

WYROK
z dnia 20 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Renata Tubisz

Katarzyna Brzeska

Protokolant: Edyta Paziewska

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 lutego 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 lutego 2017 r.** przez wykonawcę: **EUROVIA POLSKA S.A., ul. Szwedzka 5 Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Średzki, ul. Wrocławska 2, 55-300 Środa Śląska**,

przy udziale wykonawcy: **Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **EUROVIA POLSKA S.A, ul. Szwedzka 5 Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **EUROVIA POLSKA S.A, ul. Szwedzka 5 Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7

1

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

V.S.

2

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa drogi powiatowej nr 2069D na odcinku Szymanów-Zawadka” (ogłoszenie BZP Nr: 351-2017 z 02.01.2017 r.), w dniu 3 lutego 2017 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez: **EUROVIA POLSKA S.A.** z siedzibą w Kobierzycach, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 30 stycznia 2017 r. o odrzuceniu oferty odwołującego. Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 2 stycznia 2017 r. i mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Ustalona wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jest mniejsza niż wyrażona w złotych

polskich równoważność kwoty euro - zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. poz. 2263 ze zm.) - dla robót budowlanych.

Odwołanie dotyczy odrzucenia oferty odwołującego, więc jest dopuszczalne w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, co nie dotyczyło zarzutów odwołania odnoszących się do braku stosownych regulacji w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), bądź nieprawidłowego ich ukształtowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6 lutego 2017 r. przesłane drogą elektroniczną, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w formie elektronicznej, (w kopii przesłane stronom) złożył w dniu 9 lutego 2017 r. wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, który wnosił o oddalenie odwołania. Podał, że interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego przejawia się w tym, że odwołanie jest skierowane przeciwko czynności wyboru jego oferty. Odwołujący dąży do wzruszenia prawidłowych i zgodnych z prawem czynności zamawiającego, tym samym prowadzi to do utraty możliwości uzyskania tego zamówienia przez przystępującego.

3

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie wykonawcy: Berger Bau Polska Sp. z o.o., gdyż przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Powiatowi Średzkiemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zwaną „ustawą Pzp”, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, przez nieuzasadnioną ocenę, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nieuzasadnione jej odrzucenie oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, poprzez różnicowanie wykonawców, którzy są w stanie w danym momencie postępowania (tutaj na etapie składania ofert) wskazać firmy potencjalnych podwykonawców, od wykonawców nie dysponujących taką wiedzą w tym momencie;
2. art. 36b ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, iż przepis ten nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy, który na etapie składania oferty nie jest w stanie wskazać konkretnych firm podwykonawców oraz szczegółowo określić części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom;
3. art. 36b ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 71 ust 2 i ust. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65) oraz art. 88 ust. 2 i ust. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.243) poprzez nieuwzględnienie celów i podstaw wdrożenia powołanych dyrektyw do krajowego porządku prawnego przy wykładni przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji uznanie, że powinno się odrzucić ofertę wykonawcy, który na etapie składania oferty nie jest w stanie wskazać konkretnych firm podwykonawców oraz szczegółowo określić części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom;
4. art. 36b ust. 1 ustawy Pzp w zw. z Częścią II w sekcji D Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) określonego Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia poprzez nieuwzględnienie przy wykładni przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp możliwości niewskazania firm podwykonawców, na co wprost wskazuje Część II w sekcji D JEDZ i w konsekwencji uznanie, że powinno się odrzucić ofertę wykonawcy, który na etapie składania oferty nie jest w stanie wskazać konkretnych firm

4

podwykonawców oraz szczegółowo określić części zamówienia, których wykonanie zamierza

powierzyć podwykonawcom.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosił o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i tym samym wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
- 4) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp), odwołujący żądał, aby zamawiający dokonał czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jako oferent - posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz zachodzi możliwość poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, gdyż oferta odwołującego została bezprawnie odrzucona. Ustalenie, iż zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy przeprowadził kwestionowaną czynność - prowadziłoby do nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, czego efektem według odwołującego, byłby wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśniał, że pismem z dnia 30 stycznia 2017 r. zamawiający odrzucił jego ofertę, uznając że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zdaniem zamawiającego rzeczona niezgodność polega na nie wskazaniu w ofercie firm podwykonawców, wbrew wymogom zamieszczonym w SIWZ - podyktowanym treścią art. 36b ust. 1 ustawy Pzp - nakazującym żądanie przez zamawiających, aby na etapie składania oferty wykonawca określił część zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom i podał firmy podwykonawców. Ponadto zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty przywołał treść wyjaśnień SIWZ z dnia 13.01.2017 r., w których podał, że: „Wykonawca na etapie składania ofert musi podać firmy podwykonawców. 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. Przepis ten nakłada, więc na zamawiającego obowiązek, aby wymagał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom

5

wraz z podaniem nazw firm tych podwykonawców. Ponadto, zgodnie z art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, w celu zweryfikowania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podwykonawców, Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do podania w oświadczeniu składanym wraz z ofertą informacji, że konkretni wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.”

Z uwagi na to, że: „Wykonawca w złożonej ofercie umieścił informację, iż zamierza powierzyć podwykonawcom roboty nie zastrzeżone przez Zamawiającego w SIWZ” i „że nazwy firm podwykonawców nie są znane na dzień złożenia oferty”, zamawiający uznał, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, co skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez nieuzasadnioną ocenę, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym na wyrok KIO z dnia 9 marca 2010 r., o sygn. akt. KIO 24/10): „Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w

sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy."

Mając powyższe na uwadze, odwołujący uznawał, że zamawiający nie określił żadnych merytorycznych wymagań w SIWZ, których spełnienie mogłoby podlegać ocenie w kontekście zaoferowanego przez odwołującego w ofercie świadczenia. Odwołujący utrzymywał, że zamawiający, wykonując nałożone na niego przepisem art. 36b ust. 1 ustawy Pzp obowiązki, zażądał w SIWZ - w sensie jedynie formalnym, a nie merytorycznym - wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć

podwykonawcom wraz z podaniem firm podwykonawców. Odwołujący nie zaprzeczał, że przywołany wyżej przepis obliguje zamawiającego do żądania od wykonawców informacji na temat części zamówienia, które zamierzają powierzyć podwykonawcom, wraz z podaniem firm podwykonawców. Oceniał jednocześnie, że to wymaganie ma i może mieć, co najwyżej wymiar jedynie formalny. Utrzymywał, że zamawiający w żaden sposób nie może wymagać podania firm podwykonawców, a sam brak określenia w ofercie tych firm - utożsamiać z niezgodnością z treści samej oferty z SIWZ. Trudno, bowiem utożsamiać brak wskazania firm podwykonawców w ofercie, w przypadku chociażby niemożności ich wskazania na danym etapie postępowania (tutaj składanej oferty), z merytoryczną niezgodnością z SIWZ. II. Zarzut naruszenia art. 36b ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, iż przepis ten nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy, który na etapie składania oferty nie jest w stanie wskazać konkretnych firm podwykonawców oraz szczegółowo określić części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

