2%
7	Nieznany	Instalacje branży sanitarnej i mechaniczne	16%
8	Nieznany	Instalacje elektryczne i teletechniczne	31%

W ocenie Odwołującego, z powyższego oświadczenia Wykonawcy wynika, że suma części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom wynosi 100%. Powyższe oznacza, że całość zamówienia (wszystkie jego części, tj. 100% zakresu) zostanie powierzona do wykonania podwykonawcom, których firmy jeszcze nie są znane na etapie składania ofert.

Z ww. przepisów, tj. art. 462 ust 1 i ust. 2 PZP oraz art. 7 pkt 27 PZP wynika jednoznacznie, że wykonawca nie może powierzyć realizacji zamówienia w całości przez podwykonawcę.

Wykładnia wskazanych przepisów nie pozostawia wątpliwości, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Zlecenie wszystkich części zamówienia podwykonawcom (100% zakresu) faktycznie oznacza, że wykonawca nie będzie go realizował, a co najwyżej koordynował jego realizację. Taka sytuacja jest niezgodna zarówno z ww. przepisami, jak i z wynikającymi z przepisów PZP zasadami udzielania zamówienia jedynie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców w postępowaniu i zachowania uczciwej konkurencji. W związku z powyższym, w przypadku złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia, skutkować powinno odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP jako niezgodnej z przepisami ustawy (m.in. naruszenie art. 462 ust. 1 PZP i art. 7 pkt 27 PZP), czego Zamawiający zaniechał uczynić i dokonał w dniu 21.03.2023 r. wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2021 r. w sprawie o sygn. XXIII Zs 11/21.

Pomimo złożenia przez Konsorcjum oferty o wskazanej treści (pkt 9 formularza oferty), Zamawiający dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej pismem z dnia 7.02.2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie na wskazaną czynność wyboru, jak również odnośnie zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum w dniu 16.02.2023 r. (sprawa otrzymała sygn. akt KIO 439/23). Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania, mimo iż formalnie nie uwzględnił zarzutów odwołania w postępowaniu przed KIO, to pismem z dnia 27.02.2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty Konsorcjum i poinformował, że dokona ponownego badania i oceny ofert i nie jest wiadome, jakie będą wyniki tej czynności. Tym samym Zamawiający potwierdził słuszność zarzutów odwołania. W świetle wskazanych działań Zamawiającego (aktualnego stanu rzeczy) Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 3.03.2023 r., po rozpoznaniu sprawy na posiedzeniu niejawnym, umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP, z uwagi na to, że „czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć, a zaskarżenie czynności, która już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego”. Zamawiający w ramach ponownego badania i oceny ofert wezwał Konsorcjum pismem z dnia 6.03.2023 r. do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w zakresie:

- a) w zakresie załącznika nr 2 do SWZ— formularza ofertowego w części dotyczącej określenia procentowej części zamówienia jakie zostanie powierzone podwykonawcom;
- b) treści oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust 4 ustawy — na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ wzywając Wykonawcę do złożenia następujących wyjaśnień:
  1. co należy rozumieć poprzez wskazanie w punkcie 9 formularza ofertowego ośmiu części zamówienia jakie mają zostać powierzone podwykonawcom, mimo że żaden z podwykonawców nie był jeszcze Wykonawcy znany, w związku z tym jaki był cel Wykonawcy w złożeniu takiego oświadczenia oraz czy Wykonawca na etapie złożenia oferty miał intencję udzielenia zamówienia w 100% podwykonawcom;
  2. jak należy rozumieć treść oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy — na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ w świetle treści tabeli zawartej w punkcie W szczególności czy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zamierzają brać udział w wykonaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum udzieliło wyjaśnień pismem z dnia 9.03.2023 r. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca oświadczył przede wszystkim, że „Wypełniając formularz ofertowy nr 9 intencją Wykonawcy było wskazanie że wykona całość zamówienia w 100% i miało na celu wykazanie kompletności złożonej oferty. Wskazujemy, że wypełniając formularz ofertowy nie wskazaliśmy (tj. nie zostało wykreślone) czy będziemy wykonywać to siłami własnymi czy też powierzmy wykonanie poszczególnych zadań podwykonawcom. Z całą odpowiedzialnością oświadczamy, że nie mieliśmy i nie mamy intencji udzielenia zamówienia w 100% podwykonawcom. Decyzję czy zlecimy konkretny zakres prac podwykonawcy w całości czy w części lub czy sami wykonamy ten zakres robót, podejmiemy w oparciu o analizę sytuacji rynkowej przed rozpoczęciem przedmiotowych robót”.

Powyższe wyjaśnienia treści złożonej oferty w części dotyczącej określenia procentowej części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom nie powinny być w ogóle brane przez Zamawiającego pod uwagę w trakcie czynności badania i oceny ofert. Wykonawca nie odparł skutecznie twierdzeń Odwołującego w przedmiocie powierzenia całości zamówienia podwykonawcom i nie wyjaśnił w sposób wiarygodny jaki był cel Wykonawcy w złożeniu oświadczenia o treści wynikającej z pkt 9 formularza oferty.

Tymczasem przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia stanowią próbę przywrócenia oferty Konsorcjum zgodności z ustawą. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia te stanowią w istocie niedozwolona na gruncie art. 223 ust, 1 PZP modyfikację treści ofert przez Wykonawcę dokonaną już po jej złożeniu. Wykonawca ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że jeszcze nie podjął decyzji, który z zakresów powierzy podwykonawcom, a który wykona siłami własnymi, mimo iż wprost wskazał w dniu złożenia oferty (w pkt 9 formularza oferty), że wszystkie te zakresy powierzy podwykonawcom. Przy czym podkreślenia wymaga, że Wykonawca nie wskazał na występowanie jakiegokolwiek omyłki w oświadczeniu złożonym w pkt 9 formularza ofertowego, a Zamawiający nie dokonał sprostowania ewentualnej omyłki w treści oferty. Przyjąć więc należy, że oświadczenie złożone w pkt 9 formularza oferty jest prawdziwe i zostało złożone prawidłowo, tj. zgodnie z wolą i wiedzą Wykonawcy. To zaś oznacza, że wyjaśnienia Wykonawcy złożone w piśmie z dnia 9.03.2023 r. stoją w sprzeczności z treścią oświadczenia z pkt 9 formularza oferty (100% zakresu zamówienia zostanie powierzona podwykonawcom). Powyższe oznacza, że Wykonawca dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty w stosunku do treści wyrażonej w dniu jej złożenia (pkt 9 formularza oferty), a dokonana modyfikacja treści oferty polegała na przyjęciu, że Wykonawca nie powierzy 100% zakresu zamówienia podwykonawcom, bowiem część (albo całość) tego zakresu wykona siłami własnymi (nie precyzując jaką część czy całość). Zamawiający z kolei przyjmując takie wyjaśnienia za prawidłowe i rozwiewające jego wątpliwości (skoro doszło do wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej) w sposób niedozwolony aprobuje dokonaną modyfikację treści oferty i dopuszcza się niedozwolonych negocjacji z Wykonawcą treści oferty po jej złożeniu, Powyższe, w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie art. 223 ust, 1 ustawy PZP. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie KIO 3555/21, wyrok KIO z dnia 23.07.2021 r. KIO 1732/21:

