

Sygn. akt: KIO 494/19

## WYROK

z dnia 8 kwietnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2019 roku przez wykonawcę **Taylor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej z siedzibą w Dęblinie** przy udziale wykonawcy **Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacyjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Miętne**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 494/19 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Taylor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Taylor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie,**

2.2. zasądza od wykonawcy **Taylor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie,** na rzecz Zamawiającego **Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej z siedzibą w Dęblinie** kwotę 4.176 zł 10 gr. (słownie: cztery tysiące sto siedemdziesiąt sześć złotych dziesięć groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 494/19

### Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Dęblinie (dalej „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie, którego przedmiotem jest: *Modernizacja sieci wodociągowych rozdzielczych wraz*

*z przyłączami wodociągowymi i budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami kanalizacyjnymi w osiedlu Michalinów w Dęblinie w ramach realizacji projektu*

*pn. „Modernizacja i rozbudowa systemu odprowadzania ścieków oraz zaopatrzenia w wodę na terenie aglomeracji Dęblin – Etap II”*

Numer referencyjny postępowania nadany przez Zamawiającego - 271.5/JRP/OP/JD/2018 zwanego dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2018 pod numerem: 2018/S 203-461140. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 21 marca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę **Taylor Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo- Kanalizacji Sp. z o. o. Miętne, ul. Garwolińska 3, 08-400 Garwolin, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 87 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niezgodnego z ustawą Pzp wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacji Sp. z o. o. Miętne, w sytuacji gdy oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona, ze względu na

brak określenia zakresu podwykonawstwa wbrew wymaganiom Zamawiającego,

a więc nieusuwalną niezgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ,

2.art. 91 ust. 1 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP poprzez dokonanie niezgodnego z ustawą PZP wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez - Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacji Sp. z o. o. Miętne,

w sytuacji gdy Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, bowiem nie wykazał spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu.

3.art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zamiarze udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Mając powyższe zarzuty na względzie Odwołujący wniósł o:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2.nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i w jej wyniku odrzucenie oferty wykonawcy — Zakład Budowy

i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacji Sp. z o. o. Miętne, ze w oparciu

o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowiącego, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

ewentualnie

3.nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy — Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacji Sp. z o. o. Miętne, z udziału w postępowaniu wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty.

W sytuacji uwzględnienia powyższego, Odwołujący wniósł o:

4.nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnej z SIWZ i najkorzystniejszej ze względu na przyjęte kryterium oceny ofert, jaką jest w tym wypadku oferta Odwołującego,

5.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa Radcy

Prawnego.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podniósł, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę poprzez utratę zamówienia. Jako wykonawca biorący udział w tym postępowaniu spełnił wszystkie warunki udziału, a jego oferta jest w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Po odrzuceniu oferty wykonawcy — Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacji Sp. z o.o. Miętne, Odwołujący ma realne szanse uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie niniejsze zostaje złożone w terminie (art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP), albowiem informację o wyborze oferty wykonawcy Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacji Sp. z o. o. Miętne, jako najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał

w dniu 15 marca 2019 roku.

#### **I. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 87 ust. 1 i 3.**

Odwołujący podniósł, iż Wykonawca - Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacji Sp. z o. o. Miętne, wskazał w formularzu oferty, że część zamówienia realizowana będzie z udziałem Podwykonawcy: P.H.U. MEL-KAN K. J., Ryżki 76C 21-400 Łuków, nie wskazując jednocześnie zakresu prac, które ma zamiar powierzyć temu Podwykonawcy. Wykonawca ten wskazał jednocześnie, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, będzie polegał na zasobach podwykonawcy - P-H.U. MEL-KAN K. J., Ryżki 76C 21-400 Łuków. Do oferty Wykonawca dołączył pisemne zobowiązanie podwykonawcy, z którego jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że realizacja zamówienia przez podwykonawcę, w zakresie udostępnionych zasobów polegać będzie na „doradztwie i konsultacji”.

Abstrahując od pozorności udziału podwykonawcy w realizacji przedmiotowego zamówienia, należy podkreślić, że jeżeli wykonawca oświadcza w ofercie, że zamierza korzystać z usług podwykonawcy, to jednoczesny brak określenia zakresu podwykonawstwa powoduje, co do zasady, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Stosownie do art. 36b ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jednoznacznie wskazał w punkcie 3.1.6 SIWZ iż, *żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcom i podania przez Wykonawcę firm Podwykonawców*”. Wykonawca zaniechał tego obowiązku

i nie wskazał zakresu robót, które zamierza powierzyć wskazanemu podwykonawcy.