W przekonaniu odwołującego celem wprowadzonego przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie jest konieczność bezwzględnego wskazania firm podwykonawców już na etapie składania oferty (co jest wielokrotnie niemożliwe ze względu na przykładowo złożoność zamówienia), ale poznanie zamierzeń wykonawców w zakresie korzystania przez nich z pomocy podwykonawców na etapie realizacji umowy. Przywołał pogląd przedstawiany w doktrynie, który wskazuje, iż: „ze względu na fakt, że informacje udzielane przez wykonawcę w zakresie podwykonawstwa dotyczą jedynie jego zamierzeń, jak również ze względu na zmiany okoliczności gospodarczych, jakie mogą wystąpić w trakcie długotrwałych zamówień, umożliwiono wykonawcom dokonanie modyfikacji złożonych deklaracji w zakresie podwykonawstwa. Wykonawcy, zgodnie z art. 36b ust 2 ustawy Pzp, mogą:

- 1) wskazać innych podwykonawców; 2) zrezygnować z podwykonawców;
- 3) wskazać inny zakres podwykonawstwa;
- 4) wykonać zamówienia przy pomocy podwykonawców, pomimo niewskazania w postępowaniu żadnej części zamówienia przeznaczonej do wykonania w ramach podwykonawstwa

- (tak komentarz do art. 36b ustawy Pzp, [w:] P. Granecki, Komentarz do Prawa zamówień publicznych, Wyd. C.H. Beck, Legalis; [podkreślenia własne odwołującego].

Z powyższego, odwołujący wywodził, że wykonawca ma prawo niewskazania w postępowaniu żadnej części zamówienia przeznaczonej do wykonania w ramach podwykonawstwa i tym samym nie wskazać firm podwykonawców. Przekonywał, że takie działanie wykonawcy z racji tego, że nie zamyka mu drogi do zaangażowania podwykonawcy

w przyszłości, o czym stanowi art. 36b ust. 2 ustawy Pzp, nie powinien być podstawą - właśnie tylko z tego powodu - odrzucenia całej oferty wykonawcy, który z różnych przyczyn nie był w stanie wskazać podwykonawcy (np. w kontekście trwających i niezakończonych do dnia złożenia oferty negocjacji z potencjalnymi podwykonawcami).

Na marginesie wskazywał, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie określił żadnej części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, co oznacza, że odwołujący w przypadku pozyskania zamówienia mógłby w każdej części zamówienia

skorzystać z pomocy podwykonawcy, kiedy tylko taki podwykonawca zostałby na danym etapie realizacji zamówienia dookreślony. Odwołujący zaznaczał, że w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie polegał także w żadnym aspekcie na potencjale podmiotów trzecich, co dodatkowo usprawniałoby możliwość zaangażowania podwykonawcy (vide art. 36b ust. 2 ustawy Pzp).

Wobec powyższego za niezrozumiałe uznał działania zamawiającego, który z jednej strony zdaje się prawidłowo interpretuje przepis art. 36b ust. 1 Pzp, (którego celem - jest wyłącznie poznanie zamierzeń wykonawców w zakresie korzystania przez nich z pomocy podwykonawców na etapie realizacji umowy, a nie złożenie przez nich wiążącego zobowiązania odnośnie zaangażowania konkretnych podwykonawców), ale zdaniem odwołującego - na jego podstawie zamawiający wyciąga zgoła odmienne wnioski odrzucając złożoną ofertę. Wskazuje na to przywołana powyżej odpowiedź zamawiającego z dnia 13.01.2017 r., stanowiąca wyjaśnienie SIWZ, gdzie zamawiający pisze, że „*przepis ten nakłada więc na zamawiającego obowiązek, aby wymagał wskazania przez wykonawcę..*”. *Taki obowiązek wskazania został przez Zamawiającego zrealizowany (patrz pkt. XXVI SIWZ, który stanowi, że „Wykonawca może powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia. W tym celu Zamawiający żąda, aby na etapie składania oferty Wykonawca określił część zamówienia, która zostanie podwykonawcom powierzona i podał firmy podwykonawców”. Skoro Zamawiający w SIWZ i w formularzu oferty zażądał odniesienia się przez wykonawcę w składanej ofercie do zakresu potencjalnego podwykonawstwa, to nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, że nie wykonał nałożonego na niego obowiązku z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.*”

Odwołujący argumentował, że zamawiający zdaje się jednak mylnie utożsamiać swój obowiązek zażądania określonych informacji od wykonawców, z obowiązkiem podania konkretnych firm podwykonawców przez wykonawcę. Zdaje się przy takim podejściu zapominać, że - jak wskazano powyżej, informacje udzielane przez wykonawcę w zakresie podwykonawstwa dotyczą jedynie jego zamierzeń, jak również ze względu na zmiany okoliczności gospodarczych, jakie mogą wystąpić w trakcie długotrwałych zamówień, należy

8

umożliwić wykonawcom dokonanie modyfikacji złożonych deklaracji w zakresie podwykonawstwa.

Według odwołującego - zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dostrzega celu spornego przepisu ustawy Pzp.

III. Zarzut nieuwzględnienia celów i podstaw wdrożenia dyrektyw unijnych do krajowego porządku prawnego, a także samej możliwości niewskazania firm podwykonawców, na co wprost wskazuje Część II w sekcji D JEDZ, przy wykładni przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

Omawiając sporną kwestię odwołujący podnosił, że zamawiający dokonując interpretacji przywołanego przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, pominął cel i funkcję przedmiotowego przepisu, gdyż biorąc pod uwagę brzmienie art. 36b ust. 2 ustawy Pzp, wymóg wskazania firm podwykonawców powinien odnosić się jedynie do podwykonawców, którzy są znani wykonawcy na etapie sporządzania i składania oferty, tj. dotyczy wskazania firm tych podwykonawców, którzy mieliby uczestniczyć w wykonaniu części zamówienia określonej w ofercie i są w danym momencie już znani wykonawcy (tak W. Dzierżanowski, Weryfikacja podwykonawców, Zamówienia Publiczne Doradca, nr 6/2016). Oznacza to, zdaniem odwołującego, że jeżeli wykonawca ogólnie zamierza wykonać przedmiot zamówienia z udziałem podwykonawców, ale gdy na etapie składania oferty nie jest jeszcze znany żaden konkretny podwykonawca, to wykonawca winien w ramach zażądanych przez zamawiającego informacji, oświadczyć w ofercie, że na moment sporządzenia i składania jego oferty - nie są znani jeszcze żaden podwykonawcy, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie wskazanych w ofercie części zamówienia.

W opinii odwołującego jego interpretacja przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp jest zgodna nie tylko z celem wprowadzonego przepisu, ale także ze stanowiącymi jego źródło przepisami prawa unijnego.

