

WYROK

z dnia 28 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum ZDB Sp. z o.o. Sp. k. w Nowym Sączu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. w Nowym Sączu i Primost Południe Sp. z o.o. w Będzinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. w Dębicy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie wykluczenia i odrzucenia oferty konsorcjum ZDB

Sp. z o.o. Sp. k. w Nowym Sączu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. w Nowym Sączu i Primost Południe Sp. z o.o. w Będzinie, powtórzenie badania i oceny ofert oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Miejski Zarząd Dróg

w Nowym Sączu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez konsorcjum ZDB Sp. z o.o. Sp. k.

w Nowym Sączu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. w Nowym Sączu i Primost Południe Sp. z o.o. w Będzinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Miejskiego Zarządu Dróg w Nowym Sączu na rzecz konsorcjum ZDB Sp. z o.o. Sp. k. w Nowym Sączu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. w Nowym Sączu i Primost Południe Sp. z o.o. w Będzinie kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu,

3. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz konsorcjum ZDB Sp. z o.o.

Sp. k. w Nowym Sączu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. w Nowym Sączu i Primost Południe Sp. z o.o. w Będzinie kwoty 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy

złoty) tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

wyroku z dnia 28 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1733/20

Zamawiający - Miejski Zarząd Dróg, ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Remont Ala Piłsudskiego w Nowym Sączu - jezdnia prawa na odcinkach od km 66+802 do km 68+235 oraz od km 68+261 do km 68+962,60 w ciągu drogi krajowej DK75 relacji Kraków - Niepołomice - Brzesko - Nowy Sącz - Krzyżówka - Tylicz- Muszynka - granica państwa (Słowacja)”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 1 czerwca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 545413-N-2020, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 27 lipca 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum ZDB Sp. z o.o. Sp. k., ul. Jagodowa 61, 33-300 Nowy Sącz, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A., ul. Jagodowa 55, 33-300 Nowy Sącz i Primost Południe Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin (dalej zwani jako „odwołujący”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust 1 pkt 12 PZP, poprzez wykluczenie Konsorcjum od udziału w Postępowaniu, pomimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu;
2. art. 26 ust. 3 PZP, poprzez brak prawidłowego wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień dotyczących udziału w realizacji zamówienia podmiotu, na którego zdolnościach Konsorcjum polegało w celu wykazania warunków udziału w Postępowaniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum pomimo że jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum pomimo że nie została ona złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w Postępowaniu;
5. art. 90 ust. 1 PZP, poprzez wybór oferty spółki Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe Spółka Akcyjna (ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica) mimo, że nie była ona najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) dotyczących Postępowania;
6. art. 7 ust. 1 PZP zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego w zw. z 14 ust. 1 in fine Ustawy poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zasadę przejrzystości i dokonanie wykładni pism składanych przez Konsorcjum w sposób dowolny, sprzeczny z ich treścią, jak też okolicznościami, w których zostały złożone.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. w Dębicy, jako najkorzystniejszej. Wniesiono także o nakazanie zamawiającemu przywrócenia odwołującego do udziału w postępowaniu i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący przytoczył brzmienie warunków przetargu i zauważył, że zamawiający, w toku postępowania, skierował do niego dwa wezwania: z dnia 30.06.2020 r. pismo znak: 271.2.18.2020 i z dnia 08.07.2020 r., pismo znak: 271.2.18.2020. Przytoczono treść wezwań i udzielonych odpowiedzi oraz podniesiono, iż stanowisko zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 20.07.2020 r. jest niejasne, zaś uzasadnienie wykluczenia jawi się jako nieprecyzyjne i ogólnikowe.

W ocenie odwołującego na str. 1 informacji zamawiającego, gdzie opisano stan faktyczny, zamawiający potwierdził, że otrzymał zobowiązanie Drogopol do oddania do dyspozycji konsorcjum niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, jak też dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Drogopolu z postępowania. Następnie, na str. 2, zamawiający przytacza przepisy prawa oraz postanowienia SIWZ i dopiero na str. 3 rzeczowego pisma znajduje się kilka stwierdzeń, w oparciu o które można próbować ustalić powody, z jakich zamawiający uznał, że oferta odwołującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zakłada, że powodem wykluczenia go przez zamawiającego było uznanie, że podmiot, którego doświadczenie posłużyło konsorcjum do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu (tj. Drogopol), nie będzie uczestniczył w realizacji objętych zamówieniem robót. Takie stanowisko jest błędne i pozostaje w oczywistej sprzeczności z materiałem dowodowym zebrany w sprawie, godząc tym samym w wynikającą z art. 7 ust. 1 p.z.p. zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co więcej, narusza ona również wynikającą z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zasadę zgodnie z którą wykonawca nie może domyślać się przesłanek wykluczenia go z postępowania, gdyż zamawiający powinien w sposób precyzyjny i rzeczowy oraz bezpośredni wyjaśnić w uzasadnieniu przyczyny wykluczenia wykonawcy z postępowania (wyrok z dnia 01.02.2017 r., sygn. akt KIO 87/17).

