

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie: Andrzej Niwicki
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2017 r. w W. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca br. przez

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. W. spółka akcyjna w W. i S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (KIO 534/17)

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. spółka akcyjna w W. i P.B.K.P. spółka akcyjna w L. (KIO 540/17)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - „W.K.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przy udziale w postępowaniu sygn. akt KIO 534/17 po stronie zamawiającego:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.G. i H. B.I. spółka akcyjna we W.,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. spółka akcyjna w W. i P.B.K.P. spółka akcyjna w L.

przy udziale w postępowaniu sygn. akt KIO 540/17 po stronie zamawiającego:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.G. i H. B.I. spółka akcyjna we W.,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. W. spółka akcyjna w W. i S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

orzeka:

1A. Uwzględnia odwołanie sygn. akt KIO 534/17 i nakazuje zamawiającemu „Wodociągom Kościańskim” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. W. spółka akcyjna w W. i S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., jako niepodlegającej odrzuceniu.

1B. Oddala odwołanie sygn. akt KIO 540/17.

2A. Kosztami postępowania sygn. akt KIO 534/17 obciąża „W.K.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. W. spółka akcyjna w W. i S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od „W.K.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. W. spółka akcyjna w W. i S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2B. kosztami postępowania sygn. akt KIO 540/17 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. spółka akcyjna w W. i P.B.K.P. spółka akcyjna w L. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. spółka akcyjna w W. i P.B.K.P. spółka akcyjna w L. tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 534/17

Sygn. akt KIO 540/17

Uzasadnienie

I. „W.K.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowę i przebudowę oczyszczalni ścieków” dla Miasta K. zlokalizowanej na terenie Gminy Wiejskiej K. w miejscowości K. (...) zadanie realizowane w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki ściekowej i zwiększenie efektywności systemu wodociągowego dla miasta K.”, z i Priorytet II - dofinansowanego Programu Infrastruktura Środowisko 2014-2020. Ochrona środowiska, w tym adaptacja do zmian klimatu. Działanie 2.3 Gospodarka wodno-ściekowa w aglomeracjach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 14 grudnia 2016 r., poz. 2016/S 241-440571. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Ustawa).

sygn. akt KIO 534/17

W dniu 20 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. W. spółka akcyjna w W. i S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych, polegające na nieuzasadnionym, bez wezwania do wyjaśnień, odrzuceniu oferty Odwołującego, gdyż oferta Odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), ewentualnie polegające na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego bez poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych. Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego stwierdził, że Odwołujący zaproponował termin wykonania wynoszący 38 miesięcy, co jest niezgodne z SIWZ, gdzie wymagano czasu wykonania zamówienia nie dłuższego niż 24 miesiące. Intencją Odwołującego nie było jednak zaoferowanie realizacji zamówienia przez okres 38 miesięcy, a w formularzu ofertowym w pkt. 5 jednoznacznie oświadczył, iż zobowiązuje się „wykonać zamówienie w

terminie: 20 miesięcy (minimum 20 miesięcy, maksymalnie 24 miesięcy), licząc od dnia podpisania Umowy”. W konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego było w jego ocenie bezpodstawne.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o jego oddalenie. Stwierdził, że na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych można poprawić inną omyłkę, ale pod warunkiem, że nie powoduje to istotnych zmian w treści oferty. W tym wypadku, zdaniem Zamawiającego, miałaby miejsce istotna ingerencja w treść oferty, zatem nie mógł on poprawić oferty Odwołującego.

Na pytanie członka składu orzekającego, jak Zamawiający potraktowałby brak wpisania terminu realizacji zamówienia w formularzu ofertowym, Zamawiający udzielił odpowiedzi, że wówczas najprawdopodobniej zastosowałby zapowiedź ze str. 23 SIWZ (gdzie wskazał, że w razie błędnego podania, bądź braku podania terminu realizacji zamówienia, będzie przyjmował, że wykonawca zadeklarował 24-miesięczny termin wykonania zamówienia) i wpisał termin 24 miesięcy. Oświadczył, że jest pełnomocnikiem i nie jest w stanie udzielić odpowiedzi na to pytanie.