W orzecznictwie KIO informacjom o zakresie zamówienia, który zostanie powierzony podwykonawcy, nadaje się

większe znaczenie niż danym dotyczącym tego, kto konkretnie będzie wykonywał określoną część zamówienia. W wyroku KIO z dnia 20 lutego 2017 (Sygn.

akt: KIO 236/17) Izba przesądziła jednoznacznie, że *brak określenia zakresu podwykonawstwa wbrew wymaganiom zamawiającego, stanowi podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp., jako że istotne zobowiązanie w ofercie nie odpowiada treści wyznaczonej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp. Odstępstwo ma przy tym charakter nienaprawialny, przy zastosowaniu art. 87 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Skonkretyzowanie zakresu podwykonawstwa musiałoby się wiązać ze zmianą treści oferty po upływie terminu składania ofert, czego przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje, gdyż uzupełnianie, czy wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do naruszenia norm odnoszących się do niezmienności zobowiązania zawartego w ofercie. Wskazanie w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, zważywszy, że przepis art. 360 ust. 1 Pzp nie uległ zmianie nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., było traktowane w przeważającym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jako istotna treść oferty w sensie merytorycznym, o nie - jedynie formalnym, jak chciał odwołujący. Przywoływane wyżej obowiązki zamawiającego wiążące się z wykonywaniem robót budowlanych przez wykonawcę w systemie podwykonawstwa - skorelowane z powinnością wskazania na podstawie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp - robót podwykonawczych po stronie wykonawcy - w sposób jednoznaczny świadczą o ich istotnym charakterze. Brak spełnienia tego rodzaju wymagań przedmiotowych, daje podstawy, a zarazem zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO z 7 marca 2016 roku (KIO 221/16), *oświadczenie złożone w ofercie, co do podwykonawstwa nie ma waloru informacyjnego, ale stanowi istotny element oferty, albowiem, tak jak w tym przypadku, udział podwykonawcy warunkuje możliwość i prawidłowość wykonania zamówienia. 1...1 nie jest możliwe stosowanie trybu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przewidzianego do wyjaśniania treści oferty, do dokonywania zmiany, czy też uzupełnienia oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, ponieważ ustalenia w takim zakresie mogłyby być postrzegane, jako niedopuszczalne negocjacje, dotyczące oferty i prowadzące do nieuprawnionej zmiany jej treści. "*

Podobnie KIO w wyroku z 26 września 2016 roku (KIO 1708/16) stwierdziła, że *treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy niepodlegający modyfikacji".*

## **II. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12.**

Wykonawca - Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacji

Sp. z o. o. Miętne wskazał, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, będzie polegał na zasobach podwykonawcy - P.H.U. MEL-KAN K. J., Ryżki 76C

21-400 Łuków. Do oferty Wykonawca dołączył pisemne zobowiązanie podwykonawcy,

z którego jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że realizacja zamówienia przez podwykonawcę, w zakresie udostępnionych zasobów polegać będzie na „doradztwie i konsultacji”.

Pomimo tak jednoznacznego oświadczenia podwykonawcy Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust 1 ustawy Pzp do „Złożenia prawidłowo wypełnionego Zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów”. Zamawiający wskazał, że „Wykonawca do oferty dołączył błędnie wypełnione zobowiązanie podmiotu P.U.H. MEL-KAN K. J., Ryżki 76C, 21-400 łuków do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w formie załącznika nr 4 do SIWZ. Ze złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot P.U.H. MEL-KAN K. J. zobowiązał się do oddania do dyspozycji na rzecz Wykonawcy niżej wymienione zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia tj. doświadczenie spełniające warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1. ppkt 3) SIWZ tj. roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie, modernizacji sieci kanalizacji sanitarnej wraz z pompownią ścieków lub tłocznia ścieków o wartości minimalnej 3 mln PLN netto. Ponadto z zobowiązania wynika, że podmiot udostępniający zasoby zawarł z Wykonawcą umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem będą usługi doradcze i konsultacje”.

W tym samym wezwaniu Zamawiający wezwał Wykonawcę do „*wyjaśnienia treści złożonego formularza ofertowego Wykonawcy w zakresie wskazania jaką część zamówienia będzie realizował Podwykonawca*”. Zamawiający wskazał, że Wykonawca w formularzu ofertowym oświadczył, że część zamówienia realizowana będzie z udziałem następujących podwykonawców: P.H.U. MEL-KAN K. J., Ryżki 76C, 21-400 Łuków. Wykonawca nie wskazał zakresu jaki będzie realizował Podwykonawca.