W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 PZP nie mieściły się w granicach złożonej oferty — Wykonawca ze stanu faktycznego, w którym powierza do realizacji całość (100%) zamówienia podwykonawcom i nie realizuje zamówienia siłami własnymi, w wyniku złożonych wyjaśnień próbuje osiągnąć stan faktyczny, w którym powierza do realizacji podwykonawcom część zamówienia (mniej niż 100%) i zrealizuje co najmniej część zamówienia siłami własnymi. Wykonawca nie wykazuje więc prawidłowości treści oświadczenia zawartego w pkt 9 formularza oferty, ewentualnie braku jego prawidłowości (w przypadku gdyby doszło do omyłki), ale skupia się na nadaniu temu oświadczeniu innego brzmienia niż ma ono w rzeczywistości. Takie wyjaśnienia nie mogą mieć wpływu na ocenę oferty. W szczególności wyjaśnienia Wykonawcy nie są wiarygodne i powinny zostać pominięte przez Zamawiającego, gdyż wykonawca wskazuje,



że wypełniając pkt 9 formularza oferty intencją Wykonawcy było wskazanie, że wykona całość zamówienia w 100% i miało na celu wykazanie kompletności złożonej oferty, podczas gdy treść pkt 9 formularza oferty wyraźnie dotyczy udzieleniu informacji czy Wykonawca wykona przedmiot siłami własnymi czy powierza jego wykonanie podwykonawcom. Niezrozumiałe jest tłumaczenie jakoby Wykonawca wypełniając wskazany punkt formularza oferty, chciał podkreślić kompletność (100%) wykonania oferty. Wykonawca wyraźnie bowiem umieścił wskazane odniesienie wyrażone w % do zakresu powierzenia podwykonawstwu poprzez wypełnienie rubryki pn. „wartość lub procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy”. Na marginesie dodać należy, że oświadczenie o kompletności złożonej oferty wynika już m.in. z pkt 4 formularza oferty (Przedmiotowe zamówienie zrealizujemy zgodnie z opisem, dokumentacją techniczną i w sposób określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) i nie trzeba było podkreślać kompletności oferty również w pkt 9 formularza oferty.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca próbuje osiągnąć korzyść pomimo nieprawidłowego w świetle PZP wypełnienia pkt 9 formularza oferty poprzez próbę wykazania w wyjaśnieniach, że nie wskazaliśmy (tj. nie zostało wykreślone) czy będziemy wykonywać to siłami własnymi czy też powierzymy wykonanie poszczególnych zadań podwykonawcom. Wykonawca nie dokonał bowiem przekreślenia w pkt 9 formularza oferty jednej z opcji: „całość zadania zostanie wykonana siłami własnymi Wykonawcy” / „Podwykonawcom zostanie powierzone wykonanie następujących zadań:”. Wykonawca próbuje w ten sposób na etapie wyjaśnień wykazać, że brak wykreślenia jednej z dwóch ww. opcji w istocie oznacza, że Wykonawca pozostawia sobie prawo do wykonania zamówienia w całości siłami własnymi albo powierzenia jego wykonania podwykonawcom. Z tym że Wykonawca kompletnie pomija, że wypełnił w tym punkcie formularza tabelę dotyczącą powierzenia części zadania podwykonawcom zarówno co do zakresów jakie im powierzy, jak i % zamówienia, jaki zostanie powierzony podwykonawcom. Tym samym Wykonawca dokonał wyboru jednej z dwóch opcji poprzez wypełnienie tabelki, której nie wypełniałby gdyby miał wykonać całość zadania siłami własnymi. Podkreślenia przy tym wymaga, że Wykonawca wypełnił wskazaną tabelę w taki sposób, że nie ograniczył powierzenia podwykonawcom realizacji jedynie do części zadania, ale oświadczył jednoznacznie i w pełni świadomie, że zleci im całość zadania (100%);

Odwołujący wskazał, że Wykonawca wskazuje w wyjaśnieniach, że wypełnienie pkt 9 formularza ma charakter jedynie informacyjny i nie stanowi merytorycznej części oferty. Wykonawca myli jednak kwestię jaki charakter ma informacja o ewentualnych nazwach podwykonawców, którym zamierza powierzyć realizację części zamówienia, z kwestią

złożenia oświadczenia o powierzeniu realizacji zamówienia w całości podwykonawcom, a więc z kwestią złożenia oferty niezgodnej - już w chwili jej składania - z przepisami ustawy (jak również nieważnej na podstawie odrębnych przepisów o czym szerzej w uzasadnieniu kolejnego zarzutu). W tej sytuacji powyższe wyjaśnienia Wykonawcy nie mogą spowodować, że oferta niezgodna z przepisami ustawy stanie się z nimi zgodna (a nieważna zostanie konwalidowana do ważnej). Skoro zatem nie ma prawnej możliwości uczynienia z oferty niezgodnej z przepisami ustawy, ofertą z tymi przepisami zgodną, to nie ma możliwości poprawienia w tym zakresie jej treści. Wskazana niezgodność jest bowiem niemożliwa do usunięcia w toku badania ofert przez Zamawiającego. Dalej Odwołujący wskazał, że Wykonawca utrzymuje w wyjaśnieniach, że „dopiero po podpisaniu umowy będziemy w stanie określić, które prace zostaną wykonane we własnym zakresie, a które prace (usługi) zostaną powierzone podwykonawcom. Tymczasem Wykonawca wskazał w pkt 9 formularza oferty, że powierzy całość zamówienia do realizacji podwykonawcom (100%) i wskazał konkretne zakresy rzeczowe, które im powierzy a które składają się na całość zamówienia. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał występowanie jakiegokolwiek omyłki w złożonym oświadczeniu, zostało ono złożone zgodnie z wolą i wiedzą Wykonawcy. Nie sposób dać więc wiarę, że „pierwotną intencją Wykonawcy nie było powierzenie realizacji zamówienia w 100% podwykonawcom”. Przeczy temu treść oświadczenia Wykonawcy i sposób wypełnienia przez Wykonawcę tabeli w pkt 9 formularza oferty zarówno co do zakresu rzeczowego podwykonawstwa, jak i jego procentowemu udziałowi. Wykonawca zadał sobie trud aby szczegółowo opisać zakresy konkretnych robót, które zostaną powierzone podwykonawcom i dokonać oceny jaką część zamówienia one stanowią, trudno więc przyjąć za wiarygodne tłumaczenie, że tak naprawdę Wykonawca nie był wówczas w stanie określić zakresu podwykonawstwa i uczyni to dopiero po podpisaniu umowy, a także dać wiarę, że co prawda wypełnił wskazaną tabelę w taki sposób, ale w rzeczywistości towarzyszyły mu inne intencje. Gdyby towarzyszyły, to Wykonawca z pewnością nie złożyłby oświadczenia o treści jak w pkt 9 formularza oferty. Przyjąć należy, że profesjonalny wykonawca wypełniając formularz oferty i składając ofertę czyni to w pełni świadomie i z uwzględnieniem konsekwencji podejmowanych działań. Oferta po dniu jej złożenia nie może być później zmieniana (sanowana).