Z kolei odpowiedzi na pytanie, jaką pomyłkę w formularzu ofertowym przy wypełnieniu terminu realizacji zamówienia inną, niż brak wpisania terminu, uznałby za nadającą się do poprawy na 24 miesiące zgodnie z zapowiedzią ze str. 23 SIWZ, Zamawiający odpowiedział, że nie jest w stanie odpowiedzieć na to pytanie, ponieważ nie może bazować na przypuszczeniach. Powtórzył, że nie może poprawić takiego błędu, który stanowiłby istotną zmianę treści oferty.

Następnie w odpowiedzi na pytanie, jakiego sensu Zamawiający upatruje w złożeniu oferty z terminem realizacji 38 miesięcy, podczas gdy w SIWZ Zamawiający określił nieprzekraczalny termin realizacji zamówienia na 24 miesiące, Zamawiający odpowiedział, że nie wie. Być może zamiarem wykonawcy było określenie punktu wyjścia w momencie zawierania umowy bądź element interpretacyjny w ewentualnym przyszłym sporze.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili (tym samym stając się uczestnikami postępowania odwoławczego):

5

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.G. i H. B.I. spółka akcyjna we W. (dalej: Przystępujący albo Konsorcjum M.),

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: I. spółka akcyjna w W. i P.B.K.P. spółka akcyjna w L. (dalej: Przystępujący albo Konsorcjum I.).

sygn. akt KIO 540/17

W dniu 20 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: I. spółka akcyjna w W. i P.B.K.P. spółka akcyjna w L. (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 36b ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M. oraz Konsorcjum I., pomimo tego, iż treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz pomimo tego, iż zarówno oferta Konsorcjum M. jak i oferta Konsorcjum I. jest niezgodna z Ustawą oraz naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący argumentował, iż zgodnie z art. 36b ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w punkcie 11.4 SIWZ. W związku z powyższym wykonawcy, którzy złożyli w treści oferty oświadczenie o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcom, zobowiązani byli do wskazania zakresu prac zleczanych podwykonawcom jak i nazw podwykonawców. Zamawiający bowiem oczekiwał podania nazw podwykonawców już na etapie składania ofert. Nie bez znaczenia pozostaje również w ocenie Odwołującego fakt, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający skorzystał z uprawnienia do żądania przedłożenia przez wykonawców dokumentów JEDZ oraz dokumentów określonych w pkt. 10.5 ppkt 1-8 Instrukcji Dla Wykonawców (tj. dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia) dotyczących podwykonawców. W związku z powyższym, intencją Zamawiającego było zweryfikowanie, już na etapie oceny

ofert, czy w stosunku do proponowanych podwykonawców nie zaistniały podstawy do wykluczenia. Informacja na temat podwykonawców zawarta w ofercie oraz dokumentach służących badaniu podstaw wykluczenia oraz badaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może ograniczać się wyłącznie do wskazania zakresu jaki wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom. Informacja musi mieć zdaniem Odwołującego charakter kompleksowy, tj. winna obejmować zarówno zakresy świadczenia przewidziane do realizacji

6

przez podwykonawców oraz wskazanie samych podwykonawców. Zamawiający na etapie poprzedzającym zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest uprawniony i równocześnie zobowiązany do badania wykonawców, podmiotów trzecich oraz podwykonawców pod kątem spełniania warunków udziału w procedurze oraz pod kątem występowania lub niewystępowania podstaw wykluczenia z postępowania. Przeprowadzenie takiego badania nie jest możliwe w sytuacji, w której zamawiający nie będzie dysponował informacjami na temat tego, jaki konkretnie podwykonawca będzie realizował daną część zamówienia. W konsekwencji oferty Konsorcjum M. oraz Konsorcjum I. winny zostać przez Zamawiającego odrzucone, z powodu braku podania nazw podwykonawców, pomimo złożenia przez tych wykonawców oświadczenia, iż część zamówienia zamierzają powierzyć podwykonawcom.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert
- odrzucenia oferty Konsorcjum M. oraz Konsorcjum I. jako nieodpowiadających treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub niezgodnych z Ustawą.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosil o jego oddalenie. Wskazywał, że w obecnym stanie prawnym nie ma podstaw do odrzucenia ofert z powodu niepodania nazw podwykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili (tym samym stając się uczestnikami postępowania odwoławczego):

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.G. i H. B.I. spółka akcyjna we W.,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: I. W. spółka akcyjna w W. i S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W..

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego oba odwołania rozpoznano na rozprawie.

Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą

7

ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Sygn. akt KIO 534/17

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z pkt 7 SIWZ:

„Termin wykonania zamówienia: obejmuje okres nie dłuższy niż 24 miesiące (nie krótszy niż 20 miesięcy) licząc od dnia podpisania Umowy.

Zamawiający wymaga od wykonawcy wpisania w Formularzu Oferty (Załącznik nr 1) liczbę miesięcy przeznaczoną na wykonanie robót budowlanych i montażowych wraz z rozruchem oraz liczbę miesięcy jaką przewiduje przeznaczyć na uzyskanie efektu ekologicznego oraz ostateczną decyzję użytkową. Suma przedmiotowych okresów nie może być większa niż

zadeklarowany termin wykonania zamówienia (max 24 miesiące, min. 20 miesięcy)".

2. We wzorze Formularza Ofertowego Zamawiający przygotował wzór oświadczenia o następującej treści (pkt 5):

„ 5) Zobowiązujemy się wykonać zamówienie w terminie: miesięcy (minimum 20 miesięcy, maksymalnie 24 miesięcy), licząc od dnia podpisania Umowy:

a)..... liczba miesięcy przeznaczonych na realizację robót budowlanych i montażowych urządzeń i lacji oraz wykonania rozruchu ,
b) liczba miesięcy przewidziana do uzyskania efektu ekologicznego i ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie ”.

3. Zamawiający ustanowił termin wykonania zamówienia był kryterium oceny ofert o wadze 20% (pkt 20.2 ppkt 2 SIWZ). Zamawiający zastrzegł przy opisie kryterium terminu:
„W przypadku braku wypełnienia, lub błędnego wypełnienia oświadczenia w Formularzu Oferty (termin inny niż przedział pomiędzy 20 miesięcy a 24 miesiące), Zamawiający uzna, iż Wykonawca deklaruje wykonanie w terminie 24 miesięcy, licząc od dnia podpisania umów” (strona 23 SIWZ, pierwszy akapit od góry, dalej: zapowiedź ze strony 23 SIWZ).

4. W Formularzu Ofertowym Odwołujący w pkt 5 złożył oświadczenie następującej treści:
„5) Zobowiązujemy się wykonać zamówienie w terminie: 20 miesięcy (minimum 20 miesięcy, maksymalnie 24 miesięcy), licząc od dnia podpisania Umowy:

8

a)liczba miesięcy przeznaczonych na realizację robót budowlanych i montażowych urządzeń i lacji oraz wykonania rozruchu 18 miesięcy,

b) liczba miesięcy przewidziana do uzyskania efektu ekologicznego i ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie 20 miesięcy”.

5. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ (z uzasadnieniem, że Odwołujący złożył dwa sprzeczne ze sobą oświadczenia dotyczące terminów realizacji zamówienia, co dla Zamawiającego jest niejednoznaczne), w związku z czym Odwołujący złożył odwołanie.

Izba zważyła, co następuje: Odwołujący słusznie zwracał uwagę, że Zamawiający w pkt 5 Formularza Ofertowego odmiennie sformułował wytyczne odnośnie określenia terminów, niż w pkt 7 SIWZ i nadał im inny sens. Liczba miesięcy przewidziana **do** uzyskania efektu ekologicznego i ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie (w pkt 5 formularza ofertowego), nie jest tożsama z liczbą miesięcy, jaką przewiduje się przeznaczyć **na** uzyskanie efektu ekologicznego i ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie (zgodnie z pkt 7 SIWZ). Nie ulegało wątpliwości, że Zamawiający wymagał realizacji zamówienia w terminie od 20 do 24 miesięcy. W Formularzu Ofertowym należało oświadczyć, w jakim terminie wykonawca wykona zamówienie. Odwołujący w sposób kategoryczny i jednoznaczny oświadczył, że wykona zamówienie w terminie 20 miesięcy. W takich okolicznościach Zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego – była ona zgodna z wymogiem SIWZ co do terminu realizacji zamówienia.