Odwołujący podnosił, że interpretacja art. 36b ust. 1 ustawy Pzp powinna nastąpić poprzez przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (w szczególności art. 71 ust. 5 dyrektywy, który stanowi: „W przypadku zamówień na roboty budowlane i w odniesieniu do usług, które mają być wykonane na obiekcie pod bezpośrednim nadzorem Instytucji zamawiającej, po

udzieleniu zamówienia i nie później niż w chwili rozpoczęcia realizacji zamówienia, instytucja zamawiająca wymaga od głównego wykonawcy, by wskazał instytucji zamawiającej nazwę/imię i nazwisko, dane kontaktowe i przedstawicieli prawnych podwykonawców tegoż głównego wykonawcy, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, w zakresie znanym w tym momencie. Instytucja zamawiająca wymaga od głównego wykonawcy, by powiadamiał ją o wszelkich zmianach w odniesieniu do tych informacji w trakcie zamówienia,

9

a także by przekazywał jej wymagane informacje na temat ewentualnych nowych podwykonawców, których w późniejszym okresie angażuje do realizacji takich robót budowlanych lub usługi. Za kluczowe w tym zakresie uznał odwołujący sformułowanie „znanym w tym momencie”, które w ustawie Pzp w ust. 1a art. 36b zostało zastąpione sformułowaniem „o ile są już znane”. Zaznaczał, że w tym kontekście powinna także nastąpić interpretacja art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, wskazywał, że przepis art. 71 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE „w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców”. Wskazane w przepisie sformułowania „ewentualnych” należy odnosić do sformułowania „możliwych”, tj. „o ile jest możliwe ich skonkretyzowanie na danym etapie składania ofert”; „o ile są w danym momencie znani.” Zastrzegając, z uwagi na fakt, że w prawie krajowym - w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp brak jest analogicznego sformułowania - interpretacja tego przepisu powinna odbywać się przez wzgląd na prounijną wykładnię prawa krajowego (tutaj w kontekście art. 71 ust. 2 i ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE oraz tożsamo sformułowanych art. 88 ust. 2 i ust. 5 dyrektywy 2014/25/UE).

Odwołujący argumentował, że państwa członkowskie Unii Europejskiej, a więc i Polska - w myśl art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej - są zobowiązane do podejmowania środków niezbędnych do tego, aby w pełni wprowadzać w życie postanowienia dyrektyw w ustawodawstwie krajowym i zapewnić, aby żadne inne przepisy krajowe nie podważały ich stosowania, pozostawiając państwu jedynie swobodę w zakresie wyboru formy i środków co do wprowadzenia dyrektywy do krajowego systemu prawnego. Dyrektywy wiążą bowiem państwa członkowskie w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, a rezultat ten powinien być ustalony w wyniku interpretacji wszystkich postanowień dyrektywy, a także z uwzględnieniem jej preambuły. W przypadku niepełnej, czy też nieprawidłowej implementacji dyrektywy do porządku prawnego danego kraju zachodzi konieczność takiej wykładni wprowadzonego przepisu, aby uwzględniała ona rezultat określony w dyrektywie (tzw. prounijna wykładnia przepisów), gdyż wykładnia ta stanowi jeden z podstawowych instrumentów zapewnienia skuteczności prawa wspólnotowego w państwach członkowskich, i koniecznym jest jej zastosowanie, a więc według odwołującego - powinno to mieć miejsce także w niniejszym stanie faktycznym. Należy dokonać takiej wykładni prawa krajowego, która jest zgodna z treścią i celem danej dyrektywy i powinna być ona „(...) dokonywana tak dalece, jak to możliwe, aby osiągnąć rezultat określony w dyrektywie (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2010 r., I S.A./Wr1637/09, LEX 570

10

107). Dalej odwołujący wywodził, że interpretacja prawa krajowego musi uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, ponieważ w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia do ustawodawstwa krajowego „tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym (orzeczenie ETS z 17 listopada 1993 r. (sygn. akt C -71/92) w sprawie Komisja Europejska przeciw Królestwu Hiszpanii). Skoro, więc dokonano implementacji dyrektywy i na jej podstawie wdrożono do prawa krajowego przepis art. 36b ustawy Pzp, to nieuprawnione jest wymaganie od wykonawców - pod rygorem odrzucania ich ofert, aby niezależnie od możliwości przewidzenia konkretnych podwykonawców na danym etapie (w danym momencie), którzy będą mogli być zaangażowani do realizacji części przedmiotowego zamówienia, byli zmuszani do wskazywania takich podwykonawców.

W przeświadczeniu odwołującego, taka interpretacja przeczyłaby zamierzeniom

przepisu art. 36b ustawy Pzp, który ma na celu umożliwienie zamawiającym pozyskanie od wykonawcy informacji odnośnie ewentualnych jego planów, co do zaangażowania przez niego podwykonawcy, które to zamierzenia - jeżeli nie są w danym momencie skonkretyzowane - nie mogą zostać przedstawione w deklaracji wykonawcy odnośnie ewentualnego zaangażowania podwykonawców.

Ponowił twierdzenia, że przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp powinien podlegać wykładni pronunijnej. A ponieważ „pronunijna wykładnia jest uznanym instrumentem wdrożenia prawa europejskiego do wewnętrznego porządku prawnego, to od organów stosujących prawo w państwach Unii Europejskiej oczekuje się interpretacji prawa wewnętrznego zgodnej z prawem europejskim (co wynika z art. 5 Traktatu Rzymskiego)” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 r., K 2/02 OTK-A 2003, nr 1, poz. 4), a obowiązek prawidłowej wykładni dyrektywy dotyczy wszystkich organów Państw Członkowskich UE w zakresie ich kompetencji, w tym także Krajowej Izby Odwoławczej (tak też KIO w wyroku z dnia 23 lutego 2011 r.; sygn. akt: KIO/269/11).

Odwołujący zaznaczał, że interpretacja przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp powinna odbywać się zgodnie z treścią rozporządzenia wykonawczego Komisji Europejskiej 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, który w części II sekcja D, stanowi wprost o konieczności wskazania nazw podwykonawców, „o ile jest to wiadome”. Odwołujący przytoczył fragment formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ):

D: INFORMACJE DOTYCZĄCE PODWYKONAWCÓW, NA KTÓRYCH ZDOLNOŚCI WYKONAWCA NIE POLEGA (...)

Podwykonawstwo: Odpowiedź:

11

Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia? ☐ Tak ☐ Nie

Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców: [-]

Odwołujący po raz kolejny podnosił, że powyższe oznacza, że biorąc pod uwagę cel i funkcję wprowadzenia do ustawy Prawo zamówień publicznych art. 36b ust. 1, treść ww. dyrektywy oraz rozporządzenia, jak również uwzględniając brzmienie art. 36b ust. 2 ustawy Pzp wymóg zamawiającego, aby bezwzględnie wskazać w treści oferty firmy podwykonawców pod rygorem odrzucenia oferty, jest nieuprawniony i sprzeczny nie tylko z prawem krajowym, ale i unijnym. Dlatego też obowiązek wskazania podwykonawców dotyczy tych podwykonawców, którzy są znani wykonawcy na etapie sporządzania i składania oferty. Inaczej mówiąc ww. wymóg dotyczy wskazania firm tych podwykonawców, którzy mieliby uczestniczyć w wykonaniu części zamówienia określonej w ofercie i jednocześnie są w danym momencie już znani wykonawcy, i których dotyczy istniejący po stronie wykonawcy zamiar powierzenia im wykonania określonych w ofercie części zamówienia. Taki obowiązek w przekonaniu zamawiającego - nie istnieje w sytuacji, gdy nie są oni jeszcze znani wykonawcy na etapie składania oferty, bądź też wskazany zamiar nie został w pełni uzewnętrzniony przez wykonawcę.