Wskutek tego wezwania, Wykonawca wskazał Zamawiającemu jaką część zamówienia zamierza powierzyć Podwykonawcy oraz dołączył zmienione zobowiązanie Podwykonawcy, które w swojej treści zawierało zmienione oświadczenie Podwykonawcy, którego udział

w realizacji przedmiotowego zadania miał polegać na faktycznym wykonaniu części robót,

a nie jak pierwotnie wskazał Podwykonawca na „doradztwie i konsultacji”, a więc całkowicie pozornym udziale tego Podwykonawcy w realizacji zadania.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, udział podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał w celu spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, nie może polegać na doradztwie i konsultacjach, a ma mieć postać rzeczywistego udziału tego podmiotu trzeciego w realizacji zadania, w zakresie w jakim udostępnił posiadane przez siebie zasoby. Wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą. Przykładowo w wyroku KIO z 17 listopada 2016 roku, sygn. akt KIO 2082/16, wprost zostało wskazane, że podmioty trzecie, które udostępniają potencjał na potrzeby realizacji zamówienia, są zobowiązane zrealizować zamówienie.

Podobnie w wyroku KIO z 13 marca 2017 roku (KIO 359/17) Izba stwierdziła, że *„Nie można bowiem pomijać, iż potencjał podmiotu trzeciego, dopuszczony do wykorzystania w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ma znaczenia dla dalszych czynności związanych z realizacją zamówienia. Ustawodawca obecnie wyraźnie wskazuje na potrzebę badania przez zamawiającego, czy potencjał podmiotu trzeciego dotyczący, tak jak w niniejszej sprawie, doświadczenia koniecznego do uznania, iż wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, będzie mógł być wykorzystany poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji części prac, do których zdolności te są wymagane”*

Na gruncie przedmiotowego postępowania, nie można uznać, że Wykonawca w wyniku złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu na podstawie udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego, z dwóch niezależnych od siebie przyczyn. Po pierwsze dlatego, że „doradztwo i konsultacje” to zupełnie co innego niż faktyczne wykonywanie robót jako podwykonawca. Po drugie, nawet gdyby przyjąć że Wykonawca w wyniku złożonych wyjaśnień wskazał, że podmiot udostępniający zasoby będzie jednak faktycznie prace wykonywał jako podwykonawca, to kolejne nowe oświadczenie prowadzi w istocie do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne. Tym samym stwierdzić należy, że Wykonawca nie potwierdził skutecznie spełniania warunków udziału w postępowaniu ani samodzielnie ani z wykorzystaniem udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego.

### **III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp**

*„Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to SO w B. oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów,*

*ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości.*

*Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (por. post. SO w B. z 17.3.2008 r., VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (por.: wyr. SO w G. z 22.4.2008 r., X Ga 25/08)” (wyr. KIO z 15.7.2013 r., KIO 1567/13).*

Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, uczynił to z naruszeniem przepisów prawa. Po pierwsze wzywając Wykonawcę do „wyjaśnienia treści złożonego formularza ofertowego Wykonawcy w zakresie wskazania jaką część zamówienia będzie realizował Podwykonawca”, co jak zostało wykazane wcześniej, jest niedopuszczalne. Po drugie, dokonując wyboru oferty Wykonawcy, która powinna zostać odrzucona, z omówionych wcześniej przyczyn. Po trzecie, dokonując wyboru oferty Wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu. Takie postępowanie nie odpowiada zasadzie równego traktowania Wykonawców, ponieważ oferta Odwołującego będąca zgodną z prawem oraz SIWZ, nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający wybrał ofertę, która tych przymiotów nie miała.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący wniósł jak na wstępie odwołania.

Dnia 25 marca 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacyjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Miętne (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych w postaci pism procesowych oraz ustnie na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem

odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 marca 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 15 marca 2019 roku, zatem z zachowaniem terminu do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało również potwierdzone na posiedzeniu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przez wykonawcę Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacyjnych Sp. z o.o.z siedzibą w Miętne przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co zostało również potwierdzone na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, pisma procesowe złożone na posiedzeniu, a także stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

#### **Izba ustaliła co następuje:**

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), w pkt 3. Opis Przedmiotu Zamówienia, w pkt 3.1. Ustalenia ogólne dotyczące przedmiotu zamówienia:

(...) Zamawiający wskazał m.in:

6) Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcom i podania przez Wykonawcę firm Podwykonawców (stosowny wykaz zawiera Załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ).

W pkt 5 SIWZ Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu.