Jeżeli Zamawiający doszedłby do wniosku, że wykonawca wypełnił błędnie miejsce w Formularzu Ofertowym, gdzie należało wpisać deklarowany termin realizacji zamówienia (wyłącznie termin realizacji zamówienia, a nie inne terminy), winien był zastosować zapowiedź ze strony 23 oferty (uznać, że wykonawca zadeklarował 24-miesięczny termin realizacji zamówienia i przyznać 0 punktów w tym kryterium), a nie odrzucać ofertę. W ocenie składu orzekającego nie doszło jednak do sytuacji, w której Zamawiający powinien był tak postąpić – nie zaistniała bowiem przesłanka do ziszczenia się zapowiedzi ze strony 23 SIWZ, ponieważ oferta Odwołującego była zgodna z wymogiem SIWZ co do terminu realizacji zamówienia.

Rzeczywiście, wątpliwości Zamawiającego mógł budzić sposób podania przez Odwołującego w pkt 5 a i b terminów częściowych realizacji zamówienia. Zamawiający spodziewał się, że wykonawcy wpiszą tam terminy sumujące się na całkowity termin realizacji zamówienia, zgodnie z wskazówkami zawartymi w treści SIWZ, str. 7 pkt 7 SIWZ. Jednak wskazówki zawarte tamże rozbiegły się z treścią pkt 5 b Formularza Ofertowego, co

czego wypełnił tenże formularz zgodnie z jego literalną treścią. Przy takim rozumieniu określenia terminów przez Odwołującego jasne jest, że okresy podane w pkt a i b pkt piątego nie sumują się, a czas potrzebny „do uzyskania efektu ekologicznego i ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie”, wynoszący 20 miesięcy, obejmuje okres 18 miesięcy robót budowlanych. Można więc wywieść, przez proste działanie matematyczne, że termin „na uzyskanie efektu ekologicznego” to termin 2 miesięcy ($20-18=2$).

Takie rozumowanie w ocenie Izby jest jedynym możliwym w oparciu o ofertę Odwołującego. Nie było żadnych podstaw do przyjęcia, że Odwołujący zadeklarował 38-miesięczny termin wykonania zamówienia, prawie dwukrotnie dłuższy, niż wymagany przez Zamawiającego. Przypuszczenie Zamawiającego, że wykonawca zrobił tak celowo, ponieważ „być może zamiarem wykonawcy było określenie punktu wyjścia w momencie zawierania umowy bądź element interpretacyjny w ewentualnym przyszłym sporze” nie znajduje żadnego oparcia w treści oferty Odwołującego. Wydaje się daleko posuniętą nadinterpretacją, w żadnych okolicznościach niedopuszczalną. Po pierwsze, trudne do akceptacji jest założenie, że wykonawca świadomie składa ofertę niezgodną z SIWZ – taka oferta podlega odrzuceniu. Po drugie, jeżeli wykonawca rzeczywiście wypełniłby błędnie formularz ofertowy w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia, to Zamawiający winien zastosować zapowiedź ze strony 23 SIWZ. Zachowanie Zamawiającego było więc podwójnie wadliwe – primo, co do przyjętego założenia, że wykonawca zadeklarował 38-miesięczny termin zamówienia, wbrew jednoznacznemu oświadczeniu w tym zakresie z Formularza Ofertowego, secundo – co do działania, podjętego w konsekwencji takiego założenia (jeżeli Zamawiający przyjmował, że wykonawca błędnie wpisał termin realizacji zamówienia, powinien był zastosować zapowiedź ze strony 23 SIWZ, a nie odrzucać ofertę).

Jeżeli Zamawiający dostrzegł niezrozumiałość dla siebie rozbieżność pomiędzy terminem realizacji zamówienia a terminami częściowymi z pkt 5a i 5b, które zdaniem Zamawiającego powinny się sumować, a Odwołujący tak zrozumiał treść Formularza Ofertowego, że termin z pkt a zawiera się w terminie z pkt b, który z kolei jest tożsamy z całkowitym terminem realizacji zamówienia – to Zamawiający powinien się zwrócić do wykonawcy o wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Wyjaśnienia te (uprawnione obecnie jest przyjęcie, że byłyby one takie same, jak wyjaśnienia zawarte w uzasadnieniu odwołania) nie zmieniłyby w żaden sposób treści oferty, nie było również żadnej podstawy do dokonywania poprawek. W konsekwencji Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono, jak w sentencji, nakazując powtórzenie badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Oferta Odwołujący nie podlega odrzuceniu w związku z określeniem terminu realizacji zamówienia i jest w tym

zakresie zgodna z SIWZ.