W podsumowaniu stwierdził, że chociaż sporny przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie doczekał się jak dotychczas w szerokim zakresie wykładni w drodze orzecznictwa KIO, czy opinii i komentarzy to przez innych zamawiających jest on interpretowany zgodnie z przedstawioną w niniejszym odwołaniu argumentacją, na co wskazują załączone przez odwołującego dowody, w postaci wykładni tego przepisu dokonywanych przez zamawiających w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dowód: Pismo ZDW w Krakowie z dnia 30.09.2019 r. oraz pismo Urzędu Miasta Olsztyna z 08.12.2016 r.; Pismo ZDW w Krakowie z dnia 30.09.2019 r.

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 15 lutego 2016 r. podtrzymał stanowisko z pisma z dnia 30 stycznia 2017 r. o odrzuceniu oferty odwołującego i wnosił o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Podał, że w dokumentacji przetargowej SIWZ zobowiązał wykonawców do podania na etapie składania ofert, w przypadku korzystania z podwykonawstwa - wskazania części zamówienia, które zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom oraz podania firm tych podwykonawców. Ponadto, zgodnie z art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, w celu zweryfikowania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podwykonawców, Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do podania w oświadczeniu składanym wraz z ofertą informacji, że konkretni wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.

W trakcie postępowania wpłynęły do zamawiającego między innymi pytania w dniu 11.01.2017r. w zakresie podania firm podwykonawców w brzmieniu: Czy w przypadku, gdy na 12

etapie składania ofert wykonawca nie zna nazwy firm podwykonawcy, to czy może ograniczyć się tylko do wykazania zakresu robót jaki zostanie powierzony ewentualnemu podwykonawcy, a w załączniku nr 1 - formularz oferty wpisać - „podwykonawcy nie są znani na etapie składania ofert?” Zamawiający udzielając wyjaśnień w tym zakresie podtrzymał swoje zapisy w SIWZ. W dniu 13.01.2017 r. udzielił odpowiedzi w brzmieniu: „Wykonawca na etapie składania ofert musi podać firmy podwykonawców. 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. Przepis ten nakłada więc na zamawiającego obowiązek, aby wymagał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom wraz z podaniem nazw firm tych podwykonawców. Ponadto, zgodnie z art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp; w celu zweryfikowania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podwykonawców: Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do podania w oświadczeniu składanym wraz z ofertą informacji, że konkretni wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.”

Wyjaśnienia powyższe zamawiający przesłał wszystkim zainteresowanym uczestnikom postępowania (...). Pomimo wyjaśnień Wykonawca [odwołujący] w złożonej ofercie przetargowej z 32.01.2017 r. - w miejscu przeznaczonym na podanie zakresu robót, które zamierza powierzyć podwykonawcy/com, nazwy tych podwykonawców wpisał, cyt. „Roboty nie zastrzeżone przez Zamawiającego w SIWZ”. Nazwy/ firmy podwykonawców nie są znane na dzień złożenia oferty.”

Zamawiający zgodnie z zapisami SIWZ - postanowił odrzucić ofertę wykonawcy EUROVIA POLSKA S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - podając uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty, o którym mowa wyżej,

Zamawiający oświadczył, że broni swojej decyzji dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego, uznając że odpowiada ona obecnie obowiązującej od dnia 28 lipca 2016 r. ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający powtórzył, że postawił wykonawcom obowiązek na etapie składania ofert wskazania nazw podwykonawców, zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, zgodnie z art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zażądał od wykonawców wskazania informacji o podwykonawcach w składanym oświadczeniu; w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Zamawiający zaznaczał, że warunki udziału w postępowaniu są jednakowe dla wszystkich biorących w nim udział, jak i dokumenty wymagane na etapie składania ofert. Nadmieniał, że wszyscy pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty, w przypadku korzystania z 13

podwykonawstwa, wskazali zarówno zakres robót, jak i nazwy podwykonawców. Jedynie odwołujący nie podporządkował się postanowieniom SIWZ.

W ocenie zamawiającego, w świetle wprowadzonych w ustawie Pzp zmian w zakresie podwykonawstwa - decyzja żądania konkretnych informacji, o podwykonawcach nie jest już fakultatywna, jak to miało miejsce do czasu wejścia w życie znowelizowanych przepisów, lecz jest elementem obligatoryjnym SIWZ. Wskazywał, że w pojawiających się komentarzach i artykułach na temat nowelizacji ustawy Pzp spotyka się jednoznaczne stanowiska, że żądanie wskazania części zamówienia i nazw podwykonawców w przypadku robót budowlanych jest zawsze obligatoryjne (publikacje w LEX: autor Mikulska-Nawacka Marta z dnia 10.10.2016r.; Bereszek Wojciech „podwykonawstwo w zamówieniach publicznych po nowelizacji ustawy PZP cz. I Miesięcznik Przetargi Publiczne nr 12/2016 A. Suchecka „Żądanie danych podwykonawcy” i nr 2/2017, E. Grabowska-Szweicer Przepisy dotyczące podwykonawstwa.”)

Zamawiający stwierdził, że przepisy ustawy Pzp na pozwalają na dowolność interpretacji, jak i stosowania zapisów dotyczących podwykonawstwa w prowadzonych postępowaniach. Zaznaczył, że podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego kierował się nadrzędnym obowiązkiem przestrzegania przepisów prawa, jak i respektowania postawionych przez siebie warunków udziału w postępowaniu od wszystkich uczestników

jednakowo, aby przestrzegać zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia, postanowień SIWZ z wyjaśnieniami, oferty odwołującego, protokołu postępowania, zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego.

Inne dowody - zgłoszone przez odwołującego w odwołaniu: z pisma ZDW w Krakowie z dnia 30.09.2019 r. oraz pisma Urzędu Miasta Olsztyna z 08.12.2016 r. nie miały znaczenia dla oceny zarzutów odwołania, gdyż nie dotyczyły danego postępowania o wartości podprogowej, a ponadto zamawiający są uprawnieni, aby kształtować postanowienia SIWZ w sposób, jaki uznają za właściwy, byle mieścił się w granicach upoważnienia ustawowego.

Dowody - zgłoszone przez odwołującego na posiedzeniu Izby, dotyczące postępowania nr 2020D na przebudowę drogi od Rakoszyca do Cesarzowic, gdzie oferta odwołującego w zakresie podwykonawstwa została sformułowana w analogiczny sposób i nie została odrzucona, przy tych samych regulacjach SIWZ - nie dowodzą, że zamawiający zmienił swoje poglądy. Oferta odwołującego w klasyfikacji ofert byłaby 4, zatem zamawiający nawet nie był uprawniony, aby żądać aktualnych oświadczeń w oparciu o art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający weryfikuje obecne ofertę, sklasyfikowaną na pierwszej pozycji, w

14

tym oparciu o oświadczenia. Nie zachodzi tożsama sytuacja niniejszego postępowania, gdzie oferta odwołującego była najkorzystniejsza w kryteriach oceny ofert.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ, korespondencja w sprawie odrzucenia oferty - dopuszczane są jako dowód z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż należą do dokumentacji przetargowej, składanej na wezwanie Prezesa KIO. Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron oraz przystępującego przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynikał następujący stan faktyczny, którego strony oraz uczestnik nie kwestionowali, ani nie wnosili o jego uzupełnienie.

Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia.