Zgodnie z pkt V.2. SIWZ, wykonawca który w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu bazuje na zasobach podmiotów trzecich: „zobowiązany jest udowodnić, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”. Skoro zatem zamawiający w ramach SIWZ dopuścił (w ślad za regulacją art. 22a ust. 2 p.z.p.) wykazanie prawa do dysponowania zasobem podmiotu trzeciego, poprzez przedłożenie jego „zobowiązania do oddania niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”, to nie sposób uznać, by przedłożenie takiego zobowiązania nie było wystarczającym wykazaniem przez konsorcjum przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie, odwołujący podkreśla, że w treści zobowiązania Drogopol podwykonawca ten wskazał, że „podmiot udostępniający będzie brał udział w realizacji części zamówienia w zakresie udostępnianego zasobu”.

Co więcej, zdaniem odwołującego, należy zwrócić uwagę na postępowanie wyjaśniające, które przeprowadził zamawiający, podkreślania wymaga bowiem, że pismem z dnia 30.06.2020 r. zwrócono się do konsorcjum w następujący sposób: „Proszę o wyjaśnienie, czy wykonawcy będą realizować przedmiot zamówienia wyłącznie w ramach zawiązanego konsorcjum i wskazanie zakresu robót, który będzie wykonywany przez poszczególne podmioty”. Jednoznaczny sposób sformułowania pytania nie pozostawia wątpliwości co do tego, że zamawiający zapytał odwołującego o to czy „wykonawcy” (a więc w tym wypadku uczestnicy konsorcjum) będą realizować przedmiot zamówienia wyłącznie w ramach zawiązanego konsorcjum. Zamawiający nie pytał zatem o to, czy konsorcjum będzie korzystał z usług podwykonawców przy realizacji zamówienia. Pytanie: „Czy przedmiot zamówienia będzie realizowany wyłącznie przez wykonawców w ramach utworzonego konsorcjum, czy też w ramach realizacji zamówienia będą uczestniczyć podwykonawcy,, zamawiający skierował do odwołującego dopiero w dniu 08.07.2020 r.

Według odwołującego porównanie dwóch powyższych pytań zamawiającego nie pozostawia wątpliwości co do tego, że w pierwszym z nich (zawartym w piśmie z 30.06.2020 r.) zamawiający pytało o to, czy wykonawcy będą realizować przedmiot zamówienia wyłącznie w ramach zawiązanego konsorcjum - a więc żądał wyjaśnienia, czy poszczególni wykonawcy będą działać (a) tylko w ramach konsorcjum, czy też (b) również samodzielnie (poza konsorcjum). Z kolei dopiero w drugim, zamawiający oczekiwał wyjaśnienia, czy oprócz realizacji zamówienia w ramach konsorcjum wykonawcy będą korzystał z usług podwykonawców. W odpowiedzi na tak postawione pytanie odwołujący wyjaśnił, że: „w ramach realizacji przedmiotu zamówienia - zgodnie ze złożonym zobowiązaniem - brał

będzie udział podwykonawca, firma Przedsiębiorstwa Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice. Podmiot ten będzie podwykonawcą konsorcjum w zakresie robót, co do których udzielał doświadczenia tj. robót drogowych." Nadto odwołujący wskazał, że: „Traktując pismo organu jako wezwanie do przedłożenia dokumentu wskazującego zakres zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcą, w załączeniu przedkładam załącznik nr 14”.

W opinii odwołującego, nie ma więc jakichkolwiek wątpliwości, że konsorcjum wprost wskazało, iż w ramach realizacji przedmiotu zamówienia brał będzie udział ten podwykonawca, na którego doświadczeniu bazuje w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, konsorcjum jednoznacznie wyjaśniło, że podwykonawca ten weźmie udział w realizacji zamówienia w zakresie robót, co do których udziela doświadczenia, tj. robót drogowych. Nadto, skoro w odpowiedzi na pytanie zamawiającego konsorcjum jednoznacznie potwierdza powyższy fakt, nie sposób zrozumieć w czym zamawiający upatruje zmiany oferty - do której referuje w początkowej części pisma z dnia 20.07.2020 r. Podobnie, nie sposób ustalić z jakich względów i w oparciu o co zamawiający uznaje, że „zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów (...) ma charakter fikcyjny i wprowadza zamawiającego w błąd”.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że zamawiający trafnie stwierdza, iż „treścią oferty jest oświadczenie woli wykonawcy składającego ofertę, co do sposobu wykonania zamówienia”. Stosownie zatem do art. 14 ust. 1 p.z.p., do wykładni tego oświadczenia zastosować należy regulację Kodeksu cywilnego, a więc - zgodnie z art. 65 k.c. - uwzględnić okoliczności złożenia oświadczenia, jak też zbadać zamiar i cel strony, która ofertę złożyła. W sytuacji, w której konsorcjum jednoznacznie zwerbalizowało swój zamiar i cel stwierdzając, że: „w ramach realizacji przedmiotu zamówienia - zgodnie ze złożonym zobowiązaniem - brał będzie udział podwykonawca, firma Przedsiębiorstwa Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o.”, nie sposób zrozumieć jak zamawiający uznał - wbrew jednoznacznemu stwierdzeniu - że powołany podwykonawca nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Co więcej, skoro konsorcjum - wykonując postanowienie pkt V.2. SIWZ oraz art. 22a ust. 2 p.z.p. - przedłożyło również zamawiającemu stosowne zobowiązanie tego podwykonawcy, w którym podwykonawca ten wskazał m.in. że podmiot udostępniający brał będzie udział w realizacji części zamówienia w zakresie udostępnianego zasobu.