W pkt 5.2. SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące podmiotów udostępniających zasoby, m.in.:

1) Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

2) Wykonawca, w sytuacji, gdy polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, w którym zostanie określony: zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych

lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

3) W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych

lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przystępujący, w treści oferty złożył oświadczenie, iż będzie realizował przedmiotowe zamówienie z udziałem podwykonawcy, wskazując tegoż podwykonawcę z nazwy oraz podając jego adres. Z Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) złożonego wraz w ofertą wynika, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, określonego w pkt. 5.1.3 SIWZ Przystępujący wykaże poprzez poleganie na zasobach podmiotów trzecich. Z załączonego do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego (który jednocześnie był wskazanym w ofercie podwykonawcą) wynika, iż podmiot trzeci zamierza udostępnić swoje zasoby w postaci doświadczenia spełniającego warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 5.1. ppkt. 3) SIWZ tj. *roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie, modernizacji sieci kanalizacji sanitarnej wraz z pompownią ścieków lub tłocznią ścieków o wartości minimalnej 3 mln PLN netto*, sposób wykorzystania udostępnionych zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: *udostępnienie zdolności technicznych i zawodowych*, zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: *Umowa o podwykonawstwo*, realizacja robót budowlanych lub usług, których dotyczą udostępniane zasoby, odnoszących się do warunków udziału

dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia,

na których polega Wykonawca: *usługi doradcze i konsultacje.*

Zamawiający, pismem z dnia 14 lutego 2019 roku wezwał Przystępującego działając

na podstawie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust.1. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) do:

1. Złożenia prawidłowo wypełnionego Zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów,
2. Wyjaśnień treści złożonego formularza ofertowego Wykonawcy w zakresie wskazania jaką część zamówienia będzie realizował Podwykonawca.

W wezwaniu, Zamawiający wyjaśnił m.in., że Przystępujący do oferty dołączył błędnie wypełnione zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, z którego treści nie wynika

jaki jest zakres i okres udziału podmiotu udostępniający zasoby przy wykonaniu zamówienia oraz jakie roboty budowlane podmiot ten będzie realizował. Zamawiający wskazał również,

że realne udostępnienie doświadczenia wskazanego podmiotu w przedmiotowym stanie faktycznym, może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot ten robót budowlanych

w zakresie wynikającym z udostępnionego zasobu.

W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, Przystępujący w dniu 22 marca 2019 roku złożył odpowiedź wraz z zobowiązaniem podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów. Zobowiązanie zostało złożone przez ten sam podmiot, którego zobowiązanie zostało złożone do oferty Przystępującego.

Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- z art. 91 ust. 1 Pzp

*Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

- art. 87 ust. 1 Pzp

*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty*

*oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp

*Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:*

*wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu*

*lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp:

*ust. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

*ust. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

#### **Izba Zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Izba rozpoznając zarzuty podniesione

w odwołaniu, ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie

czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiającemu nie można zarzucić naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 87 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niezgodnego z ustawą Pzp wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacji Sp. z o. o. Miętne, w sytuacji gdy oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona, ze względu na brak określenia zakresu podwykonawstwa wbrew wymaganiom Zamawiającego, a więc

nieusuwalną niezgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym brak wskazania w ofercie zakresu powierzonych podwykonawcy, skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 2 pkt. 3 Pzp z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wskazać należy, iż obowiązek określony w art. 36b ust. 1 Pzp, z uwagi na to, iż przepis ten wskazuje jedynie na zamiar, a nie stanowcze oświadczenie o powierzeniu konkretnym podwykonawcom konkretnego zakresu zamówienia, jest obowiązkiem wyłącznie o charakterze informacyjnym, który nie przybiera charakteru bezwzględnie, a zaniechanie podania wyczerpujących informacji w tym zakresie nie może skutkować wyciągnięciem wobec wykonawców negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Informacje dotyczące podwykonawców nie stanowią zatem treści oferty sensu stricto. Podanie zakresu prac, które będą wykonane przez podwykonawcę ma charakter wyłącznie informacyjny (przykładowo: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1528/17 i powołane tam dotychczasowe orzecznictwo Izby, wyrok z dnia z dnia 12 czerwca 2018 r. o sygn. akt: KIO 1073/18, wyrok z dnia z dnia 21 listopada 2017 r. o sygn. akt: KIO 2336/17).

Na taką interpretację wskazuje też przepis art. 36ba ust. 1 ustawy Pzp, pozwalający na powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia w trakcie realizacji zamówienia.