1. Przedmiot zamówienia obejmuje „Przebudowę drogi powiatowej nr 2069D na odcinku Szymanów-Zawadka”.

7. Zamawiający określa obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę, wszystkich osób wykonujących następujące czynności w zakresie (...) - wykonywanie prac fizycznych objętych zakresem zamówienia, w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia: wykonywania nawierzchni bitumicznych (...) w tym operatorów sprzętu.

1) w trakcie realizacji zamówienia, Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec wykonawcy odnośnie spełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudniania na umowę o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności (...)

Rozdział VII Warunki udziału w postępowaniu.

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) spełniają warunki, w zakresie oferowanych robót, w tym 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Rozdział IX. Wykaz wymaganych oświadczeń lub dokumentów (...)

1. Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć następujące dokumenty, w celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków:

1.1. oświadczenie o spełnieniu warunków - zał. Nr 2 do SIWZ

1.2. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia - zał. Nr 3 do SIWZ.

Oświadczenia ww. wykonawca zobowiązany jest złożyć w formie pisemnej wraz z ofertą.

15

2. Zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp - Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

3. Zgodnie z art. 26 ust. 2 Pzp przed udzieleniem zamówienia Zamawiający wezwie

wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia n/w oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 25 ust. 1 Pzp j/n.(...)

4. Inne dokumenty

1) oferta cenowa

2) zaakceptowany projekt umowy

Rozdział XVI. Wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ.

1. Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)

6. Modyfikacje i wyjaśnienia są każdorazowo wiążące dla wykonawców.

Rozdział XVIII. Sposób przygotowania oferty.

2. Treść oferty należy przygotować według wymogów określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu i w SIWZ i powinna zawierać dokumenty, o których mowa w rozdz. IX.

Rozdział XX. Termin składania ofert do 23.01.2017 r.

Rozdział XXIV. Opis sposobu obliczenia ceny.

Wykonawca ustala i oferuje cenę ryczałtową, która obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją tego zamówienia.

Rozdział XXV. Kryteria oceny ofert

Cena - 60%

Okres gwarancji - 20% Doświadczenie personelu kluczowego - 20%

Rozdział XXVI. Udział podwykonawców w zamówieniu.

Wykonawca może powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia. W tym celu Zamawiający żąda, aby na etapie składania oferty Wykonawca określił część zamówienia, która zostanie podwykonawcom powierzona i podał firmy podwykonawców.

Rozdział XXVII. Odrzucenie oferty. Zamawiający odrzuci ofertę w przypadkach określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

16

Rozdział XXIX. Informacje dotyczące umowy.

4. Zgodnie z art. 144 ustawy Pzp Zamawiający przewiduje istotne zmiany zawartej umowy w stosunku do treści oferty wykonawcy, z którym podpisano umowę oraz określa warunki takiej zmiany.

2) zmiany w zakresie podwykonawstwa

- jeżeli zmiana podwykonawcy stanie się konieczna z jakichkolwiek przyczyn niezależnych od wykonawcy. W przypadku zmiany podwykonawcy, nowy podwykonawca musi spełnić wymagania określone w SIWZ.

W SIWZ zamawiający nie zastrzegał żadnych kluczowych robót do wykonania samodzielnie przez wykonawcę.

W wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 13.01.2017 r., (opublikowane na stronie BiP w przedmiotowym przetargu i przesłanych wykonawcom drogą elektroniczną tego samego dnia), na pytanie 3: Czy w przypadku, gdy na etapie składania ofert wykonawca nie zna nazwy firm podwykonawcy, to czy może ograniczyć się tylko do wykazania zakresu robót jaki zostanie powierzony ewentualnemu podwykonawcy, a w załączniku nr 1 - formularz oferty wpisać - „podwykonawcy nie są znani na etapie składania ofert?” Zamawiający podał: „Wykonawca na etapie składania ofert musi podać firmy podwykonawców. 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. Przepis ten nakłada więc na zamawiającego obowiązek, aby wymagał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom wraz z podaniem nazw firm tych podwykonawców. Ponadto, zgodnie z art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp; w celu zweryfikowania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podwykonawców: Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do podania w oświadczeniu składanym wraz z ofertą informacji, że konkretni wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.”

Wzór formularza oferty zał. nr 1

W ofercie według wzór formularza oferty zał. nr 1, wykonawca składał zobowiązanie/ oświadczenie - 4.

- zapoznaliśmy się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz, że zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty

- wzór umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wymienionych w projekcie umowy warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego. (...)

17

- zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ do realizacji przy wymienionych czynnościach zaangażują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu K.p. (...)

- zamierzamy powierzyć n/w podwykonawcy/-om następujący zakres robót; podać zakres robót i firmy podwykonawców:

Uwaga: Brak wpisu powyżej rozumiany jest, iż przedmiotowe zamówienie realizowane będzie bez udziału podwykonawców.

Wzór oświadczenia o spełnieniu warunków udziału zał. nr 2 przez wykonawcę.

Wzór oświadczenia dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania zał. nr 3 do SIWZ wykonawcy/ podmiotu udostępniającego zasoby/ podwykonawcy.

Oświadczenie dotyczące podwykonawcy, niebędącego podmiotem, na którego zasoby powołuje się wykonawca. [uwaga zastosować tylko wtedy, gdy zamawiający przewidział możliwość, o której mowa w art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp]

Oświadczam, że w stosunku do następujących podmiotów/tu będącego/ będących podwykonawcą/ podwykonawcami: ... podać pełną nazwę/firmę, adres, a także w zależności od podmiotu NIP, PESEL, KRS, CEiDG, nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia (miejscowość, data)

Oświadczenie dotyczące podanych informacji. Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji (...).

Projekt umowy - zał. nr 7 do SIWZ

W § 8 umowy w ust. 3 wykonawca jest zobowiązany określić prace, których wykonanie powierza podwykonawcy: ...

W § 9 umowy - podwykonawcy, ust. 1. Wykonywanie robót przy pomocy podwykonawców może odbywać się za zgodą zamawiającego. Wszelkie zmiany umów podwykonawczych wymagają akceptacji Zamawiającego.

W § 9 umowy - podwykonawcy, ust 5. Zamawiający dopuszcza możliwość wyrażenia zgody na wykonywanie robót przez podwykonawców nie wskazanych w ofercie lub zmianę zakresu podwykonania, jako planowany do powierzenia podwykonawcom. Zmiana taka może być przeprowadzona przy zachowaniu procedury zatwierdzenia podwykonawców wynikającej z ustawy Pzp, SIWZ oraz zapisów z ust. 1-3 niniejszej umowy.

W § 12 umowy zamawiający powtórzył obowiązek zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wszystkich osób wykonujących następujące czynności w zakresie (...) -

18

wykonywanie prac fizycznych objętych zakresem zamówienia, w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia: wykonywania nawierzchni bitumicznych (...) w tym operatorów sprzętu.

1) w trakcie realizacji zamówienia, Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec wykonawcy odnośnie spełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudniania na umowę o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności (...)

Oferty złożyło 9 wykonawców, którzy zaoferowali 60-miesięczny okres gwarancji

1. Odwołujący EUROVIA POLSKA S.A. - określił cenę brutto oferty - 1 225 613,70 zł

2. Przystępujący Berger Bau Polska Sp. z o.o. - określił cenę brutto oferty - 1 254 583,68 zł i jest to druga pod względem ceny najkorzystniejsza oferta.