W uzupełnieniu powyższego wyraźnego uwypuklenia wymaga stanowisko doktryny, która potwierdza, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 p.z.p. nastąpić może dopiero po przeprowadzeniu procedury na opisanej w art. 26 ust. 3 p.z.p., a więc jedynie wówczas, gdy mimo wezwania oferent nadal nie przedłożył stosownym dokumentów, bądź też nie złożył wymaganych wyjaśnień. Taka sytuacja nie ma jednak miejsca w niniejszej sprawie. Zgola przeciwnie, odwołujący od samego początku, tj. od etapu złożenia oferty, konsekwentnie i spójnie wskazywał, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia korzystać zamierza z zasobu podmiotu trzeciego (Drogopol), który będzie również w adekwatnym do charakteru udostępnianego zasobu zakresie brał udział w faktycznej realizacji przedmiotu zamówienia. Już bowiem wraz z ofertą wskazano, w ramach załącznika nr 12, że odwołujący zamierza polegać na zasobach innego podmiotu (Drogopol) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - jednoznacznie określając zakres tych zasobów. Wraz z ofertą przedłożone zostało również stosowne oświadczenie Drogopol, które wprost wskazuje nie tylko na to, że Drogopol udostępnia konsorcjum swe zasoby, lecz również na to, że w razie wyboru konsorcjum do realizacji zamówienia, Drogopol weźmie udział w wykonywaniu objętych udostępnionym zasobem prac. Następnie, w odpowiedzi na dotyczące tej kwestii zapytanie zamawiającego z dnia 08.07.2020 r., konsorcjum wyraźnie potwierdziło powyższe, przedkładając jednocześnie wypełniony o niezbędne dane załącznik nr 14. Odwołujący podsumował, że przedstawione fakty oraz ich chronologia dowodzą, że stanowisko konsorcjum w omawianej materii było od samego początku postępowania (tj. od chwili złożenia oferty) spójne i tożsame, a kolejne ze składanych oświadczeń i przedkładanych dokumentów jedynie potwierdzały pierwotne wskazanie, że odwołujący będzie polegać na zasobach podmiotu trzeciego (Drogopol) oraz, że podmiot ten będzie faktycznym podwykonawcą robót, w zakresie udostępnianego zasobu.

Ponadto, odwołujący podkreślił, że doktryna - w ślad za orzecnictwem KIO - wyraźnie potwierdza, że nie każde wezwanie skierowane przez zamawiającego uprawnia go do wykluczenia oferty oferenta na podstawie art. 24 ust. 1 p.z.p. Uprawnienie takie przysługuje zamawiającemu jedynie wówczas, gdy skierowane do wykonawcy wezwanie cechuje precyzyjność, rzeczowość i jednoznaczność wezwania skierowanego do wykonawcy, określającego konkretne braki lub nieprawidłowości oświadczeń lub dokumentów. Oceniając sposób działania zamawiającego, formułującego wezwanie, o który mowa w art 26 ust 3 p.z.p., nie można trafić z pola widzenia ratio powołanej regulacji. Jego celem nie jest bowiem to, by doprowadzić do wykluczenia danej oferty, lecz - zgola przeciwnie - przepis ten ma umożliwić utrzymanie jako skutecznej również takiej oferty, która obarczona jest brakami, bądź błędami. Dlatego też właśnie treść wezwania od zamawiającego winna być maksymalnie jasna i precyzyjna, dzięki czemu umożliwić będzie wykonawcy uzupełnienie braków, bądź

rozwiązanie ewentualnych wątpliwości. Sprzeczne z tym celem - a tym samym sprzeczne z ratio legis przyświecającym art. 26 ust. 3 p.z.p. - będzie wszelkie takie działanie, w którym zamawiający formułuje wezwania do wykonawców w sposób nieprecyzyjny, ogólnikowy, ogólny, czy też niejasny, uniemożliwiając im tym samym uczynienie zadość swemu oczekiwaniu, co potwierdza wyrok KIO z 27.12.2017 r. sygn. akt KIO 2632/17 i uchwała KIO z 15.02.2019 r. sygn. akt KIO/KU 10/19.