W związku z powyższym, brak w ofercie informacji dotyczącej części zamówienia, jaką wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji nie występuje przesłanka do odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie można zgodzić się również ze stanowiskiem Odwołującego, iż wezwanie skierowane do Przystępującego w zakresie złożenia prawidłowo wypełnionego zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów oraz wyjaśnień treści złożonego formularza ofertowego Wykonawcy w zakresie wskazania jaką część zamówienia będzie realizował Podwykonawca i złożenie w jego wyniku zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby stanowiło niedozwoloną zmianę treści oferty, w zakresie wskazania zakresu realizacji, która będzie powierzona podwykonawcy.

W przywołanych okolicznościach, złożenie ponownego zobowiązania w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, należy traktować jako uzupełnienie uprzednio złożonego już oświadczenia a nie niedozwolona zmianę treści oferty.

W konsekwencji powyższego, uznać należy iż zarzut postawiony przez Odwołującego nie został potwierdzony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. art. 91 ust. 1 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez dokonanie niezgodnego z ustawą Pzp wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez - Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacji Sp. z o. o. Miętne, w sytuacji gdy Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, bowiem nie wykazał spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu, Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Bezspornym dla stron była okoliczność, iż Przystępujący w ofercie złożył oświadczenie,

że zamierza realizować zamówienie w udziale podwykonawcy. Z treści dokumentu JEDZ złożonego wraz w ofertą wynika, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, określonego w pkt. 5.1.3 SIWZ, Przystępujący wykaże poprzez poleganie na zasobach podmiotów trzecich. Nie ulega wątpliwości, iż w sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępni swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego wykonania części zamówienia objętego warunkiem udziału w postępowaniu. Dla wykazania, czy określony zasób podmiotu trzeciego został wykonawcy faktycznie udostępniony, wykonawca składa zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonywanej przez Zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu JEDZ, zaś w zamówieniach poniżej progów UE - w ramach „zwykłego” oświadczenia wykonawcy.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi dokument składany na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na podstawie treści złożonego zobowiązania, Zamawiający powinien uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów innego podmiotu, realnie będzie uprawniony do korzystania z tych zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę, umożliwi Zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie uznania kwalifikacji tego

wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia, a co za tym idzie ocenę wykonawcy, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zatem brak zobowiązania, jego wadliwość czy wątpliwości wynikające z treści zobowiązania w zakresie dysponowania odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia co do potwierdzenia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, podlegają procedurze wskazanej w art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Powyższa norma nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia dokumentów, o ile zachodzą przesłanki przytoczone w przepisie. Zamawiający może odstąpić od wezwania jedynie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu pomimo uzupełnienia dokumentów lub zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, stwierdzić należy poprawność działań podjętych przez Zamawiającego.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby składane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu słusznie budziło wątpliwości Zamawiającego w zakresie wykazania realności ich udostępnienia. Zawarte w zobowiązaniu oświadczenie: *„będę realizował nw. roboty budowlane lub usługi, których dotyczą udostępniane zasoby, odnoszące się do warunków udziału dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, na których polega Wykonawca: usługi doradcze i konsultacje”* nie dawały Zamawiającemu pewności co do realności udostępnionych zasobów przez podmiot trzeci, a tym samym budziło wątpliwości dotyczące wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego. W tych okolicznościach, Zamawiający poprawnie wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia prawidłowo wypełnionego zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż Przystępujący winien zostać wykluczony

z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z brakiem wykazania warunków udziału w postępowaniu, bowiem na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, z treści którego wynikało realne udostępnienie zasobów, co stanowi wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w treści SIWZ.

W związku z powyższym, Zamawiającemu nie można postawić zarzutu podniesionego przez Odwołującego.

W ocenie Izby nie potwierdzi się również zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 Pzp, bowiem postępowanie prowadzone zostało z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba wskazuje, iż nie stwierdziła ponadto naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto, Izba wskazuje, iż nie rozpoznała zarzutu odnoszącego się do treści wezwania skierowanego do Przystępującego z dnia 14 lutego 2019 roku, podniesionego dopiero na rozprawie, a który nie został objęty treścią odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp: *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. a) i b)

w zw. z § 5 ust. 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając w poczet kosztów

postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz

zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.176 zł 10 gr stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Izba wskazuje, iż zgodnie z § 3 pkt 2 lit b) ww. Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron obejmujące wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł, wobec czego brak było podstaw do zaliczenia w poczet kosztów postępowania wydatków poniesionych przez Zamawiającego na wynagrodzenie pełnomocnika w pełnej wysokości wynikającej ze złożonej na rozprawie faktury VAT.

Przewodniczący:.....