Sygn. akt: KIO 1756/17

WYROK
z dnia 4 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza □ w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **E.P. Sp. z o.o. z siedzibą we W., Ž.I.C.U. z siedzibą w D. (...),**
w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Słubice,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Słubice i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od Gminy Słubice na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gorzowie Wielkopolskim.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1756/17

Uzasadnienie

Zamawiający □ Gmina Słubice □ prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sali sportowej przy Szkole Podstawowej nr 2 w Słubicach.

W dniu 22 sierpnia 2017 r. Konsorcjum: E.P. Sp. z o.o., Ž.I.C.U. wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz – z ostrożności procesowej – art. 36 b ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadniając to niewskazaniem w ofercie konkretnych firm podwykonawców. Odwołujący przyznał, że w pkt VIII oferty, nie znając na tym etapie firm podwykonawców, oświadczył, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców w zakresie robót instalacyjnych i części robót budowlanych oraz wskazał na brak zawartych umów podwykonawczych. W piśmie z 17 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego powołując się na postanowienia rozdziału XVIII pkt 10 SIWZ, który stanowi: *Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom oraz wskazanie nazw firm podwykonawców.* Według Zamawiającego konieczność skonkretyzowania podwykonawców wynikała również z formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przywołał art. 36b ust. 1 Pzp oraz treść wyroku KIO z 20 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 236/17, który w ocenie Odwołującego jest nieadekwatny do stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy.

Kwestionując czynność Zamawiającego Odwołujący podniósł, że wskazanie konkretnych podwykonawców nie stanowi treści oferty, zatem nie jest możliwe odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności oferty z treścią SIWZ. Ewentualne sprecyzowanie podwykonawców dotyczy wyłącznie podwykonawców znanych na chwilę

złożenia oferty, Odwołujący natomiast na moment składania oferty nie znał firm (nazw) podwykonawców.

Odwołujący wskazał, że kluczowe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest dokonanie prawiekowej interpretacji art. 36b ust. 1 ustawy Pzp w związku z następującymi postanowieniami SIWZ:

- Rozdział XVIII pkt 9: *Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom,*
- Rozdział XVIII pkt 10: *Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom oraz wskazania nazw firm podwykonawców,*
- Rozdział XVIII pkt 11: *Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.*

Odwołujący podniósł, że zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz powszechnym stanowiskiem orzecznictwa jako ofertę rozumie się opis i wskazanie zakresu zobowiązania. Bezspornym jest, że wykonawca jest związany treścią oferty, a sama oferta nie może ulec zmianie. Tymczasem znowelizowane przepisy ustawy Pzp umożliwiają zarówno zmianę podmiotu podwykonawcy, jak również weryfikację podmiotu podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący powołał się na wyrok Izby o sygn. akt KIO 192/17, w którym Izba wskazała, że: *(…) realizacja zamówienia przy udziale konkretnych podwykonawców wskazanych w ofercie (poprzez ich identyfikację) może ule zmianie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, także na etapie realizacji zamówienia poprzez zmianę albo rezygnację z podwykonawcy (gdy jest on jednocześnie podmiotem, na którego zasobach wykonawca powołał się) bądź w przypadku gdy zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia. W tym ostatnim przypadku - jak wskazano powyżej - ustawodawca dopuścił zmianę podwykonawcy - poprzez zastąpienie go innym podwykonawcą, dopuszczając również sytuację całkowitej rezygnacji z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, pomimo że powyższe wykonawca zadeklarował w ofercie. Zatem nie ulega wątpliwości' że pomimo wskazania podwykonawcy konkretnego z nazwy (zidentyfikowania go) może w różnych przypadkach wskazanych w ustawie dojść do zmiany tego podmiotu.* Zdaniem Odwołującego, skoro podmiot podwykonawcy może ulec zmianie, to informacja dotycząca firm podwykonawców nie może stanowić treści niezmiennej oferty w rozumieniu przepisów art. 87 i art 89 ustawy Pzp. W konsekwencji nie jest dopuszczalne uznanie, że brak informacji w zakresie firm podwykonawców stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o zarzut niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ. Odwołujący stwierdził, że tożsamy pogląd wyraziła KIO w wyroku o sygn. akt KIO 234/17 uznając, że *oświadczenie o podwykonawcach, wymagane na skutek żądania zamawiającego wynikającego z art. 36b ust 1 ZamPublU. mającego odzwierciedlenie w art. 71 ust 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24AJE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/1B/WE, Podwykonawstwo – gdzie wskazano: „W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo*

członkowskie do żądania 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" – nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust 1 pkt 2 ZamPublU – tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Nie jest to więc oświadczenie woli, o jakim stanowi przepis art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego z zw. z art. 14 ZamPublU.

Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący podniósł, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy. Oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji.

Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot robót budowlanych, dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Zatem – wobec ustalenia, że informacja o firmach podwykonawców nie stanowi treści oferty, gdyż nie jest merytoryczną treścią zobowiązania wykonawcy – czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego jest nieuzasadniona.

Odwołujący podkreślił, że sprawy o sygn. akt KIO 234/17 oraz KIO 192/17 są tożsame pod względem stanu faktycznego i prawnego z niniejsza sprawa. W obu sprawach wykonawcy również nie wskazali firm podwykonawców, a ich oferty z tego powodu zostały niesłusznie odrzucone. W obu sprawach KIO przychyliła sie do argumentacji wykonawców, która to argumentacja została powołana w niniejszym odwołaniu, i ostatecznie odwołania zostały uwzględnione, a zamawiający został zobowiązany do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego, interpretacja art. 36b ust. 1 ustawy Pzp zaproponowana przez Zamawiającego jest nieracjonalna, albowiem takie rozumienie ww. przepisu prowadziłoby do niewłaściwego wniosku, że oświadczenie dotyczące podwykonawców winno zawierać wyczerpującą listę wszystkich podwykonawców, z których zamierza skorzystać wykonawca, a brak przedstawienia pełnej listy podwykonawców skutkuje automatycznym odrzuceniem oferty wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że na etapie składania oferty nie znał podmiotów podwykonawców, wskazała natomiast, w jakim zakresie zamierza realizować zadanie przy udziale podwykonawców. Podniósł, że zgodnie z poglądami doktryny, że art. 36b ust. 1 ustawy Pzp zawiera obowiązek podania nazw firm podwykonawców, którzy na etapie sporządzania oferty są skonkretyzowani,

tzn. wykonawca ich zna i dodatkowo zamierza im powierzyć do wykonania konkretną część zamówienia, a informacją o zamiarze nie jest tożsama z koniecznością posiadania takiej wiedzy na etapie ubiegania sie o zamówienie. Powyższe twierdzenia Odwołującego odzwierciedla również treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (pkt D Informacje dotyczące podwykonawców), w którym wykonawca podaje czy zamierza zlecić podwykonawstwo osobom trzecim, a jeżeli tak – o ile jest mu wiadome – wskazuje proponowanych podwykonawców. Wobec powyższego również wskazany formularz dopuszcza i uwzględnia sytuację, w której na etapie składania oferty podwykonawcy nie są jeszcze znani.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że SIWZ zawiera sprzeczności w zakresie podwykonawstwa. Zgodnie z przywołaną powyżej oceną postanowień SIWZ oraz interpretacją art. 36b ust. 1 ustawy Pzp forsowaną przez Zamawiającego, wykonawcy są zobowiązani do wskazania wszystkich podwykonawców, którym zamierzają powierzyć wykonania prac w określonym zakresie. Jednakże w § 9 wzoru umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) zagwarantowano Zamawiającemu możliwość wpłynięcia na podmiot podwykonawcy. W § 9 ust. 3 lit. a wzoru umowy wskazano jednoznacznie, że *wykonawca zamówienia zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest zobowiązany, w trakcie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane, do przedłożenia Zamawiającemu projektu tej umowy, a także projektu jej zmian.* Z kolei dalsze postanowienia § 9 umożliwiają Zamawiającemu zgłoszenie zastrzeżeń i sprzeciwu do projektu umowy o podwykonawstwo. Z jednej strony Zamawiający wymaga podania wyczerpującej listy podwykonawców, natomiast z drugiej strony zastrzega sobie uprawnienie – już na etapie wykonywania zadania objętego przedmiotowym zamówieniem publicznym – do zgłaszania zastrzeżeń i sprzeciwu do projektu umowy o podwykonawstwo, którą zamierza zawrzeć już wybrany wykonawca. W świetle powyższego oraz mając na uwadze ugruntowane orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych, z których wynika, że niejasności SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy i pociągać negatywnych skutków, należy stwierdzić, że również ze względu na powyżej wskazane wewnętrzne sprzeczności SIWZ, Odwołujący nie był zobowiązany do konkretyzowania firm podwykonawców na etapie składania oferty. Zatem Odwołujący nie mógł, a nawet nie