Odwołujący w ofercie według wzoru Formularza oferty zał. nr 1, złożył oświadczenie - 4.

- zapoznaliśmy się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz, że zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty

- wzór umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wymienionych w projekcie umowy warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

- zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ do realizacji przy wymienionych czynnościach zaangażują osoby

zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu K.p. (...)

- zamierzamy powierzyć n/w podwykonawcy/-om następujący zakres robót; podać zakres robót i firmy podwykonawców:

Roboty nie zastrzeżone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Nazwy/firmy podwykonawców nie są znane na dzień złożenia oferty.

Odwołujący złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału według Zał. nr 2

Odwołujący złożył oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania według Zał. nr 3 do SIWZ, gdzie w odniesieniu do podwykonawcy, niebędącego podmiotem, na którego zasoby powołuje się wykonawca. [uwaga zastosować tylko wtedy, gdy zamawiający przewidział możliwość, o której mowa w art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp] Wykreślił w całości następującą treść:

„Oświadczam, że w stosunku do następujących podmiotów/tu będącego/ będących podwykonawcą/ podwykonawcami: podać pełną nazwę/firmę, adres, a także w

19

zależności od podmiotu NIP, PESEL, KRS, CEiDG, nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. (miejscowość, data)”

Dopisał: NIE DOTYCZY. Na dzień złożenia oferty nie są znane nazwy/firmy podwykonawców. Data 23.01.2017 r.

Oświadczenie dotyczące podanych informacji. Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji (...).

Powiadomienie z 30 stycznia 2017 r. o odrzuceniu oferty odwołującego podaje.

„1. Stosownie do art.92 ust.1 pkt 3 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 roku -Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015r. poz.2164 ze zm.) zawiadamiam, że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę drogi powiatowej nr 2069D na odcinku Szymanów- Zawadka - odrzucono ofertę Wykonawcy - EUROVIA POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce - na podstawie art.89 ust.1 pkt 2.

Uzasadnienie prawne:

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy EUROVIA POLSKA SPÓŁKA AKCYJNA Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce - na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w pkt. XXVI SIWZ pn. "Udział podwykonawców w zamówieniu" SIWZ wskazał, iż wykonawca może powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia. Ponadto Zamawiający żądał, aby na etapie składania oferty Wykonawca określił część zamówienia, która zostanie podwykonawcom powierzona i podał firmy podwykonawców. Wymóg jaki postawił Zamawiający wykonawcom podyktowany był obowiązującymi obecnie przepisami ustawy Prawa zamówień publicznych (art.36b ust.1).

Ponadto swoje stanowisko Zamawiający podtrzymał w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 13.01.2017r.(opublikowane na stronie BiP w przedmiotowym przetargu i przesłane wykonawcom drogą elektroniczną tego samego dnia), w którym wyjaśnił, cyt:

„ Wykonawca na etapie składania ofert musi podać firmy podwykonawców. 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. Przepis ten nakłada więc na zamawiającego obowiązek, aby wymagał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć

20

podwykonawcom wraz z podaniem nazw firm tych podwykonawców. Ponadto, zgodnie z art.25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp; w celu zweryfikowania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podwykonawców. Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do podania w oświadczeniu składanym wraz z ofertą informacji, że konkretni wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.”

Wykonawca w złożonej ofercie umieścił informację, iż zamierza powierzyć podwykonawcom roboty nie zastrzeżone przez Zamawiającego w SIWZ (choć Zamawiający nie zastrzegł żadnych robót) i że nazwy firm podwykonawców nie są znane na dzień złożenia oferty. Treść oferty nie odpowiada, więc treści SIWZ, w związku z czym postanowiono jak wyżej." Protokół postępowania podaje: Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę nr 7 Berger Bau Polska Sp. z o.o. Wrocław. Oferta uzyskała największą łączną ilość punktów 100 spośród wszystkich złożonych ważnych ofert.

Izba zważyła, co następuje.

Warunki zaoferowane przez odwołującego wskazują, iż spośród złożonych ofert, jego oferta - w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów wyboru - winna zostać wstępnie sklasyfikowana, jako najkorzystniejsza. Skoro skarżona czynność odrzucenia złożonej oferty pozbawia odwołującego możliwości uzyskania zamówienia - narusza to jego interes w uzyskaniu zamówienia, do którego odwołuje się przepis art.179 ust.1 Pzp - stwarzając tym samym legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Do rozpatrywanego stanu faktycznego odnoszą się następujące uregulowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 36a ust. 1 stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W oparciu o art. 36a ust. 2 zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane (...).

Z kolei przez umowę o podwykonawstwo, w myśl definicji zawartej w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą) a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Przepisy art. 143a-143d ustawy Pzp regulują między innymi relacje zamawiającego z wykonawcą z uwagi na udział podwykonawców w realizacji zamówienia oraz powinności zamawiającego sprowadzające się do bezpośredniego regulowania należności na rzecz podwykonawców, w przypadku uchylania się od obowiązku zapłaty przez wykonawcę.

21

Dodatkowo zamawiający może żądać zatrudnienia na umowę o pracę oznaczonych kategorii pracowników zarówno przez wykonawcę, jak i podwykonawcę zamówienia.

Powyższe implikuje cały szereg obowiązków i uprawnień, tak po stronie zamawiającego, jak i wykonawców związanych z podwykonawstwem robót przez podmioty trzecie. W tym umowa o roboty budowlane w myśl art. 143d ust. 1 pkt 1 Pzp musi zawierać postanowienia o obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, jak i kopii zawartej umowy, a jej zawarcie uwarunkowane jest zgodą zamawiającego. Ponadto zamawiającemu służą uprawnienia kontrolne.

Przepis art. 25a ust. 1 ustawy Pzp wprost nakazuje dołączenie do oferty (...) aktualnego na dzień składnia ofert (...) oświadczenia w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu lub w SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto, zgodnie z art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp na żądanie zamawiającego wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw do wykluczenia 2) zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przepis art. 36b ust 1 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu w sposób imperatywny żądania wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

Bez wątpliwości ustalona wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp dla robót budowlanych, dlatego zamawiający nie żądał złożenia JEDZ, ale wymagał oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 1 Pzp. Załącznik nr 1 - instrukcje do rozporządzenia wykonawczego Komisji z dnia 5 stycznia 2016 r. UE 2016/7 ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia wprost podaje, że Państwa członkowskie mogą uregulować lub pozostawić do decyzji instytucji zamawiającej kwestię czy należy stosować dokument

jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) również w ramach postępowań o udzielenie zamówienia niepodlegających lub niepodlegających w pełni, szczegółowym przepisom proceduralnym dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE, na przykład w odniesieniu do udzielania zamówień o wartości poniżej jednośnych progów.