W ocenie odwołującego analiza treści wezwania z dnia 30.06.2020 r. dowodzi, iż nie spełnia ono powyższych wymogów. Po pierwsze bowiem, sformułowane w pkt 5 wezwania pytanie zamawiającego jest treściowo jasne - nie ma jedna nic wspólnego z kwestią udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, a więc z tą materią, do której odwołuje się następnie zamawiający w ramach pisma zawiadamiającego o wykluczeniu oferty konsorcjum z postępowania. W wezwaniu z dnia 30.06.2020 r. zamawiający pytał bowiem wyłącznie o to, czy przedmiot zamówienia będzie realizowany w ramach zawiązanego konsorcjum oraz o to, jaki będzie zakres robót poszczególnych konsorcjantów. Zamawiający nie pytał zatem czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie, konsorcjum korzystać będzie z podwykonawców. Takie pytanie padło dopiero w piśmie z dnia 08.07.2020 r. i wówczas konsorcjum niezwłocznie tą kwestię wyjaśniło. Po drugie, zawarte w piśmie z dnia 30.06.2020 r. pytanie nr 5 nie zawiera jakiegokolwiek uzasadnienia, nie wskazując konsorcjum jaki był powód wątpliwości zamawiającego. Jak zaś wynika z przywołanego orzecznictwa KIO wezwanie kierowane przez zamawiającego winno przedstawiać zastrzeżenia zamawiającego w zakresie przekazanych mu dokumentów służących potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nadto winno zawierać dokładne określenie z jakiego powodu, w jakim zakresie i w jaki sposób zamawiający oczekuje uzupełnienia dokumentów. Żadnego takiego wyjaśnienia zamawiający w piśmie z 30.06.2020 r. nie zawarł. Po trzecie wreszcie, KIO trafnie wskazuje, że wadliwym jest łączne wskazywanie jako podstawy prawnej wezwania art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 p.z.p. - jako że każdy z tych przepisów ma inną rolę i odnosi się do innego rodzaju dokumentów. Lektura wezwania jednoznacznie potwierdza, że zamawiający nie dokonał w jego ramach rozdzielenia podstaw prawnych swych żądań i nie przyporządkował ich do poszczególnych z pytań - wymieniono 5 pytań bez doprecyzowania, które z nich sformułowane jest w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., a które w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. Wobec więc braku precyzji i jednoznaczności, pisma z dnia 30.06.2020 r. nie można uznać za skuteczne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do wyjaśnienia, czy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia brać udział podwykonawcy, a jeśli tak, to w jakim zakresie. Takiej treści wezwanie zawarto dopiero w piśmie z dnia 08.07.2020 r. i na nie - w wyznaczonym bardzo krótkim terminie - odwołujący jasno i klarownie odpowiedział.

Skoro zatem wezwanie z dnia 30.06.2020 r. było wadliwe, jego pkt 5 (jak zresztą żaden inny fragment wezwania) nie odnosił się w ogóle do tego, by wykonawca wskazał, czy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia będzie korzystał z usług podwykonawców, to nie może ono następnie stanowić podstawy do wywodzenia niekorzystnych dla odwołującego skutków prawnych. Znaczącym jest zresztą to, że sam zamawiający zapewne doskonale zdawał sobie z tego sprawę, gdyż sformułował kolejne wezwanie w piśmie z dnia 08.07.2020 r.

- tym razem już jednoznacznie pytając o podwykonawców, na które otrzymał odpowiedź.

Natomiast w zakresie dopuszczenia się przez odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji, treść przepisów przywołanych przez zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty - art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

- sugeruje, że zamawiający uznał złożenie oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, tylko oprócz przywołania tego przepisu, nie wskazano który konkretnie stypizowany w ustawie z.n.k. czyn popełniono, względnie - dlaczego można uznać, że złożenie przez konsorcjum oferty w ramach postępowania stanowi tzw. nienaszwany czyn nieuczciwej konkurencji i wypełnia jego znamiona, o których mowa w art 3 ust. 1 z.n.k. W konsekwencji, odwołujący nie jest w stanie szczegółowo odnieść się do stanowiska zamawiającego - nie znając jego istoty. Konsorcjum ani nie naruszyło prawa, ani też nie naruszyło dobrych obyczajów - wobec czego już z tego powodu nie sposób uznać, by popełniło czyn nieuczciwej konkurencji. Co więcej, żadne działanie konsorcjum ani nie narusza, ani nawet nie może hipotetycznie naruszyć, interesu innego przedsiębiorcy, bądź klienta, co powoduje, że również druga z przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 z.n.k. nie została spełniona. Reasumując, odwołanie się przez zamawiającego do art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. nie jest w niniejszej sprawie trafne i nie może stanowić podstawy dla odrzucenia oferty odwołującego.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustanej do protokołu wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż postawione zarzuty są bezzasadne i odwołanie powinno zostać oddalone w całości.