powinien na etapie składania oferty zawierać umów z podwykonawcami, jeżeli projekt umowy z podwykonawcą, wobec treści wzoru umowy stanowiącego integralną cześć SIWZ,

winien zostać przedłożony do akceptacji Zamawiającemu na etapie realizacji zamówienia publicznego.

Odnosząc się do wyroku KIO w sprawie o sygn. akt KIO 236/17, przywołanego przez Zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty, to – zdaniem Odwołującego – ze względu na odmienny stan faktyczny sprawy zakończonej wydaniem powyższego wyroku, nie stanowi on poparcia stanowiska Zamawiającego. Zamawiający w Rozdziale nr VI SIWZ nie żądał przedłożenia oświadczenia, o których stanowi art. 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, a właśnie brak przedłożenia ww. oświadczenia stanowił istotną okoliczność powodującą odrzucenie oferty wykonawcy.

Odwołujący – z ostrożności procesowej – podniósł, że Zamawiający pełni nadzór nad szkołą podstawową nr 2 w Słubicach. Zgodnie z motywem 105 preambuły dyrektywy 2014/24/UE obiekty takie jak ratusze, szkoły komunalne, obiekty sportowe, porty czy autostrady, stanowią obiekty za które instytucje zamawiające są odpowiedzialne lub nad którymi sprawują bezpośredni nadzór. Wobec tego w niniejszej sprawie znajdzie zastosowanie art. 36b ust. 1a ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okrasie zamierza powierzyć realizacją robót budowlanych łub usług. Interpretacja art. 36b ust. 1 ustawy Pzp przedstawiona przez Odwołującego znajduje zatem również uzasadnienie w brzmieniu art. 36b ust. 1a ustawy Pzp, wykonawca bowiem jest zobligowany do wskazania tylko znanych w momencie przystąpienia do wykonania zamówienia danych podwykonawców, a nadto do informowania w trakcie realizacji zamówienia o nowych podwykonawcach.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, że pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, wskazali wyczerpującą listę podwykonawców, Odwołujący wniósł o przedłożenie ofert pozostałych wykonawców celem ustalenia powyższej okoliczności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty czynności badania i ofert, Odwołującego, powtórzenia oceny

z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także ujawnienia ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, tj. M. sp. z o.o. oraz D. Ś.k, W. Sp. j. oraz K. Sp. z o.o..

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 13 lipca 2017 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba ustaliła, że w punkcie XVIII.10 SIWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienie: *Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom oraz wskazania nazw firm*

podwykonawców.

Odwołujący w punkcie VIII Formularza oświadczył, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców i podał następujące informacje:
a) Roboty instalacyjne – brak zawartych umów podwykonawczych,
b) Część robót budowlanych – brak zawartych umów podwykonawczych.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podając następujące uzasadnienie: *(…) Zgodnie z rozdziałem XVIII pkt 10 SIWZ: Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom oraz wskazania nazw firm podwykonawców". Również formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ, w pkt VIII zawierał zapis o wskazaniu, w przypadku realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców, części powierzonego zadania i firmy podwykonawcy. Konsorcjum oświadczyło, że wykona zamówienie przy udziale podwykonawców określając jedynie zakres robót w następujący sposób:*
a) Roboty instalacyjne – brak zawartych umów podwykonawczych
b) Część robót budowlanych – brak zawartych umów podwykonawczych.