Z powyższych względów, wbrew zarzutom odwołującego, ani nie zachodził przypadek wadliwego wdrożenia postanowień dyrektywy, ani też konieczność bezpośredniego

22

stosowania jej postanowień, jak i przepisów dotyczących wdrożenia JEDZ, gdyż w ogólności przepisy dyrektyw UE nie mają zastosowania w postępowaniach o wartości podprogowej, do których należy przedmiotowe postępowanie. Ustawodawca nie nakazał, więc stosowania JEDZ w zamówieniach podprogowych, zamawiający mógł poprzestać na żądaniu stosownych oświadczeń dotyczących wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia wykonawcy lub wskazanego przez wykonawcę podwykonawcy. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu składa jednolite dokumenty (JEDZ) dotyczące podwykonawców, ale jedynie w postępowaniach powyżej ustalonego progu wartości zamówienia, i stosuje do sposobu wypełnienia JEDZ dyspozycję przywoływanego rozporządzenia wykonawczego. W okolicznościach przedmiotowego postępowania nie ma znaczenia interpretacja postanowień SIWZ tak, aby wypełniały one wskazania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (DZ. Urz. UE z 2014 r. Nr 94, s. 65), gdyż dyrektywa pozostawia ten zakres do regulacji państw członkowskich.

Niezbędne było, więc ustalenie charakteru wymagania zawartego w art. 36 b ust. 1 ustawy Pzp, sposobu jego wypełnienia przez odwołującego i podstaw do oceny zamawiającego, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, jako niezgodna z SIWZ.

Żaden przepis ustawy Pzp, ani nie nakazuje, ani nie upoważnia zamawiającego do tego (poza wyznaczeniem zakresu kluczowych części zamówienia do wykonania samodzielnie przez wykonawcę - czego zamawiający nie zastrzegł), aby wykonawca wykonał oznaczone zamówienie samodzielnie lub przy pomocy podwykonawców. Pozostaje to w sferze suwerennej decyzji wykonawcy.

Jednocześnie z uwagi na znaczące obowiązki finansowe i kontrolne zamawiającego wobec podwykonawców - statutowane w przepisach ustawowych, i wprowadzone regulacje dotyczące powinności weryfikowania postaw do wykluczenia podwykonawców, kontroli zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, zamawiający ma prawo i obowiązek żądania wskazania zarówno zakresu zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, jak i oznaczenia nazw podwykonawców, i to już w momencie złożenia oferty. Zgodnie z dyspozycją zawartą w wiążącej SIWZ, odwołujący mógł nie wskazać żadnych robót do powierzenia podwykonawcom i w ślad za tym nie podać ich nazw. Wówczas było by to traktowane, jako podjęcie zobowiązania do wykonania całości zamówienia siłami własnymi wykonawcy.

Przepisy art. 82 ust. 3 ustawy Pzp stanowią, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji

23

jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonego granicami ustawowymi zakresu robót realizowanych w systemie podwykonawstwa. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „oferta”, wobec czego na

podstawie art. 14 ustawy Pzp, należy odwołać się do Kodeksu cywilnego. Pojęcie oferty zostało zdefiniowane w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego jako: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, które stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.” Oferta jako jeden z rodzajów oświadczenia woli prowadzących do zawarcia umowy powinna zawierać więc istotne postanowienia umowy, co zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 570/09; KIO/UZP 571/09 oznacza, że: *„Treść oferty na gruncie p.z.p. należy rozumieć w sposób ścisły, i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zobowiązanie wykonawcy względem Zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy.”* W powyższej kwestii wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 721/09), w którego uzasadnieniu wskazano, że: *„O zakresie zobowiązania wyrażonego w ofercie wykonawcy w pierwszej kolejności przesądza jego treść, której materialnym substratem jest pismo wykonawcy, przedstawiające np. w formie formularza ofertowego cenę, sposób wykonania czy inne warunki zobowiązania, które wykonawca podejmuje.”* Odnosząc powyższe do regulacji określonych w Prawie zamówień publicznych, istotne postanowienia (*essentialia negotii*) przyszłej umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podstawowy dla przebiegu postępowania, jak i oceny oferty dokument, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera cały szereg wskazówek, co do sposobu przedstawienia oferty, od czysto formalnych, poprzez informacyjne, czy też o charakterze ubocznym, aż do postanowień istotnych dla oceny oferty, których niespełnienie obliuguje zamawiającego do jej odrzucenia. Postanowienia te można zaliczyć jako określające

24

składniki treści czynności prawnej *essentialia negotii* (przedmiotowo istotne składniki treści czynności prawnej, *naturalia negotii* (przedmiotowo nieistotne składniki) oraz *accidentalia negotii* (nie wpływające na istotę czynności) w rozumieniu pojęć Kodeksu cywilnego.

Na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które mają pierwszeństwo zastosowania w odniesieniu do czynności stron z mocy art. 14 Pzp, przed przepisami K.c. powyższy podział doznaje modyfikacji o tyle, że zamawiający w oparciu imperatywne regulacje ustawy Pzp, a także o własne cele które chce osiągnąć wybierając najkorzystniejszą ofertę w wyniku rozstrzygnięcia przetargu, w warunkach zamówienia ustala, jakie wymogi mają dla niego wymiar istotny, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowo istotną stroną zobowiązania wykonawcy było określenie w Formularzu oferty zakresu robót, które wykonawca powierza do realizacji podwykonawcom.

Ustawodawca poprzez przepis art. 36 ust. 1, art. 2 pkt 9b Pzp, przepis 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zezwala na powierzenie podwykonawcom jedynie części robót, co do których wymagane jest ich skonkretyzowanie. Odwołujący natomiast w Formularzu oferty zawarł oświadczenie, że: „Zamierza powierzyć podwykonawcom roboty nie zastrzeżone przez Zamawiającego w SIWZ,” których *nota bene* zamawiający nie zastrzegł.

W ocenie Izby, nawet biorąc porównawczo pod uwagę art. 71 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, to przepis ten stanowi, że instytucja zamawiająca może żądać, albo może zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić podwykonawcom. Przepis ten nie zawiera ograniczenia tego typu, że „w zakresie znanym w tym momencie.” Nie jest to, zatem pozbawione istotności żądanie o charakterze jedynie formalnym, jak utrzymywał odwołujący, bagatelizując uchybienia we własnej ofercie.

Jeżeli zamawiający nie podaje, że spełnienie określonego wymogu ma dla niego charakter merytoryczny pod groźbą odrzucenia oferty - w przypadku złożenia odwołania kwestionującego czynność odrzucenia oferty z danej przyczyny, pozostaje zbadanie przez Izbę tak charakteru podstawy prawnej, jak i celu, dla którego zamawiający ustanowił dany wymóg - aby wywieść z tego czy niespełnienie wymagań miało wpływ na istotę stosunku prawnego, który ma być nawiązany między stronami.

Przy czym nie można było pomijać, że niezaskarżone postanowienia SIWZ, wraz z udzielonymi wyjaśnieniami do SIWZ mają charakter wiążący, i na etapie oceny ofert nie dopuszczalne jest kontestowanie ich treści, i odstępstwa od zastosowania, gdyż

przewidywalności działań zamawiającego w zakresie równego traktowania wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Należało zważyć, że istotną treść oferty wyznaczało samo oświadczenie z Formularza oferty odwołującego. Odwołujący złożył oświadczenie, że zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie z wszystkimi warunkami SIWZ, poprzez stwierdzenie, że zapoznał się z treścią specyfikacji oraz, że przyjmuje ją bez zastrzeżeń. Ocena spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań zamawiającego miała zostać dokonana w oparciu o zobowiązanie podjęte w Formularzu oferty.