Ponadto, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego

przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła dalej, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Jak również, w ocenie składu orzekającego, odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały sprawę do rozstrzygnięcia, czy zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę oraz wyjaśnienia odwołującego, w tym czy prawidłowo przeprowadzono procedurę wyjaśniającą, w konsekwencji której wykluczono odwołującego z przetargu (art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.) i odrzucono jego ofertę (art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 p.z.p.). W odwołaniu postawiono zamawiającemu także zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p., poprzez wadliwy wybór oferty przystępującego oraz naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. zw. z art. 65 k.c. w zw. z 14 ust. 1 in fine p.z.p., poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady naczelnego p.z.p. i dokonanie wykładni pism składanych przez odwołującego w sposób dowolny, sprzeczny z ich treścią, a także okolicznościami, w których zostały złożone.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a odwołującym, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione. W konsekwencji powyższego skład orzekający nakazał zamawiającemu unieważnienie przedwczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie nieprawidłowego wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego z przetargu, dokonanie ponownego badania i oceny ofert - z uwzględnieniem oferty odwołującego, oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Izby decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty jest nieprawidłowa. Skład rozpoznający spór stwierdził, że zamawiający nie miał podstaw do eliminacji odwołującego z przetargu, treść oferty i wyjaśnienia wykonawcy nie dają podstaw do uzasadnionego twierdzenia, że doszło do modyfikacji oferty po terminie na składanie ofert - a tym samym do przyjęcia, że w pierw odwołujący deklaruwał samodzielne wykonanie zamówienia, a następnie zmienił sposób realizacji umowy, poprzez powierzenie części zamówienia podwykonawcy, który jest podmiotem rzekomo udostępniającym zasoby jedynie w celu wykazania spełnienia warunku posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej (tiret 1 lit. c ppkt 2 pkt 1 rozdziału V SIWZ).

O ile zamawiający prawidłowo wskazał, że zgodnie z art. 22a ust. 4 p.z.p., jeżeli wykonawca polega na zdolności innego podmiotu w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to podmiot ten winien realizować część zamówienia, do realizacji której rzeczony zdolności są wymagane i brak takiego powierzenia powoduje niewykazanie

spełnienia warunku udziału w przetargu - to taka sytuacja nie miała miejsca w ustalonym na kanwie materiału procesowego stanie rzeczy. Zamawiający nieprawidłowo ustalił stan

faktyczny, poprzez wadliwe ustalenie treści dokumentacji przetargu, błędne ustalenie oświadczenia zawartego w ofercie odwołującego oraz uznaniową ocenę złożonych wyjaśnień.

W informacji z dnia 20 lipca 2020 r., będącej zawiadomieniem o wykluczeniu

1 odrzuceniu oferty odwołującego, jednostka zamawiająca wskazała, że odwołujący nie przedłożył żądanej przez zamawiającego, zgodnie z art. 36b p.z.p. i rozdz. XXIII SIWZ, informacji o wskazaniu części zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić podwykonawcy, więc zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2020 r. zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie „czy wykonawcy będą realizować przedmiot zamówienia wyłącznie w ramach zawiązanego konsorcjum i wskazanie zakresu robót, który będzie wykonywany przez poszczególne podmioty.” (str. 3 pkt 5 wezwania z 30.06.2020 r.).

Zdaniem zamawiającego po przedmiotowym wezwaniu, winien uzyskać on szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacją zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów podmiotu trzeciego, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem podmiotu trzeciego. W ocenie zamawiającego, w odpowiedzi na to wezwanie, wyjaśnieniami z dnia

2 lipca 2020 r., odwołujący nie wykazał, że jakkolwiek zakres zamówienia będzie realizowany przez podmiot trzeci, który udostępni konsorcjum swoje zasoby celem wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, co jest niezgodne z ustawą p.z.p. i przyjętą linią orzeczniczą (vide str. 2 akapit 2 informacji z 20.07.2020 r.).

Następnie, pismem z dnia 8 lipca 2020 r., zwrócono się do odwołującego z pytaniem „czy przedmiot zamówienia będzie realizowany wyłącznie przez wykonawców w ramach utworzonego konsorcjum, czy też w realizacji będą uczestniczyć podwykonawcy”. W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedłożył wyjaśnienia i wypełniony załącznik nr 14 do SIWZ (zakres zamówienia, który wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom).

W opinii zamawiającego wykonawcy składając ofertę deklarowali samodzielne wykonanie zamówienia, a w toku badania oferty i składania wyjaśnień doszło do istotnej zmiany jej treści. Zatem zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i polega na zasobach podmiotu trzeciego wyłącznie na etapie ubiegania się o zamówienie, i pomimo zobowiązania podmiotu trzeciego do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, konsorcjum nie wykazało, że tak będzie. Zobowiązanie ma charakter fikcyjny i wprowadza zamawiającego w błąd (vide str. 3 informacji z 20.07.2020 r.).

Izba stwierdziła, że ustalenia zamawiającego są obarczone błędem już od momentu wskazania, że w treści oferty należało podać zakres podwykonawstwa, a w konsekwencji stwierdzenie, że w toku wyjaśnień odwołujący zmienił sposób realizacji zamówienia także jest bezpodstawne. Skoro z treści oferty nie wynika jaką część umowy wykona podwykonawca (ponieważ dokumentacja postępowania nie zawiera takiego wymogu), to nie ma podstaw do ferowania stanowiska, że na późniejszym etapie uległo to zmianie. Nie bez powodu zamawiający w informacji o eliminacji odwołującego z przetargu nie wskazał na brzmienie oferty wykonawcy, z której wynikałoby samodzielne zrealizowanie zamówienia - ponieważ takiej treści oferty nie ma. Zamawiający nie przewidział w wymaganym formularzu ofertowym wskazania części zamówienia, którą wykonawca powierzy podwykonawcy, a - co było bezsporne - wymagał tego w załączniku nr 14 do SIWZ. Problemem jest, że zamawiający zapomniał w dokumentacji przetargu uregulować, kiedy wypełniony załącznik nr 14 należy złożyć, względnie - że należy go złożyć wraz z ofertą.