W związku z tym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ nie wskazano firm podwykonawców. Nadmienić należy, że zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców." Zamawiający doprecyzował zapis ustawowy dodając słowo „w ofercie", co jednoznacznie określa na jakim etapie postępowania wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia informacji dotyczących firm podwykonawców. Pozostali uczestnicy postępowania złożyli swoje oferty w tym zakresie zgodnie z wymogiem SIWZ. Wobec tego przyjęcie oferty przedmiotowego Konsorcjum sprzeciwiłoby się zasadzie przejrzystości postępwoania oraz równego traktowania wykonawców (…).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Istotą sporu w niniejszej sprawie była kwestia, czy w świetle art. 36b ust. 1 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest do podania obligatoryjnie i niezmiennie wszystkich firm podwykonawców i czy niepodanie tych informacji stanowi podstawę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko wyrażone przez Izbę w wyrokach o sygn. akt KIO 192/17 oraz KIO 234/17.

Chcąc udzielić odpowiedzi na niniejsze pytanie należy w pierwszej kolejności przywołać przepisy ustawy mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, uwzględniające zmiany wprowadzone ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Zgodnie z art. 36b ustawy Pzp Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców (ust. 1). W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług (ust. 1a). Zamawiający może

żądać informacji, o których mowa w ust. 1a, w przypadku zamówień na dostawy, usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, lub zamówień od dostawców uczestniczących w realizacji

zamówienia na roboty budowlane lub usługi (ust. 1b). Według art. 36b ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby
wykonawca powołał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powołał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Istotna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest również treść przepisu art. 36ba ustawy Pzp zgodnie z którym, jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy (ust. 1). Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca zobowiązany jest zastąpić tego
lub zrezygnować z wykonania podwykonawcę powierzenia części zamówienia podwykonawcy (ust. 2). Ponadto zgodnie z art. 25a ust. 5 ustawy Pzp na żądanie zamawiającego, wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu: 1) składa jednolite dokumenty dotyczące podwykonawców, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.. 11 ust. 8; 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.

W ocenie Izby analiza przywołanych wyżej przepisów prowadzi do wniosku, że ustawa dopuszcza zmianę podmiotu wskazanego w ofercie jako przyszły podwykonawca. Zmiana taka jest możliwa zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak i na etapie jego realizacji, poprzez zmianę albo rezygnację z podwykonawcy (gdy jest on jednocześnie podmiotem, na którego zasobach wykonawca powołał się) bądź w przypadku gdy zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia. W tym ostatnim przypadku ustawodawca dopuścił zmianę podwykonawcy poprzez zastąpienie go innym podwykonawcą, dopuszczając również sytuację rezygnacji z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, mimo złożenia takiej deklaracji w ofercie. Nie ulega więc wątpliwości, że mimo wskazania konkretnego podwykonawcy

w ofercie, może dojść do zmiany tego podmiotu. Skoro więc ustawodawca dopuszcza możliwość zmiany podmiotu wskazanego w ofercie jako podwykonawca, dopuszczając również weryfikację podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to należy uznać, że wskazanie konkretnych podwykonawców w złożonej ofercie (podanie ich firm) nie jest elementem oferty, który nie może ulec zmianie. Należy więc stwierdzić, że informacje dotyczące firm podwykonawców nie mogą – w świetle znowelizowanych przepisów – stanowić treści oferty w rozumieniu przepisów m. in. art. 87 oraz 89 ustawy Pzp.

Należy ponadto zwrócić uwagę, że przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do wykonawców posługuje się pojęciem *zamiaru,* co pozwala twierdzić, że wykonawca ma podać na etapie składania oferty firmy, nazwy proponowanych podwykonawców, które są mu w dacie składania oferty znane.

Dodatkowo, należy zwrócić uwagę na treść art. 71 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 200418/WE, zgodnie z którym w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania 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. Jakkolwiek niniejsze postępowanie, ze względu na wartość nieprzekraczającą tzw. progów unijnych, nie podlega przepisom przywołanej dyrektywy, to należy zwrócić uwagę, że przepisy krajowe w tym zakresie nie są zróżnicowane w zależności od wartości zamówienia i znajdują zastosowanie również do postępowań o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, zatem ich wykładnia powinna być dokonywana przez pryzmat przepisów wspólnotowych. Wykładnia taka

prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że zamiar, o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, odnosi się do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę. Należy również zwrócić uwagę na treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (pkt D Informacje dotyczące podwykonawców), gdzie wykonawca wskazuje, czy zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiejkolwiek części zamówienia, jeśli tak – to podaje wykaz proponowanych podwykonawców jeśli jest mu to wiadome. Zatem niewątpliwie dokument ten dopuszcza sytuację, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana. Nieuprawnionym byłoby natomiast traktowanie w inny sposób wykonawców, którzy takich informacji nie podali w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykonawców, którzy składając JEDZ podaliby jedynie firmy podwykonawców,

które są im znane, z pominięciem firm podwykonawców, co do których nie mieliby pewności, czy będą brali udział w realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymaga również, że przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie wprowadza granicy czasowej, kiedy podanie tych firm, nazw podwykonawców ma nastąpić. Przede wszystkim Zamawiający nie dokonuje weryfikacji podwykonawców wyłącznie do upływu terminu składania ofert, przeciwnie – wobec możliwości dokonania zmiany podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania zmuszony jest dokonać takiej weryfikacji na przykład na etapie realizacji zamówienia. Należy więc stwierdzić, że skoro brzmienie tego przepisu nie odnosi wyłącznie do etapu oceny oraz wyboru oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, to nie można wobec wykonawcy, który nie podał firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, w tym – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dotyczy to również sytuacji, w której Zamawiający zażądał podania firm podwykonawców w formularzu oferty – z powodu wskazanych powyżej nie sposób bowiem uznać tych informacji za niezmienną treść oferty.

Przyjęcie stanowiska Zamawiającego – jakoby niewskazanie w ofercie firm podwykonawców stanowiło podstawę do odrzucenia oferty – prowadziłoby do nadmiernego formalizmu, skutkującego automatycznym odrzucaniem ofert niezawierających wyczerpującej listy firm podwykonawców. Podkreślenia wymaga, że nowelizacja przepisów ustawy miała na celu odejście od takiego nieuzasadnionego formalizmu (zgodnie z preambułą Dyrektywy 201424UE celem wprowadzenia uregulowań było odformalizowanie postępowania). Należy również zwrócić uwagę, że wykonawca który podałby jako podwykonawcę podmiot, o który wiadomo jest, że z różnych przyczyn tym podwykonawcą nie będzie (a został wskazany tylko w celu nieodrzucenia oferty, tak by na późniejszym etapie dokonać zmiany podwykonawcy), potraktowany byłby – w świetle przyjętej przez Zamawiającego interpretacji – lepiej niż wykonawca podający informację zgodną z rzeczywistym sanem faktycznym, że takowi podwykonawcy nie są mu jeszcze znani. Dopuszczenie do takiej sytuacji byłoby nieracjonalne i niczym nieuzasadnione, a co więcej – sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O zasadności czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie może świadczyć podniesiona przez Zamawiającego na rozprawie okoliczność, że Odwołujący nie wskazał precyzyjnie zakresu robót budowlanych, które zamierza powierzyć podwykonawcy. Okoliczność ta nie została wskazana przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, nie mogła więc stać się przedmiotem zarzutów odwołania, a w konsekwencji nie może podlegać ocenie Izby. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek poinformować wszystkich wykonawców

o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz powodach tego odrzucenia, tj. o wszystkich okolicznościach faktycznych, które legły u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty. W niniejszej sprawie jedyną okolicznością zakomunikowaną wykonawcom jako powód odrzucenia oferty Odwołującego było niepodanie w ofercie firm podwykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie. W związku z tym, że przedmiotowe naruszenie może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

Odnosząc się do zgłoszonego w odwołaniu wniosku o nakazanie Zamawiającemu *ujawnienia ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, tj. M. sp. z o.o. oraz D. Ś.k, W. Sp. j. oraz K. Sp. z o.o.,* stwierdzić należy, że jest to wniosek całkowicie nieadekwatny do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Dodatkowo jest to wniosek tym bardziej niezrozumiały, że Odwołujący nie zgłaszał Zamawiającemu wniosku o wgląd do tych ofert, tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że nie zostałyby one Odwołującemu udostępnione. Niezależnie jednak od wadliwości przedmiotowego wniosku, odwołanie – z przyczyn wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: ……..……..