Na marginesie można zauważyć, że Zamawiający podając w piśmie z dnia 21 marca 2017 r. podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego wskazał „art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3” Prawa zamówień publicznych, przy czym podając uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty wykonawcy w ogóle nie wyjaśnił, w jakim działaniu wykonawcy upatruje czynu nieuczciwej konkurencji (w tym zakresie brak jakiegokolwiek podstawy faktycznej). Skoro Zamawiający uznał, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z SIWZ przez podanie terminu realizacji zamówienia prawie dwukrotnie dłuższego, niż wymagany, to złożenie oferty niezgodnej z SIWZ nie może być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Sygn. akt KIO 540/17

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z punktem 11.4 SIWZ, Zamawiający oczekiwał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, jak i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Zarówno część zamówienia, którą wykonawca zamierzał powierzyć podwykonawcom jak i firmy podwykonawców miały zostać wskazane w treści oferty. W punkcie 13) oferty bowiem wykonawcy mieli złożyć stosowne oświadczenia, czy zamierzają powierzyć do podwykonania część zamówienia a w przypadku potwierdzenia powyższego, wykonawcy zobowiązani byli do wskazania części zamówienia powierzanej podwykonawcy jak i do wskazania nazwy podwykonawców.
2. Z kolei zgodnie z punktem 10.14 SIWZ, Zamawiający żądał od wykonawców przedstawienia dokumentów wymienionych w punkcie 10.5. ppkt 1-8 Instrukcji Dla Wykonawców (tj. dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu), a w ofercie dokumentu wymienionego w pkt. 10.1 IDW (JEDZ), dotyczących podwykonawcy, któremu wykonawcy zamierzają powierzyć wykonanie części zamówienia, a który nie jest podmiotem, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a Prawa zamówień publicznych.
3. W § 13 ust 5 wzoru umowy Zamawiający dopuścił zmianę podwykonawcy albo rezygnację z niego. Wzór umowy przewiduje akceptację przez Zamawiającego zaproponowanego

11

podwykonawcy, Zamawiający może również odmówić zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą bez żadnego uzasadnienia (§ 13 ust. 6 zd. drugie).

4. Konsorcjum M. w swojej ofercie wskazało, iż zamierza powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia:

- nawierzchnie asfaltowe
- roboty elektryczne i AKPiA
- część robót technologicznych
- część robót budowlanych
- część robót łacynych i sieciowych

Przy czym wskazano nazwy podwykonawców dla części zamówienia dotyczącej wykonania nawierzchni asfaltowych oraz robót elektrycznych i AKPiA. Dla pozostałych części w formularzu ofertowym wpisano „podwykonawca nie jest znany na etapie składania ofert”.

5. Konsorcjum I. w swojej ofercie wskazało, iż zamierza powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia:

- część robót z branży konstrukcyjno-budowlanej
- część robót z branży sanitarnej i technologicznej
- część robót z branży elektrycznej i AKPiA
- część robót z branży drogowej

Konsorcjum I. nie wskazało nazwy żadnego podwykonawcy, w formularzu ofertowym wpisując „nazwy podwykonawców na dzień składania ofert nie są znane – zgodnie z informacją podaną w części II D oświadczenia JEDZ” (wykonawca przy pytaniu w formularzu JEDZ o zlecenie podwykonawstwa zaznaczył opcję „tak”, przy której w formularzu znajduje się objaśnienie „Jeżeli tak i o ile jest wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców”. Odwołujący wpisał „nazwy podwykonawców na tę chwilę nie są znane”.

6. Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert wyżej opisanych z powodu braku podania nazw podwykonawców, w konsekwencji czego Odwołujący wniósł odwołanie.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje: nie było podstaw do odrzucenia ofert wykonawców z powodu braku podania nazw podwykonawców. Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych wyłącznie wówczas, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Aby odrzucić ofertę w związku z brakiem podania nazw podwykonawców, Zamawiający musiałby tak ukształtować treść

12

SIWZ, aby wskazanie nazw podwykonawców stanowiło treść oferty. W tym przypadku nie miało to w ocenie składu orzekającego miejsca.