Na kanwie materiału procesowego skład orzekający ustalił, że zgodnie z ppkt 3 pkt 1 rozdział XI SIWZ opis sposobu przygotowania oferty, ofertę stanowią wypełniony formularz ofertowy (załącznik nr 10 do SIWZ) i dwa oświadczenie wstępne (załącznik nr 11 i 12 do SIWZ). Żaden z żądanych dokumentów nie zawiera wymogu podania informacji dotyczących podwykonawstwa. O ile z wymaganych dokumentów, składanych w ramach oferty, wynika informacja o podmiotach, na zasobach których wykonawcy polegają w ramach wykazania się zdolnościami podmiotowymi, to nigdzie nie ma wymogu podania informacji czy podmiot ten będzie realizował część zamówienia.

Załącznik nr 14 do SIWZ pt. zakres zamówienia, który wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom, został uregulowany w pkt 1 rozdziału XXIII SIWZ, gdzie określono, że „zamawiający żąda, aby wykonawca wskazał część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić podwykonawcom wraz z podaniem nazw podwykonawców (jeżeli są znane), zgodnie z załącznikiem nr 14”. Nie ma jednak nigdzie w dokumentacji przetargu informacji, kiedy należy złożyć zamawiającemu przedmiotowy załącznik nr 14. Zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania w jakim momencie wykonawcy mają złożyć oświadczenie o zakresie ewentualnego powierzenia części zamówienia podwykonawcy. Tym niemniej, nie powinien budzić wątpliwości fakt, że taką wiedzę należało uzyskać od wykonawcy - a nie

samodzielnie, w sposób dowolny, rekonstruować możliwą treść tego oświadczenia, z kontekstu czynności odwołującego, a o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

Skoro zatem zgodnie z SIWZ takich informacji nie wymagano na etapie składania ofert - trudno bowiem uznać na kanwie wiążącej dokumentacji przetargu, że ofertą powinny być inne dokumenty, niż te określone przez zamawiającego - to siłą rzeczy nie ma podstaw do ustalenia w oparciu o brzmienie oferty jaki podmiot i w jakim zakresie będzie podwykonawcą, a w konsekwencji ferowania, że do zmiany treści oferty doszło, skoro oferta nie zawiera treści, która miałaby ulec zmianie. Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą załącznika do SIWZ odnoszącego się do zakresu zamówienia, który wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom i to spowodowało konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, do którego doszło w toku przetargu.

Tytułem wyjaśnienia należy zauważyć, że przyjęcie, że jedyny dokument stanowiący o zakresie podwykonawstwa, czyli wypełniony załącznik nr 14 do SIWZ, należało złożyć z ofertą jest nieuprawnione, ponieważ na obecnym etapie nie ma możliwości zastąpienia zamawiającego i dokonania modyfikacji SIWZ - poprzez uzupełnienie regulacji wprowadzonych przez zamawiającego i ustalenie, że załącznik nr 14 do SIWZ będzie załącznikiem do oferty, a w konsekwencji treść tego załącznika stanowić będzie treść oferty (co wymagałoby także dodania go do dokumentów z ppkt 3 pkt 1 rozdział XI SIWZ). Obowiązująca treść SIWZ zawiera lukę i próba rozstrzygnięcia jak ją uzupełnić - niezależnie, czy dotyczy to podzielenia stanowiska odwołującego, czy zamawiającego i przystępującego - wymagałoby zmiany dokumentacji postępowania, poprzez dodanie do niej nowej treści, pozwalającej na jednoznaczne określenie, kiedy składa się oświadczenie dotyczące podwykonawstwa. Należałoby dokonać nie tyle wyjaśnienia treści dokumentacji postępowania, co jej modyfikacji - dodania do SIWZ elementów treściowych pozwalających lukę usunąć (poprzez wypełnienie jej treścią). Warto podkreślić, że ustalony stan rzeczy rozpoznawanego sporu jest zupełnie odmienny od sytuacji, kiedy dokumentacja postępowania jest niejasna, istnieją wątpliwości jak należy rozumieć daną treść w korelacji z całością dokumentacji, czy kiedy wymogi zamawiającego są niejednolite. Innymi słowy, nie jest to stan faktyczny, gdy na kanwie dokumentacji postępowania można rozstrzygnąć, kiedy załącznik nr 14 należy przedłożyć, ponieważ zamawiający po prostu tego nie sprecyzował i żaden z wykonawców o to nie zapytał. O ile zatem Izba jest uprawniona do dokonania wykładni SIWZ, o tyle nie jest uprawniona do jej zmiany - dodania nowej treści do tego, co uregulował zamawiający.

Należy także podkreślić, że w odróżnieniu od zwykłej wykładni oświadczeń woli na gruncie kodeksu cywilnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zezwala interpretatorowi (tu: Izbie) na prowadzenie procesu wykładni tak długo, aż przyniesie to efekt - proces ten jest ograniczony w czasie i zakresie, poprzez fakt, że zmiana SIWZ po dokonaniu otwarcia ofert nie jest już możliwa. Na późniejszym etapie możliwa jest jedynie wykładnia istniejącej treści dokumentacji postępowania, nie jest natomiast możliwe uzupełnianie SIWZ nową treścią, konieczną dla wypełnienia istniejącej tam luki. Absolutną barierą na uzupełnienie dokumentacji postępowania jest upływ terminu na składanie ofert i jakiegokolwiek późniejsze uzupełnianie treści SIWZ jest niedopuszczalne.