Dalej Odwołujący wskazał, że Wykonawca wyjaśnił, że „Na dzień składania wyjaśnień możemy oświadczyć, że Wykonawcy będą finansować całe zadanie, udostępniemy 4 — 6 osób (pracowników konsorcjum)”. Tym samym Wykonawca potwierdza rzeczywiste intencje złożenia oświadczenia w pkt 9 formularza oferty, tzn. że ograniczy się do finansowania zamówienia, a jego realizację powierzy podwykonawcom. Podkreślenia bowiem wymaga, że „finansowanie” zamówienia nie stanowi argumentu potwierdzającego, że to wykonawca

realizować będzie zamówienie, jak chciałby to widzieć Wykonawca. Każdy wykonawca, niezależnie od poziomu zlecenia prac podwykonawcom, finansuje realizację inwestycji. Dzieje się tak również przy zleceniu 100% podwykonawstwa, gdyż podmiotem je finansującym będzie wykonawca zlecający prace swoim kontrahentom. Wykonawca musi najpierw ponieść koszt wynagrodzenia podwykonawców i przedłożyć oświadczenia o dokonaniu im zapłaty aby móc uzyskać wynagrodzenie od zamawiającego. Ponadto Wykonawca wskazuje w wyjaśnieniach, że udostępni pracowników konsorcjum - „Wykonawca będzie brał czynny udział w realizacji zamówienia, skierował do jego realizacji kluczowe osoby zarządzające i nadzorujące procesem inwestycyjnym (wykaz osób)”. Tym samym Wykonawca potwierdza rzeczywiste intencje złożenia oświadczenia w pkt 9 formularza oferty, tzn. że ograniczy się jedynie do finansowania zamówienia oraz nadzoru nad jego przebiegiem, a jego realizację powierzy podwykonawcom. Tymczasem nie sposób uznać, że o wykonywaniu zamówienia można mówić w sytuacji, gdy zakres udziału ogranicza się do czynności czysto organizacyjnych, (...). Nie stanowią one de facto świadczeń realizowanych na rzecz Zamawiającego, trudno zatem uznać, iż ich wykonywanie stanowi wykonywanie zamówienia w sensie faktycznym (powyżej cytowany wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5.05.2021 r. w sprawie XXIII Zs 11/21).

Ponadto, Wykonawca w pkt 2 wyjaśnień odnosi się do tego jak należy rozumieć treść oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust. 4 PZP na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 w kontekście treści tabeli zawartej w pkt 9 formularza oferty, wskazując że „należy rozumieć jako kompletność oferty, tj. że Wykonawca w 100% wykona zamówienie. Oświadczamy ponadto, że jako Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie zamierzamy brać czynny udział w wykonaniu przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z naszym oświadczeniem każdy z członków konsorcjum będzie wykonywał 50% zadania”. Powyższe wyjaśnienia nie rzucają nowego światła na treść oświadczenia zawartego w pkt 9 formularza oferty. Co więcej, stwierdzenie w wyjaśnieniach o kompletności oferty i że każdy z członków konsorcjum będzie wykonywał 50% nie wyklucza, że członkowie Konsorcjum swoje zakresy wykonają za pomocą podwykonawców, co wprost wynika z zestawienia oświadczenia złożonego w Załączniku nr 9 oraz zestawienia wskazanego w pkt 9 formularza oferty.

W ocenie Odwołującego, powyższe koreluje z oświadczeniem złożonym w dokumentach JEDZ przez każdego z konsorcjantów, w których udzielili oni odpowiedzi twierdzącej na pytanie czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia, wskazując, że na tym etapie podwykonawcy nie są jeszcze znani. Zwraca bowiem uwagę, że zakres rzeczowy robót i dostaw wskazany w Załączniku nr 9 jest tożsamy z zakresem robót i dostaw składających się na 100% zamówienia wskazanym w pkt

9 formularza oferty. Lider Konsorcjum określił, które usługi/dostawy będą wykonywać poszczególni Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z tym oświadczeniem każdy z konsorcjantów będzie wykonywał „Roboty rozbiórkowe 50%, roboty ogólnobudowlane 50%, instalacje sanitarne 50%, roboty elektryczne 50%, roboty wykończeniowe 50%, dostawa i montaż wyposażenia 50%”, co oznacza, że konsorcjanci dzielą się zakresem zamówienia 50/50. Powyższe oświadczenie złożone na podstawie art. 117 ust. 4 PZP w Załączniku nr 9, nie wyklucza, że całość zamówienia zostanie powierzona do wykonania podwykonawcom. Tak samo złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w tym przedmiocie w żaden sposób nie wykluczają, że całość zamówienia zostanie powierzona podwykonawcom. Członkowie konsorcjum nie wskazali, że będą realizować zamówienie w podziale 50/50 siłami własnymi. Wręcz przeciwnie, wprost oświadczyli, że będą realizować zamówienie przy udziale podwykonawców. Złożone oświadczenie oznacza więc, że wykonawcy zawarli konsorcjum o charakterze „finansowym” (a nie „rzeczowym”), tzn. że będą uczestniczyć w finansowaniu zadania w podziale 50/50 i w takim też stosunku będą finansować podwykonawców faktycznie wykonujących zamówienie. Twierdzenia o „czynnym udziale konsorcjantów w wykonaniu zamówienia” jest gołosłowne i sprowadza się właściwie jedynie do wskazania, że czynny udział będzie polegał na udzieleniu finansowania zamówienia oraz zapewnieniu kadry nadzorującej realizację zamówienia, a więc będzie sprowadzał się do czynności organizacyjno-koordynacyjnych. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w ww. wyroku czynności organizacyjno-koordynacyjne nie stanowią wykonywania zamówienia w kontekście przepisów ustawy. Nie stanowią one de facto świadczeń realizowanych na rzecz Zamawiającego, trudno zatem uznać, iż ich wykonywanie stanowi wykonywanie zamówienia w sensie faktycznym.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy o takiej treści nie mogły zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie ofert. Stanowisko Wykonawcy wyrażone w wyjaśnieniach nie znajduje jakiegokolwiek potwierdzenia w treści oferty, a wręcz stoi w sprzeczności z oświadczeniem złożonym w pkt 9 formularza oferty. Wyjaśnienia modyfikują w sposób niedopuszczalny (niezgodny z przepisami) treść oferty, Wykonawca nieskutecznie próbuje w nich usunąć niezgodność oferty z ustawą, a ich pozytywna ocena przez Zamawiającego (skoro doszło do wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej) stanowi niedopuszczalne negocjacje Zamawiającego z Wykonawcą. Zamawiający bezzasadnie dał wiarę ogólnikowym, mało wiarygodnym i sprzecznym z treścią formularza oferty wyjaśnieniom Wykonawcy, co narusza zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców. Zarówno treść oferty, jak i argumentacja Wykonawcy zaprezentowana w złożonych wyjaśnieniach treści oferty, potwierdzają, że całość prac objętych niniejszym zamówieniem zostanie powierzona do realizacji podwykonawcom, a