Powyższego stanowiska nie zmienia okoliczność, że Zamawiający oczekiwał złożenia dla zadeklarowanych podwykonawców formularza JEDZ – wymóg ten pozbawiony jest jakiegokolwiek sankcji. Brak złożenia formularza bądź ustalenie na jego podstawie, że podwykonawca „podlegałby wykluczeniu” nie ma żadnych konsekwencji, ponieważ nie zostały one w Prawie zamówień publicznych przewidziane (nie można wykluczyć podwykonawcy; niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez podwykonawcę nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy). Co więcej, zarówno Prawa zamówień publicznych w art. 36 b ust. 2 Prawa zamówień publicznych (skoro można zmienić podwykonawców, na zasoby których wykonawca powołuje się w ofercie, to tym bardziej można zmienić podwykonawców, na zasoby których się nie powołano), jak i sam Zamawiający w projekcie umowy przewiduje możliwość zmiany podwykonawców, procedurę udzielania zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą oraz odmowę jej udzielenia bez podania uzasadnienia. Oznacza to, że Zamawiający dopuszcza fluktuację – w rozumieniu możliwości zmian – wśród podwykonawców. Nie można też nie zauważyć, że wzór formularza JEDZ, zarówno w samej treści formularza, jak i w objaśnieniach do niej, zakłada, że podwykonawcy mogą nie być znani na etapie składania ofert.

Podobny pogląd wyraziła Izba w analogicznym stanie faktycznym w wyroku z dnia 13 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 192/17. Izba kierowała się argumentami zbliżonymi do tych, jakie zostały wyżej opisane, a ponadto zauważyła, iż „Izba nie zgodziła się z interpretacją przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp przedstawioną przez Zamawiającego i Przystępujących. Przyjęcie takiej interpretacji – jak żądał tego Zamawiający – prowadziłoby do nadmiernego formalizmu, od którego ustawodawca - poprzez wprowadzoną nowelizację - zamierza odejść. Powyższe sprowadzałoby się do automatycznego odrzucania ofert wykonawców nie zawierających – według Zamawiającego – wyczerpującej listy firm podwykonawców, co w ocenie Izby w świetle znówelizowanych przepisów ustawy jest działaniem zbyt daleko idącym. Zauważenia również wymaga, że - posiłkując się preambułą Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE - celem wprowadzenia niniejszych uregulowań było odformalizowanie postępowania, gdyż jak wskazano w pkt 84 preambuły: „Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji. Ograniczenie takich wymogów, na przykład przez zastosowanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne mogłoby w znacznym stopniu uprościć procedurę z korzyścią zarówno

dla instytucji zamawiających, jak i wykonawców”. Zatem odrzucenie oferty wykonawcy – jak to miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym – po przeanalizowaniu całokształtu przedstawionej argumentacji byłoby również sprzeczne z ogólnymi zasadami swobody świadczenia zamówienia na rzecz wybranego podmiotu jak również sprzeczne z zakazem dyskryminacji podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W szczególności nie może umknąć uwadze Izby, iż wykonawca który podałby – jako swojego podwykonawcę – podmiot, który wiadomym jest że z różnych przyczyn, tym podwykonawcą nie będzie – tylko celem nieodrżucenia oferty wykonawcy, tak by na późniejszym etapie dokonać zmiany podwykonawcy, potraktowany byłby – w świetle przyjętej przez Zamawiającego interpretacji – lepiej w przeciwieństwie do wykonawcy - podającego informację zgodną z rzeczywistym stanem faktycznym, że takowi podwykonawcy nie są mu jeszcze znani – a oferta takiego wykonawcy zostałaby przez Zamawiającego - w świetle przepisów ustawy Pzp - odrzucona. W ocenie Izby – jak zostało to wcześniej wskazane – przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp powinien być interpretowany przez pryzmat innych znówelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.”. Analogiczny pogląd Izba wyraziła również w wyroku z dnia 24 lutego 2017 r, sygn. akt KIO 242/17, KIO 258/17.

Konkludując, w ocenie składu orzekającego wykonawcy byli uprawnieni do wypełnienia miejsca na wpisanie nazw podwykonawców przez podanie, że nazwy podwykonawców nie są znane na etapie składania ofert. W konsekwencji nie było podstaw

do odrzucenia ofert kwestionowanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

Zamawiający złożył wniosek o zasądzenie kosztów, jednak do zamknięcia rozprawy nie przedłożył rachunku (faktury). Zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Brak złożenia do chwili zamknięcia rozprawy rachunków umożliwiających określenie wysokości poniesionych kosztów uniemożliwia w ocenie składu orzekającego zasądzenie kosztów.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

14

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

15