Wobec braku żądania wraz z ofertą, odwołujący samodzielnie przedłożył

zamawiającemu rzeczony załącznik ze wskazaniem zakresu podwykonawstwa, w ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 lipca 2020 r. Natomiast zamawiający wyciągnął z tej okoliczności nieuprawnione wnioski, że dochodzi do modyfikacji oferty wykonawcy. Zamawiający ocenił, że odwołujący zmienia treść swojej oferty i z samodzielnej realizacji zamówienia (o czym rzekomo miały świadczyć brak złożenia z ofertą załącznika dot. podwykonawstwa), wykonawca zmienia na zlecenie części wykonania zamówienia podwykonawcy. Umknęło tylko uwadze zamawiającego, że wiążąca treść dokumentacji przetargu nie zawiera terminu na złożenie informacji o podwykonawstwie - w szczególności nie żądano tej informacji wraz ze złożeniem oferty - zatem nie można wyciągnąć jakichkolwiek wniosków z tego w jakim terminie wykonawca składa załącznik nr 14, ponieważ nie zostało to uregulowane w SIWZ. Nie można w toku oceny ofert „uzupełnić” wady dokumentacji postępowania i następnie wyciągnąć z tego negatywne konsekwencje dla wykonawcy. W szczególności, że nie istnieje domniemana treść oferty. Zamawiający nie dysponował żadną informacją o zakresie podwykonawstwa, ponieważ tak skonstruował treść oferty i zakładanie, że skoro nie złożono jakiegoś dokumentu (na złożenie którego nie określono w SIWZ terminu), to oznacza takie, albo inne oświadczenie wykonawcy, jest co najmniej wątpliwe. Nie można wyciągać wniosków z faktu braku w ofercie dokumentu, którego na kanwie SIWZ wraz z nią nie żądano, jak również nie ma podstaw do obarczania wykonawcy błędem zamawiającego, który nieprawidłowo skonstruował SIWZ. Co do zasady, jednostki zamawiające są także profesjonalistami, od których wymaga się zachowania podwyższonego miernika staranności w działaniu, w tym w kształtowaniu warunków dokumentacji przetargu. Skład rozpoznający odwołanie podziela także stanowisko, zgodnie z którym treść SIWZ musi mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, zaś błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego

nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji czy intencji (tak wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt III Ca 70/15).

Należy także zaznaczyć, że w toku postępowania zamawiający nie zdecydował się na zapytanie odwołującego o ten konkretny dokument. Zamawiający zatem nie tylko nie przewidział żadnego terminu dla realizacji nałożonego na wykonawcę obowiązku, ale założył, że jego brak w ofercie oznacza dorozumiane oświadczenie o samodzielnej realizacji i braku powierzenia części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający dokonał w ten sposób bezprawnej wykładni oświadczenia woli wykonawcy, wyciągając wnioski z jego milczenia (która to czynność jest, zgodnie z ugruntowaną linią jurydyczną w tym przedmiocie, dopuszczalna jedynie w sytuacji, gdy przepis prawa bezpośrednio nakazuje lub zezwala wyciągnąć wnioski z milczenia). Założenie zamawiającego całkowicie pominięło, że takiego dokumentu wraz z ofertą nie wymagano, więc nie było podstaw do uznania, że jego niezłożenie z ofertą stanowi świadome oświadczenie wykonawcy. Pominięto także, iż oświadczenia i dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa się z zachowaniem właściwej formy. Nie bez powodu ustawodawca przekazał zamawiającym uprawnienie do żądania wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 p.z.p.), które w określonych sytuacjach - zgodnie z utrwalonymi poglądami orzecznictwa i doktryny - może przerodzić się w obowiązek, ponieważ treść oferty należy ustalać zgodnie z wyraźnie wyrażoną wolą wykonawcy, a nie w sposób dorozumiany. W szczególności zamawiający nie może wywodzić z kontekstu sytuacyjnego jakie oświadczenie wykonawcy prawdopodobnie zawarł w treści oferty, dlatego, że nie złożył danego dokumentu. Takie działanie jest nie tylko sprzeczne z ustawowymi regułami oceny ofert, ale również nieuprawnione na tle wiążącej SIWZ, której brzmienie dyskwalifikuje tezy zamawiającego.

Natomiast stanowisko przystępującego, że profesjonalny wykonawca winien wiedzieć, że zakres podwykonawstwa należy wskazać w treści oferty i wypełniony załącznik nr 14 należało złożyć wraz z ofertą, pomija, iż należała staranność w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.) nie jest tożsama z konwalidowaniem każdego błędu zamawiającego. Wykonawca winien dochować staranności, wymaganej w zawodowej działalności, podczas składania oferty i wypełnić wymogi dokumentacji przetargu, ale nie może zastępować zamawiającego w podejmowaniu decyzji - w tym określaniu tego co składa się w ramach oferty, w szczególności w zakresie wymogów formalnych, których nie dotyczy sama sfera zobowiązania jako takiego. Pomijając już, że w toku postępowania, przed wykluczeniem odwołującego z przetargu, zamawiający dysponował spornym załącznikiem nr 14, który wyłożono wbrew jego brzmieniu.