Zobowiązanie takie - poprzez oświadczenie, że odwołujący: „Zamierza *powierzyć podwykonawcom roboty nie zastrzeżone przez Zamawiającego w SIWZ,*” jest wadliwe w sposób dwojaki:

- nie zostały skonkretyzowane roboty do powierzenia podwykonawcom
- skoro zamawiający nie zastrzegł żadnych kluczowych robót do osobistego wykonania przez wykonawcę, to odwołujący na podstawie złożonego oświadczenia - mógłby na podstawie art. 140 ust. 1 Pzp - powierzyć całość robót podwykonawcom, czego ustawa Pzp nie dozwala.

Powyższe przesądza o obowiązku odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że istotne zobowiązanie w ofercie odwołującego 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 musiałby się wiązać ze zmianą treści oferty po upływie terminu składania ofert, czego przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje, gdyż uzupełnianie, czy wyjaśnianie 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. 36a 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, a 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.

Izba w żadnym stopniu nie podzieliła poglądów odwołującego, że wbrew wyraźnym wskazaniom SIWZ i udzielonych jednoznacznych wyjaśnień, wykonawca może ignorować dyspozycje zamawiającego. Jeżeli wykonawca kwestionuje zgodność z prawem postanowień SIWZ, w stosownym czasie wyznaczonym art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest uprawniony do wniesienia odwołania wobec postanowień SIWZ. Akcja taka po odrzuceniu oferty odwołującego jest spóźniona w świetle art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 36b ust. 1a ustawy Pzp odnosi się do zamówień na roboty budowlane, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, a nie zostało ustalone, czy przedmiotowe zamówienia odpowiada danemu warunkowi, zatem nie ma podstaw do przyjęcia, że przepis ten znajduje zastosowanie w danym stanie faktycznym.

Nie można było jednak pominąć innych regulacji, odnoszących się do obowiązku wskazania podwykonawców wraz z oznaczeniem ich nazw, stosownie do dyspozycji art. 36 b ust. 1 ustawy Pzp na etapie złożenia oferty.

W ocenie Izby omawiany wymóg ustawowy ma charakter podmiotowy, gdyż wiąże się

z obowiązkiem wykazania przez wykonawcę braku podstaw do wykluczenia po stronie wskazanego podwykonawcy.

Zgodnie bowiem z art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp na żądanie zamawiającego wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw do wykluczenia 2) zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu, [składanym wraz z ofertą], o którym mowa w ust. 1, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zbędnie, zatem zamawiający wymagał w Formularzu ofertowym podania nazw podwykonawców odwołującego. Formularz ofertowy mieści, bowiem niezmiennie oświadczenia wykonawcy, co do oznaczonego sposobu wykonania zamówienia i za oznaczoną cenę. Wystarczyło w tym zakresie złożenie oświadczenia o podwykonawcach według załącznika Nr 3, że nie zachodzą wobec nich podstawy do wykluczenia.

Oświadczenia na temat braku podstaw do wykluczenia podwykonawców, w aktualnych realiach i w oparciu o obowiązujące od 28 lipca 2016 r. regulacje ustawy Pzp, mogą podlegać zmianom, także na etapie realizacji umowy, a więc ewentualne zmiany wskazanych podwykonawców - nie naruszają dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nie prowadzą do odrzucenia oferty, dlatego oświadczenia takie powinny się znaleźć w

dokumentach o charakterze możliwym do uzupełnienia. W tym przypadku zgodnie ze wskazaniami ustawy Pzp i SIWZ w załączniku nr 3. Przepis art. 36 ba ust. 1 ustawy Pzp, odnoszący się do etapu realizacji umowy, mówi że jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca zobowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia części zamówienia podwykonawcy.

Przepis § 9 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 dotyczących podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, a który nie jest podmiotem na zdolnościach, którego polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp.

Powyższe dokumenty są żądane w samym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający musi, zatem wiedzieć imiennie w odniesieniu do jakich podwykonawców ma żądać dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc w tym brak podstaw do wykluczenia podwykonawców w związku z art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Skoro zamawiający na podstawie art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązany jest weryfikować w stosunku do podwykonawców, brak istnienia wobec nich podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu - wykonawca zobowiązany jest na etapie złożenia oferty podać tych podwykonawców i złożyć oświadczenie o braku wobec nich podstaw do wykluczenia. Odwołujący zaniechał tego obowiązku.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żądał dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania, stwierdzającego brak podstaw wykluczenia oznaczonych imiennie podwykonawców - w postaci stosownych oświadczeń o treści według wskazań normatywnych. Jeżeli złożone przez odwołującego oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia podwykonawców według załącznika nr 3 - nie zawierały koniecznych treści, niezbędne byłoby ich uzupełnienie w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący oszacował cenę swojej oferty, ma zatem wiedzę, jakie prace zdolny jest wykonać samodzielnie, a jakie zleci podwykonawcom, i ile będzie go to kosztowało. Nie jest więc wiarygodne stwierdzenie, iż wykonawca w ogólności nie może wskazać podwykonawców na etapie składania oferty. Odwołujący przyznał, że dysponuje ofertami

podwykonawców. Nie kwestionował również, że wszyscy inni wykonawcy biorący udział w

postępowaniu - złożyli w ofercie oświadczenia w zakresie korzystania z podwykonawców, w sposób oczekiwany przez zamawiającego i wprost określony w zapisach SMZ.

Izba podzieliła poglądy przystępującego, że przyznanie racji odwołującemu, który twierdził, że niespełnienie wymogów przez wykonawcę nie powoduje żadnych konsekwencji prawnych- doprowadziłoby do uznania, że nowelizacja przepisu w omawianym zakresie była bezcelowa, a w konsekwencji przepis, formułujący jasny wymóg po stronie zamawiającego i wykonawców, byłby w praktyce martwy. Zróżnicowana byłaby sytuacja, gdy podwykonawstwo byłoby „konieczne” celem wykazania rzeczywistego udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez tzw. podmiot trzeci. Wykonawcy na etapie składania ofert mogliby nigdy nie „znać” firm swoich podwykonawców. Oświadczenie o treści „nie znam jeszcze firm podwykonawców”, eliminowałoby wszystkie problemy i ryzyka związane z koniecznością składania oświadczeń dotyczących istnienia względem podwykonawców podstaw do ich wykluczenia z przetargu i przenosiłoby je na bliżej nieokreślony etap realizacji umowy.

Braki składanych oświadczeń dotyczą wykazania tego, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia podwykonawcy, zatem możliwe byłoby ich uzupełnienie. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje, bowiem zamawiającego, w sytuacji gdy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp [do których odsyła art. 25a ust. 5 pkt 2 Pzp] 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, do ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Skoro jednak, Izba stwierdziła podstawy do odrzucenia oferty odwołującego, jako merytorycznie niezgodnej z treścią SMZ - z uwagi na brak oznaczenia zakresu robót do powierzenia podwykonawcom, wyłącza to obowiązek zamawiającego - do żądania uzupełnienia oświadczenia według wzoru zał. nr 3 w zakresie wskazania nazw podwykonawców oraz braku podstaw do ich wykluczenia i czyni bezprzedmiotowym zarzut naruszenia art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

Materiał dowodowy sprawy dawał podstawy do ustaleń, że czynności zamawiającego w zaistniałych okolicznościach - znajdowały normatywnego wsparcie w przywołanym - jako ich podstawa art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazły potwierdzenia.

29

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238, Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

30