Wykonawca ograniczy się do czynności organizacyjno-koordynacyjnych i finansowania zadania, co należy postrzegać jako obejście przepisów ustawy PZP dopuszczających możliwość zlecenia podwykonawcom części zamówienia oraz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Złożenie zatem przez Konsorcjum oferty niezgodnej przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga jej odrzucenia. Wykonawca nie zdołał wykazać w wyjaśnieniach, że jego intencją, jak sam próbuje twierdzić, było jedynie częściowe, a nie całkowite powierzenie wykonania ośmiu części zamówienia podwykonawcom. Wykonawca jedynie próbuje dokonać wykładni oświadczenia złożonego w pkt 9 formularza oferty, które ma jednoznaczne brzmienie, w sposób mało wiarygodny, a miejscami sprzeczny i stojący w kolizji z regułami logicznego rozumowania. Powyższe oznacza, że zasadny pozostaje zarzut niezgodnego z ustawą powierzenia realizacji całego (100%) zamówienia podwykonawcom.

Odwołujący z ostrożności wskazał również, że zakaz powierzenia podwykonawcom realizacji całości zamówienia, który wynika z treści ww. art. 462 ust. 1 i ust. 2 PZP (gdzie powierzenie realizacji 100% zamówienia podwykonawcom stanowi naruszenie tych przepisów), został także sformułowany w SWZ i wynika również z jego treści, tj. z powyżej cytowanych zapisów Rozdziału XXI pkt 1 i 2 SWZ. W tej sytuacji treść oferty (oświadczenie zawarte w pkt 9 formularza oferty) jest niezgodna ze wskazanymi warunkami zamówienia (zapisami Rozdziału XXI pkt 1 i 2 SWZ). Mając to na uwadze, Odwołujący przytacza powyżej opisane okoliczności faktyczne (pkt I uzasadnienia niniejszego odwołania) jako uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP i wnosi jak na wstępie. Podkreślenia jednak wymaga, że treści ww. zapisów SWZ zostały przywołane przepis ustawy PZP, dlatego naruszenie tego zakazu (powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcom) stanowi w istocie naruszenie ww. przepisów ustawy.

W zakresie zarzutu nieważności oferty na podstawie innych przepisów, Odwołujący wskazał, że Wykonawca oświadczył, że powierzy realizację całości zamówienia podwykonawcom, co jest sprzeczne w szczególności z art. 462 ust. 1 i ust. 2 PZP, gdyż zgodnie z tym przepisem powierzenie podwykonawstwu całości zamówienia nie jest możliwe. W innym wypadku doszłoby do zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcom, którzy nie są zobowiązani do wykazywania się określonymi zdolnościami m.in. technicznymi, zawodowymi i finansowymi, a nie wybranemu wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. Wykładnia przepisów PZP prowadzi jednoznacznie do wniosku, że zamówienie powinno być zrealizowane przez podmiot należycie zweryfikowany i wybrany zgodnie z ustawą PZP, co ma dawać rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. W myśl art. 58 §1 Kodeksu cywilnego, czynność prawna sprzeczna z ustawą

albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Zatem, oferta obejmująca powierzenie wykonania całości zamówienia w 100% podwykonawcom, jest nieważna na gruncie art. 58 KC jako sprzeczna z ustawą PZP (m.in. art. 462 ust. 1 PZP), a także jako stanowiąca wyraz obejścia przepisów ustawy PZP, których celem jest powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą PZP, a nie jego podwykonawcom. Przepis art. 462 ust. 1 i ust. 2 PZP nie pozwala bowiem na zastąpienie wykonawcy, który potwierdza spełnienie warunków udziału w danym postępowaniu - podwykonawcami, którym zostanie powierzona realizacja całości zamówienia. Powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcom, należy uznać za nie tylko sprzeczne z ustawą, ale czynność taka byłaby również nieważna w świetle art. 58 k.c., jako stanowiąca wyraz obejścia przepisów ustawy. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w której poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcom, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. Taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa (art. 17 ust. 2 PZP), jak i ww. przepisami ustawy PZP. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Na marginesie powyższego, w ocenie Odwołującego, przedmiotowe naruszenie przepisów należy odnieść także do przepisów ustawy VAT. w zakresie prawa Zamawiającego do odliczenia podatku VAT z faktury wystawionej przez wykonawcę z tytułu wykonania zleconych prac budowlanych, w ramach przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z art. 88 ust. 3a. pkt. 4 ) lit. c ustawy VAT, uprawnienie do odliczenia podatku naliczonego nie przysługuje podatnikowi wówczas, gdy faktura dokumentuje czynność prawną dotkniętą wadą nieważności z powodu jej sprzeczności z ustawą. zasadami współżycia społecznego lub z uwagi na zamiar obejścia prawa (art. 58 §1 i 2 k.c.). W niniejszej sprawie niewątpliwie wystąpi taka przesłanka negatywna dla powstania prawa do odliczenia podatku VAT, poprzez to, że dojdzie do wystawienia faktury VAT przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego, która będzie potwierdzała wykonanie czynności prawnych, do których ma zastosowanie przepis art. 58 Kodeksu cywilnego. Faktura wystawiona przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego, obejmie prace budowlane, wykonane w ramach umów o podwykonawstwo, zawartych z naruszeniem art. 462 ust. 1 ustawy PZP. A zatem, Zamawiający otrzymując od wykonawcy fakturę, tytułem wykonania prac budowlanych objętych przedmiotowym zamówieniem, nie będzie miał prawa do odliczenia podatku VAT , ponieważ będzie ona wystawiona na podstawie zrealizowanych umów o podwykonawstwo, zawartych niezgodnie z przepisami ustawy PZP. Przedmiotowe naruszenie art. 462 ust. 1 ustawy PZP, w świetle art. 88. ust. 3a. pkt. 4 ) lit. c ustawy VAT, spowoduje brak prawa

Zamawiającego do dokonania odliczenia (zwrotu) w całości lub części podatku VAT. Nie można pominąć tego, że powyższe sankcje podatkowe w zakresie podatku VAT, mają swoje dalsze konsekwencje po stronie Zamawiającego, w postaci doznania uszczerbku w budżecie Zamawiającego. Zdarzenie przyszłe ukształtowane w ten sposób, że całość prac objętych zamówieniem wykonują podwykonawcy, rodzi po stronie Zamawiającego dalej idące obowiązki w sferze podatku VAT, w postaci dochowania należytej staranności w zakresie zbadania rzetelności wystawcy faktury VAT, z tytułu wykonania robót budowlanych, co wynika z art. 88 ust. 3a pkt 4 lit. a) VAT. Zgodnie z jego treścią, nie stanowią podstawy do obniżenia podatku należnego oraz zwrotu różnicy podatku lub zwrotu podatku naliczonego faktury usługi udokumentowane fakturami, które nie zostały wykonane przez wystawcę faktury. Takim przykładem jest przypadek ograniczenia się wystawcy faktury VAT wyłącznie do wystawienia faktury za usługi budowlane, z jednoczesnym scedowaniem całości prac budowlanych na podwykonawcę (podwykonawców). W interesie fiskalnym Zamawiającego jest zweryfikowanie i wykluczenie takiej sytuacji w przedmiotowym zamówieniu. Brak świadomości przedmiotowego obowiązku, bądź wiedzy co do faktycznego podziału pracy pomiędzy podmiotami wykonującymi przedmiotowe zamówienie, nie stanowi przesłanki zwalniającej z powyższego obowiązku, bądź też sankcji podatkowych za jego naruszenie. Powyższe dowodzi, że Zamawiający już na etapie przeprowadzania przetargu powinien analizować złożoną ofertę przez Wykonawcę, także pod kątem możliwości zastosowania względem Zamawiającego sankcji podatkowych, wynikających z art. 88 ust. 3a pkt 4 lit. a) VAT oraz art. 88 ust. 3a pkt. pkt. 4 lit. c) VAT, czego nie uczynił, skoro doszło do wyboru oferty Wykonawcy w sposób sanujący naruszenie art. 462 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 k.c. i skutkującego zastosowaniem art. 88 ust. 3a pkt. pkt. 4 lit. c) VAT.

Odwołujący wskazał także na negatywne konsekwencje podatkowe naruszenia art. 462 ust. 1 PZP, w zakresie podatku dochodowego (CIT). Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy PDOP, kosztami uzyskania przychodów są koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodów lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów, z wyjątkiem kosztów wymienionych w art. 16 ust. 1. Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt. 66 ustawy PDOP, nie uważa się za koszty uzyskania przychodów poniesionych wydatków oraz wartości przekazanych rzeczy, praw lub wykonanych usług, wynikających z czynności, które nie mogą być przedmiotem prawnie skutecznej umowy. Faktura wystawiona przez Wykonawcę tytułem wykonania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, będzie dotyczyła robót budowlanych wykonanych przez podwykonawców, w ramach umów o podwykonawstwo, zawartych z naruszeniem art. 462 ust. 1 PZP. Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że w świetle art. 16 ust. 1 pkt 66 PDOP, Zamawiający nie będzie uprawniony do uznania za koszt uzyskania przychodów, poniesionych przez Zamawiającego wydatków, wynikających z

umowy o wykonanie robót budowlanych, a dotyczących prac budowlanych objętych umowami o podwykonawstwo, obarczonych przedmiotową wadą prawną.

**Izba ustaliła co następuje:**

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa Domu Studenckiego nr 1 Politechniki Lubelskiej w ramach dostosowania do nowelizacji przepisów przeciwpożarowych i podniesienia standardu w pokojach mieszkalnych”.

Izba ustaliła, że w Rozdziale XXI pkt 1 SWZ Zamawiający wskazał: „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom na zasadach i w granicach określonych w ustawie Pzp”. W pkt 2 Zamawiający wskazał: „Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy lub podwykonawcom oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Informacji należy udzielić na formularzu ofertowym — Załącznik nr 2 do SWZ.”

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Numer oferty	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Cena brutto (zł)
1	EDACH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa Jakubowice Konińskie-Kolonia, ul. Różana 3, 21-003 Ciecierzyn	21 430 000
2	ERBUD International Spółka z o.o. 36-002 Jasionka 942	21 638 015,72
3	Konsorcjum „Swietelsky Sp. z o.o.- Lider Konsorcjum, Ul. Cisowa 9, PL 20-703 Lublin, Swietelsky AG – Partner Konsorcjum Edlbacherstraße 10, A4020 Linz”, reprezentowane przez Lidera Konsorcjum – Pełnomocnika (wg załączonego Pełnomocnictwa) tj. „Swietelsky Sp. z o.o.”	17 780 000
4	Zakład Usług Budowlano-Handlowych „NOWBUD” A. N., E. B. Spółka Jawna ul. Warszawska 261, 25-551 Kielce	21 847 052,32

Izba ustaliła, że Konsorcjum w formularzu ofertowym oświadczył w pkt 9, że powierzy podwykonawcą wykonanie następującego zakresu zadań:



Lp.	Firma podwykonawcy	Część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy	Wartość lub procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy
1	Nieznany	Roboty demontażowe i zabezpieczające	6%
2	Nieznany	Roboty budowlane konstrukcja i mury. Roboty wykończeniowe, izolacje, tynki, malowanie, wylewki posadzkowe, posadzki pvc, okładziny ścian i posadzek płytkami ceramicznymi, naprawa posadzek lastryko	32%
3	Nieznany	Wymiana stolarki i ślusarki okiennej i drzwiowej, Wymiana balustrad, Wymiana parapetów	9%
4	Nieznany	Remont pokrycia dachu i wymiana obróbek blacharskich	1%
5	Nieznany	Wymiana dźwigów osobowych, wymiana zsypu, dostawa schodolazu	3%
6	Nieznany	Dostawa i montaż zabudów meblowych, dostawa i montaż wyposażenia	2%
7	Nieznany	Instalacje branży sanitarnej i mechaniczne	16%
8	Nieznany	Instalacje elektryczne i teletechniczne	31%

Izba ustaliła, że Zamawiający na skutek uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu z dnia 16 lutego 2023 r. wniesionym przez Odwołującego, w dniu 27 lutego 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty Konsorcjum i poinformował, że dokona ponownego badania i oceny ofert.

Izba ustaliła, że Zamawiający w ramach ponownego badania i oceny ofert wezwał Konsorcjum pismem z dnia 6 marca 2023 r. do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w zakresie:

- a) w zakresie załącznika nr 2 do SWZ— formularza ofertowego w części dotyczącej określenia procentowej części zamówienia jakie zostanie powierzone podwykonawcom;
- b) treści oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust 4 ustawy — na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ wzywając Wykonawcę do złożenia następujących wyjaśnień:

1. co należy rozumieć poprzez wskazanie w punkcie 9 formularza ofertowego ośmiu części zamówienia jakie mają zostać powierzone podwykonawcom, mimo że żaden z podwykonawców nie był jeszcze Wykonawcy znany, w związku z tym jaki był cel Wykonawcy w złożeniu takiego oświadczenia oraz czy Wykonawca na etapie złożenia oferty miał intencję udzielenia zamówienia w 100% podwykonawcom;
2. jak należy rozumieć treść oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy — na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ w świetle treści tabeli zawartej w punkcie W szczególności czy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zamierzają brać udział w wykonaniu przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła, że Konsorcjum udzieliło wyjaśnień pismem z dnia 9 marca 2023 r. W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum oświadczyło m.in. *„Wypełniając formularz ofertowy nr 9 intencją Wykonawcy było wskazanie że wykona całość zamówienia w 100% i miało na celu wykazanie kompletności złożonej oferty. Wskazujemy, że wypełniając formularz ofertowy nie wskazaliśmy (tj. nie zostało wykreślone) czy będziemy wykonywać to siłami własnymi czy też powierzmy wykonanie poszczególnych zadań podwykonawcom. Z całą odpowiedzialnością oświadczamy, że nie mieliśmy i nie mamy intencji udzielenia zamówienia w 100% podwykonawcom. Decyzję czy zlecimy konkretny zakres prac podwykonawcy w całości czy w części lub czy sami wykonamy ten zakres robót, podejmiemy w oparciu o analizę sytuacji rynkowej przed rozpoczęciem przedmiotowych robót. W tym miejscu chcielibyśmy zauważyć, że wskazywane przez Wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, ma charakter jedynie informacyjny i nie stanowi merytorycznej treści oferty. Taki wniosek wypływa w szczególności z faktu, że zmiana podwykonawców jest prawnie dopuszczalna także na etapie realizacji zamówienia. Brzmienie art. 462 ust 2 PZP wprowadzające fakultatywnie wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, faktycznie przesądza o jego informacyjnym charakterze. Ponadto przyjęcie stanowiska przeciwnego, że zamiarem Wykonawcy było powierzenie 100 % realizacji zamówienia podwykonawcom prowadziłoby do absurdu wniosku, że Wykonawca złożył ofertę w postępowaniu nie dlatego, aby uzyskać zamówienie, lecz aby jego oferta została odrzucona. Z treści oferty oraz jej załączników bezsprzecznie wynika, że zamiarem Wykonawcy nie było powierzenie całości zamówienia podwykonawcom. Już sam fakt, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca wskazał w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia kluczowych kierowników robót branżowych oraz*

*rzeczoznawcę ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych potwierdza, że zamówienie będzie realizowane w sposób czynny przez Wykonawcę.*

*Treść oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy - na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ w świetle treści tabeli zawartej w punkcie 9 należy rozumieć jako kompletność oferty tj. , że Wykonawca w 100 % wykona zadanie. Oświadczamy ponadto, że jako Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie zamierzamy brać czynny udział w wykonaniu przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z naszym oświadczeniem każdy z członków konsorcjum będzie wykonywał 50 % zadania. Dopiero po podpisaniu umowy, będziemy w stanie określić, które prace zostaną wykonane we własnym zakresie, a które prace (usługi) zostaną powierzone podwykonawcom. Na dzień składania wyjaśnień możemy oświadczyć, że Wykonawcy będą finansować całe zadanie , udostępniamy 4-6 osób (pracowników konsorcjum).*

*W ramach finansowania zamówienia konsorcjum co najmniej zakupi:*

- *stal konstrukcyjną i stal zbrojeniową*
- *beton konstrukcyjny*
- *błoczki gazobetonowe*
- *nadproża prefabrykowane*
- *izolacje podposadzkowe*
- *folię budowlaną*
- *płytki gresowe*
- *panele podłogowe*
- *wykładziny PCV*
- *całe wyposażenie meblowe*
- *schodolaz*

*Oświadczamy ponadto, że będziemy korzystać z podwykonawców w zakresie niektórych usług. Reasumując należy podkreślić, że oświadczenie złożone przez członków konsorcjum w trybie art. 117 ust. 4 ustawy będzie przez nich wspólnie czynnie realizowane. Te wszystkie okoliczności, potwierdzone dokumentami składającymi się na treść oferty, niewątpliwie wskazują na to, że pierwotną intencją Wykonawcy nie było powierzenie realizacji zamówienia publicznego w 100 % podwykonawcom. Wykonawca będzie brał czynny udział w realizacji zamówienia, skierował do jego realizacji kluczowe osoby zarządzające i nadzorujące procesem inwestycyjnym (wykaz osób), jak również zamierza wykonać znaczną część robót budowlanych we własnym zakresie. Zakres udziału podwykonawców obecnie nie jest możliwy do określenia , zaś treść złożonego w trybie art. 117 ust. 4 na wzorze*

*stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ Wykonawca traktował jako wykazanie kompletności oferty. Ponadto Wykonawca chciałby podkreślić, że ofertę złożyło Konsorcjum dwóch spółek mających wieloletnie doświadczenie na rynku robót budowlanych. Konsorcjum samodzielnie spełniło wszystkie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu i nie musiało bazować na zasobach podmiotów trzecich. Konsorcjum bez najmniejszego problemu posiada potencjał do realizacji przedmiotowego zamówienia w 100 % we własnym zakresie, zaś ewentualna decyzja o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom może być jedynie podyktowana względami praktycznymi i ekonomicznymi.”*

Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 marca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum.

***Izba zważyła co następuje:***

Izba uznała za zasadne zarzuty podniesione w odwołaniu.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Zgodnie z art. 7 pkt 27) ustawy Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o 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.

W ocenie Izby, w analizowanej sprawie, nie było sporne pomiędzy stronami, że zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć podwykonawcy realizację wyłącznie części zamówienia. Pogląd ten potwierdzony jest licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. Za zbędne w tym miejscu Izba uznaje przytaczanie orzecznictwa, które zostało szczegółowo omówione w odwołaniu Odwołującego.

Sporne pomiędzy stronami pozostawało to jak należy interpretować oświadczenie złożone przez Konsorcjum w pkt 9 formularza oferty. W tym zakresie, Izba uznała stanowisko Odwołującego za zasadne. Zdaniem Izby, Zamawiający dokonał nieprawidłowej interpretacji treści oferty Konsorcjum poprzez jej uzupełnienie o informacje, które nie były w niej pierwotnie zawarte.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że od wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu przetargowym wymaga się należytej staranności m.in. w wypełnieniu formularza oferty. Konsorcjum to profesjonalista, który niejednokrotnie składał oferty w postępowaniach przetargowych. Okoliczność aktywnego uczestnictwa wykonawcy na rynku zamówień publicznych jest Izbie znana z urzędu. Prawidłowe i staranne wypełnienie formularza ofertowego jest jedną z najistotniejszych czynności, za które odpowiedzialny jest wykonawca. Wykonawca ma możliwość złożenia zapytania do zamawiającego o wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości co do zakresu wymaganych informacji. Takie aktywne działanie leży w interesie samego wykonawcy i stanowi jedno z narzędzi służących poprawnemu złożeniu oferty. W okolicznościach analizowanej sprawy, treść formularza ofertowego liczyła dwie strony. Zdaniem Izby był to standardowy dokument funkcjonujący na rynku zamówień publicznych. W pkt 9 formularza oferty Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia co do zakresu zamówienia, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Zamawiający zatem skorzystał z uprawnienia, jakie ustawodawca przewidział w art. 462 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia oświadczenia czy wykonawca wykonana całość zamówienia samodzielnie czy któraś z jego części zostanie powierzona podwykonawcy/om. Konsorcjum, jak wynika z treści formularza oferty, złożyło szczegółowe oświadczenie, określając procentową wartość zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy. Suma wskazanych wartości składa się na 100% wartości zamówienia. A zatem, z formularza oferty Konsorcjum wynika, że wykonawca powierzy 100% zamówienia podwykonawcom. Oświadczenie Konsorcjum w tym zakresie jest jednoznaczne. Takie oświadczenie wykonawcy pozostaje w sprzeczności z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp i stanowi podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp. Oferta wykonawcy jest sprzeczna bowiem z ustawą Pzp, jak i postanowieniami SWZ z Rozdziału XXI pkt 1 i 2.

Izba wskazuje, że wykładnia oświadczenia woli wykonawcy, mając na uwadze art. 65 kodeksu cywilnego, nie może prowadzić do uzyskania rezultatu sprzecznego z treścią oświadczenia wyrażoną w formularzu oferty. Zamawiający zaś dokonując wykładni oświadczenia Konsorcjum zawartego w pkt 9 formularza oferty w powiązaniu z wyjaśnieniami Konsorcjum z dnia 9 marca 2023 r. ustalił treść oferty wykonawcy, która jest sprzeczną z

tym, co wykonawca w niej oświadczył. Należy bowiem podkreślić, że Konsorcjum w sposób jednoznaczny i precyzyjny określiło zakres zamówienia powierzony podwykonawcy. Ten zakres składa się na całość zamówienia. Zamawiający zaś ustalił, że wykonawca jednak nie zamierza powierzyć całości zamówienia podwykonawcom, bowiem Konsorcjum będzie finansowało zakup określonych materiałów koniecznych do wykonania zamówienia oraz będzie brało czynny udział w realizacji zamówienia poprzez skierowanie do jego realizacji kluczowych osób zarządzających i nadzorujących proces inwestycyjny (wykaz osób), z zatem nie zostały, zdaniem Zamawiającego, naruszone przepisy ustawy Pzp. Pomija jednak Zamawiający całkowicie najistotniejszą okoliczność, że żadne z jego ostatecznych ustaleń nie znajdują odzwierciedlenia w treści oferty Konsorcjum. Zdaniem Izby, Zamawiający - poprzez wyjaśnienia Konsorcjum - dokonał zmiany treści oferty wykonawcy na etapie badania i oceny ofert. Działanie takie jest niedopuszczalne i stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Izby okoliczność, że Konsorcjum nie dokonało przekreślenia w pkt 9 formularza oferty jednej z opcji: „całość zadania zostanie wykonana siłami własnymi Wykonawcy” / „Podwykonawcom zostanie powierzone wykonanie następujących zadań:” nie ma znaczenia dla sprawy. Wykonawca wypełnił w tym punkcie formularza tabelę dotyczącą powierzenia części zadania podwykonawcom zarówno co do zakresów jakie im powierzy, jak i % zamówienia, jaki zostanie powierzony podwykonawcom. Tym samym Konsorcjum dokonało wyboru jednej z dwóch opcji poprzez wypełnienie tabelki, której nie wypełniałby, gdyby miało wykonać całość zadania siłami własnymi. Podkreślenia przy tym wymaga, że Konsorcjum wypełniło wskazaną tabelę w taki sposób, że nie ograniczyło powierzenia podwykonawcom realizacji jedynie do części zadania, ale oświadczyło jednoznacznie, że zleci im całość zadania (100%).

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego oraz Konsorcjum, że informacja zawarta w pkt 9 formularza oferty ma charakter jedynie informacyjny i nie stanowi merytorycznej części oferty. Po pierwsze, w żadnym miejscu formularza oferty Zamawiający nie wskazał na informacyjny charakter oświadczenia zawartego w pkt 9. Gdyby rzeczywiście taka była intencja Zamawiającego na etapie publikacji SWZ, to niewątpliwe znalazłoby to odzwierciedlenie w SWZ/formularzu oferty. Przyjmowanie zaś na etapie badania i oceny ofert takiego założenia rodzi ryzyko naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiające bowiem, w zależności od swoich preferencji co do wyboru wykonawcy, mógłby dowolnie decydować o tym, co ma charakter informacyjny, a co merytoryczny w formularzu oferty. Skoro Zamawiający w żaden sposób nie wskazał na informacyjny charakter oświadczenia wykonawcy, to nie ma podstaw do przypisania mu takiego znaczenia na etapie

badania i oceny ofert. Sporne oświadczenie dotyczy sposobu realizacji zamówienia. Wskazanie procentowego udziału prac jakie zostaną przekazane do wykonania podwykonawcom stanowi narzędzie do ustalenia zgodności oferty wykonawcy m.in. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. Po drugie zdaniem Izby, informacyjny charakter ma wyłącznie informacja o ewentualnych nazwach podwykonawców.

Odnosząc się do stanowiska Konsorcjum, że dopiero po podpisaniu umowy będzie w stanie określić, które prace zostaną wykonane we własnym zakresie, a które prace (usługi) zostaną powierzone podwykonawcom, Izba wskazuje, że takie oświadczenie pozostaje w sprzeczności z treścią oświadczenia zawartego w pkt 9 formularza oferty o powierzeniu całość zamówienia do realizacji podwykonawcom (100%) i wskazaniu konkretnego zakresu rzeczowego, który im powierzy, a które składają się na całość zamówienia. Niewątpliwie Konsorcjum zadało sobie trud, aby szczegółowo opisać zakresy konkretnych robót, które zostaną powierzone podwykonawcom i dokonać oceny jaką część zamówienia one stanowią, trudno więc przyjąć za wiarygodne tłumaczenie, że tak naprawdę wykonawca nie był wówczas w stanie określić zakresu podwykonawstwa i uczyni to dopiero po podpisaniu umowy, a także dać wiarę, że co prawda wypełnił wskazaną tabelę w taki sposób, ale w rzeczywistości towarzyszyły mu inne intencje. Gdyby towarzyszyły, to wykonawca z pewnością nie złożyłby oświadczenia o treści jak w pkt 9 formularza oferty. Na marginesie Izba wskazuje, że wobec sprzeczności oświadczeń Konsorcjum w dokumentach ofertowych z treścią wyjaśnień z dnia 9 marca 2023 r., rodzi się pytanie jak Konsorcjum dokonywało wyceny kosztów realizacji zamówienia. Z jednej strony Konsorcjum twierdzi, że wykona całość prac samodzielnie, później, że z udziałem podwykonawców, ale nie ma jeszcze wiedzy w jakim zakresie, a z pkt 9 wynika jednoznacznie, że całość prac zleci podwykonawcom. Zdaniem Izby rzeczywista wycena kosztów realizacji zamówienia jest ściśle związana z ustaleniem przez wykonawcę czy będzie korzystał z podwykonawców, a jeżeli tak, to w jakim zakresie i na jakich warunkach cenowych czy wykona zamówienie samodzielnie, gdyż posiada niezbędne zaplecze techniczne, osobowe czy finansowe. Tymczasem na podstawie oświadczeń złożonych przez Konsorcjum trudno ustalić w jaki sposób wykonawca planuje realizować zamówienie. Zdaniem Izby profesjonalny wykonawca musi przyjąć pewne założenia co do sposobu realizacji zamówienia, gdyż są one konieczne nie tylko do wyliczenia kosztów realizacji zamówienia, ale również do ustalenia czy wykonawca ma samodzielny potencjał do jego wykonania czy nie. Z treści oferty Konsorcjum wynikają właśnie takie jednoznaczne założenia – Konsorcjum bowiem oświadczyło, że zamierza powierzenia 100% zamówienia podwykonawcom. Wyłącznie na podstawie wyjaśnień Konsorcjum złożonych po terminie składania ofert, wykonawca próbuje zmienić

jednoznaczną treść swoich pierwotnych założeń w celu uczynienia ich zgodnych z przepisami ustawy Pzp.

Izba podkreśla, że procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Za nieuprawnione - zdaniem Izby - jest wzywanie wykonawców do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji, której treść oferty jest jasna i nie budzi wątpliwości, nawet jeśli ta oferta jest sprzeczna ze SWZ. Procedura wyjaśnień oferty nie stanowi bowiem narzędzia do zmiany treści oferty wykonawcy, ale wyłącznie do ustalenia jej znaczenia, w sytuacji istniejących, obiektywnych wątpliwości interpretacyjnych co do jej treści. Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym, oświadczenie Konsorcjum było jasne i precyzyjne. Wykonawca oświadczył, że 100% zamówienia zostanie powierzona podwykonawcom. Irrelevantne dla sprawy są pierwotne intencje Konsorcjum, powoływanie się na posiadane doświadczenie i zamiar osobistego wykonania zamówienia. Jak Izba wyjaśniła powyżej, wykonawca, jako profesjonalista, jest zobowiązany do starannego i przemyślanego wypełnienia formularza oferty. Konsekwencje oświadczeń złożonych przez Konsorcjum w formularzu oferty obarczają wykonawcę, bowiem wykonawca jest ich autorem.

Odnosząc się do ponoszonej przez Konsorcjum i Zamawiającego okoliczności dotyczącej złożonego przez Konsorcjum oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 PZP, że każdy z członków Konsorcjum będzie wykonywał 50% zadania, Izba wskazuje, że oświadczenie to nie może być interpretowane w oderwaniu od oświadczenia Konsorcjum zawartego w pkt 9 formularza oferty. Zdaniem Izby łączna analiza obu dokumentów wskazuje, że członkowie Konsorcjum wykonają swoje zakresy za pomocą podwykonawców. W ocenie Izby taki wniosek koreluje z oświadczeniem złożonym w dokumentach JEDZ przez każdego z konsorcjantów, w których udzielili oni odpowiedzi twierdzącej na pytanie czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia, wskazując, że na tym etapie podwykonawcy nie są jeszcze znani.

Izba również nie zgada się ze stanowiskiem Zamawiającego, że bez znaczenia dla sprawy są postanowienia zawarte w §4 pkt 1 wzoru umowy. Wprost z przywołanego postanowienia wzoru umowy wynika, że oświadczenie złożone przez wykonawcę w ofercie w zakresie części zamówienia jakie zamierza powierzyć podwykonawcy ma znacznie i jest wiążące dla wykonawcy na etapie podpisywania umowy. Sam Zamawiający wskazał bowiem we wzorze umowy, że wykonawca określa zakres zamówienia powierzony podwykonawcy „zgodnie z oświadczeniem zawartym w Ofercie”. Rodzi się zatem zasadne pytanie w jaki sposób zostałyby uzupełniona ta część umowy w przypadku wyboru oferty Konsorcjum jako



najkorzystniejszej? Jakie części zamówienia – zgodnie z ofertą – Konsorcjum powierzy podwykonawcy? Zdaniem Izby z treści oferty Konsorcjum wynika jeden wniosek – wykonawca zamierza powierzyć całość zamówienia podwykonawcom, co – jak Izba wskazała powyżej – jest niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami SWZ. Zmiana zaś jednoznacznego oświadczenia Konsorcjum poprzez treść wyjaśnień wykonawcy jest niedopuszczalna i stanowi jaskrawe naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Oferta Konsorcjum zawierająca oświadczenie o powierzeniu 100% zamówienia podwykonawcom jest sprzeczne w szczególności z art. 462 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Procedura wyboru wykonawcy, który będzie realizował zamówienie publiczne ma na celu weryfikację rzetelności i profesjonalizmu wykonawców, w tym ustalenie zakresu podwykonawstwa. Jej nadrzędnym celem jest eliminacja z rynku zamówień publicznych patologicznych i nieprawidłowych praktyk przejawiających się m.in. w tym, że podmiot publiczny dokonuje wyboru oferty wykonawcy, które de facto nie realizacje żadnego zakresu zamówienia, a zleca do realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcom, którzy nie są zobowiązani do wykazywania się określonymi zdolnościami m.in. technicznymi, zawodowymi i finansowymi. W myśl art. 58 §1 Kodeksu cywilnego, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Zatem, oferta obejmująca powierzenie wykonania całości zamówienia w 100% podwykonawcom, jest nieważna na gruncie art. 58 KC jako sprzeczna z ustawą PZP (m.in. art. 462 ust. 1 PZP). a także jako stanowiąca wyraz obejścia przepisów ustawy PZP, których celem jest powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą PZP, a nie jego podwykonawcom. Powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcom, należy uznać za nie tylko sprzeczne z ustawą, ale czynność taka byłaby również nieważna w świetle art. 58 k.c., jako stanowiąca wyraz obejścia przepisów ustawy. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w której poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcom, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. Taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa (art. 17 ust. 2 PZP), jak i ww. przepisami ustawy PZP. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Konsorcjum. Zdaniem Izby argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu zasługiwała na pełną aprobatę.

Zamawiający – działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – dokonał nieprawidłowej zmiany pierwotnej treści oferty, próbując dostosować jej treść do wymagań określonych przez ustawodawcę w ustawie Pzp. Takie działanie Izba uznała za nieprawidłowe i niedopuszczalne. Należy raz jeszcze podkreślić, to wykonawca uzupełnia formularz oferty, decyduje o treści oświadczeń jakie zamieszcza w dokumencie. Konsorcjum - jako profesjonalista - było zobowiązane do rzetelnego i starannego przygotowania swojej oferty. Próba sanowania niezgodności oferty z przepisami ustawy Pzp poprzez wyjaśnienia wykonawcy w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie może być zaaprobowana przez Izbę, gdyż w jej wyniku doszło do istotnej zmiany treści oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 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).

**Przewodniczący:.....**