Skład orzekający nie podzielił także dalszych ustaleń zamawiającego dotyczących przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego. Pierwsze wezwanie, z dnia 30 czerwca 2020 r., w pkt 5 brzmiało „Proszę o wyjaśnienie, czy wykonawcy będą realizować przedmiot zamówienia wyłącznie w ramach zawiązanego konsorcjum i wskazanie zakresu robót, który będzie wykonywany przez poszczególne podmioty.” W ocenie Izby prośba o wyjaśnienie nie odnosi się do zakresu podwykonawstwa, a do zakresu robót członków konsorcjum. W tym przedmiocie skład orzekający w całości podzielił trafne stanowisko odwołującego, który prawidłowo wskazał, że sformułowane pytanie nie dotyczy udziału podmiotu trzeciego. Zamawiający zapytał o zakres prac wykonywanych przez poszczególne podmioty, co wobec pierwszej części zdania odnosi się do zawiązanego konsorcjum. Odwołujący, pismem z 2 lipca 2020 r., adekwatnie odpowiedział, wyjaśniając zadania i obowiązki poszczególnych konsorcjantów. Zatem Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że w tym momencie powinien uzyskać on wiedzę o części umowy powierzonej podwykonawcy, a rzekomy brak odniesienia się do tego elementu - o który zamawiający nie pytał - świadczy o przyjęciu samodzielnej realizacji zamówienia.

Pytanie o sposób realizacji umowy, czyli wskazanie „czy przedmiot zamówienia będzie realizowany wyłącznie przez wykonawców w ramach utworzonego konsorcjum, czy też w realizacji będą uczestniczyć podwykonawcy”, zostało zadane dopiero 8 lipca 2020 r. W odpowiedzi na to wezwanie do wyjaśnień zamawiający otrzymał oświadczenie, że umowę zrealizują konsorcjanci wraz z podwykonawcą, który - zgodnie ze złożonym zobowiązaniem - wykona roboty drogowe. I właśnie to oświadczenie wykonawcy, spójne ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego (złożonym zamawiającemu 29.06.2020 r.), wskazuje na sposób realizacji zamówienia przyjęty przez odwołującego, a nie brak złożenia załącznika nr 14 wraz z ofertą, czy wyjaśnienie w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie z 30 czerwca 2020 r., kiedy o zakres robót powierzonych podwykonawcy nie pytało. W konsekwencji nie doszło do modyfikacji treści oferty odwołującego. Zamawiający arbitralnie, w sposób nieuprawniony i dowolny ustalił rzekomą okoliczność zmiany treści oferty, zaś następstwem błędnego ustalenia stanu faktycznego było bezpodstawne wykluczenie odwołującego z przetargu (art. 24 ust. 1 pkt

12 p.z.p.) i odrzucenie jego oferty (art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 p.z.p.).

Konkludując, skład rozpoznający spór stwierdził, że ustalony stan rzeczy nie poddaje się subsumpcji pod normę art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., zatem nie ma podstaw do zastosowania art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wobec oferty odwołującego. I jedynie na marginesie należy przypomnieć, że przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania na zamawiającym ciążyłby obowiązek przeprowadzenia trybu naprawczego, czyli wezwania wykonawcy do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 lub 22a ust. 6 p.z.p., zgodnie z hipotezami tych norm.

Natomiast w zakresie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., to konieczne wydaje się przypomnienie, że nie jest to norma samoistna, a wymaga ona wskazania czynu stypizowanego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.). W informacji o odrzuceniu oferty zamawiający nie zdecydował się na ujawnienie jaki czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący miałby popełnić, zawiadomienie jest w tym zakresie merytorycznie puste, więc tak hasłowo ustanowiona podstawa odrzucenia oferty, wskazująca jedynie na przepis p.z.p., nie mogła się ostać. Skład orzekający stwierdził, że żadna okoliczność w przetargu nie daje podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, na kanwie omawianej normy, zaś zamawiający nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzuty nr 1 - 4 z petitum odwołania, a także zarzut nr 5 - przedwczesnego nieprawidłowego wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, z pominięciem oferty odwołującego z powodu nieprawidłowego wyeliminowania go z przetargu.

Ponadto, Izba wskazuje, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone w przetargu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania i zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na konieczność jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. W postępowaniu objętym odwołaniem zamawiający odszedł od treści dokumentacji postępowania, a także nie dochował należytej staranności i nie podolał ciężącemu na nim obowiązkowi, czym naruszył również zasady naczelnie wskazane w art. 7 ust. 1 p.z.p., więc skład orzekający uwzględnił również zarzut nr 6 z petitum odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej, w wyniku oceny i badania ofert z pominięciem bezprawnie odrzuconej oferty odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez odwołującego wpis.

Przewodniczący: