

WYROK
z dnia 15 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez **wykonawcę KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska 40** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, z siedzibą w Toruniu, ul. Gagarina 11** przy udziale **wykonawcy G. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana DOLMAR J. G., z siedzibą w Ruścu, ul. Goździkowa 10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1654/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy,
2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, z siedzibą w Toruniu, ul. Gagarina 11** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fordońska 40** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **zamawiającego – Skarb Państwa – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, z siedzibą w Toruniu, ul. Gagarina 11** na rzecz **wykonawcy KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy** kwotę 13 075 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1654/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: Budowa kompleksu budynków Centrum Nauk Technicznych oraz budynku Magazynowo-Warsztatowego wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Okrężnej/Wileńskiej w Toruniu zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 marca 2021 r. za numerem 2021/BZP 00023248/01.

W dniu 26 maja 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty wykonawcy G. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana DOLMAR J. G., z siedzibą w Ruścu, ul. Goździkowa 10.

W dniu 31 maja 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca G. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana DOLMAR J. G., z siedzibą w Ruścu. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 31 maja 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

- art. 266 ust. 1 w zw. z art. 462 ust 1, co narusza także art. 17 ust 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i niewłaściwe uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z ustawą, a w szczególności z art. 462 ust. 1, co narusza również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również zasadę przejrzystości postępowania, którego celem powinno być wybranie wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy.

Wniósł o:

I. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego

II. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu

III. nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

Wniósł również o przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentacji znajdującej się w aktach postępowania prowadzonego przez zamawiającego, a nadto z niżej wymienionych dokumentów na podane okoliczności:

1. wydruk właściwej dla odwołującego informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców KRS z dn. 31.05.2021 r. - na okoliczność wykazania legitymacji czynnej odwołującego w tym zasad panującej u niego reprezentacji oraz na okoliczność wykazania osoby podpisującej odwołanie do zastępowania odwołującego zgodnie z przepisami Ksh.

2. oferta odwołującego z dn. 23.04.2021 r. - na okoliczność jej treści, zwłaszcza zaś brzmienia pkt 11 lit b)

3. pismo zamawiającego z dn. 27 kwietnia 2021 r. - na okoliczność jego treści

4. pismo odwołującego z dn. z dn. 30.04.2021 r. - na okoliczność jego treści

5. pismo zamawiającego z dn. 6 maja 2021 r. - na okoliczność jego treści

6. pismo odwołującego z dn. 7 maja 2021 r - na okoliczność należytego oraz jednoznacznego wyjaśnienia przez odwołującego zakresu podwykonawstwa dla KWK Construction sp. z o.o. w Bydgoszczy w zakresie robót budowlanych oraz kubaturowych

7. pismo zamawiającego z dn. 11 maja 2021 r. - na okoliczność jego treści

8. pismo odwołującego z dn. 11 maja 2021 - na okoliczność przygotowania przez odwołującego merytorycznej odpowiedzi dla zamawiającego w dn. 11 maja 2021 r.

9. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert z dn. 26 maja 2021 r. - na okoliczność jego treści;

10. wyciąg z dokumentacji projektowo-technicznej, tj. przedmiarów robót, wraz z dodatkową informacją odnośnie zakresu objętego przetargiem - na okoliczność objęcia przedmiotem zamówienia nie tylko robót budowlanych, ale i dostaw oraz dalszych robót urządzenia terenu wraz z wykonaniem nowego węzła ciepła wraz przyłączami.

Odwołujący podniósł, że w interesie każdego wykonawcy jest, aby zamówienia publiczne udzielane były zgodnie z przepisami prawa oraz przy zachowaniu uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz poszanowania zasady przejrzystości postępowania. Procedując przedmiotowe postępowanie, zamawiający dopuścił się rażących naruszeń ww. zasad.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która w rankingu ocen uplasowana być powinna na pierwszym miejscu. Kryterium oceny ofert w tym postępowaniu był bilans punktów w kryteriach: „Cena ofertowa brutto” oraz „Okres gwarancji i rękopmi”. Odwołujący złożył ofertę najtańszą, o analogicznym co inni oferenci okresie gwarancji i rękopmi. Rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej znoszące niezgodnie z prawem czynności zamawiającego dokonanie w toku przedmiotowego postępowania, skutkująca koniecznością przeprowadzenia przez zamawiającego ponownej oceny ofert wraz z ofertą odwołującego, skutkować będzie uznaniem oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

W przypadku pozostawienia wyboru zamawiającego bez zaskarżenia odwołaniem - odwołujący poniósłby szkodę w postaci nie uzyskania przedmiotowego zamówienia, co skutkowałoby pozbawieniem go przychodów, referencji oraz zysku skalkulowanego w ofercie.

Zakres prac oraz wymagania dotyczące wykonania zamawianych robót stanowi dokumentacja techniczna zawarta w Załącznikach nr 8 do SWZ.

Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań zamówienia na roboty budowlane.

Zgodnie z pkt. IX.1.2) SWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają określone warunki udziału w postępowaniu dotyczące min. zdolności zawodowej wykazując, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonali należycie minimum dwie roboty budowlane dotyczące obiektów kubaturowych (obiekt kubaturowy: budynek, któremu można przypisać parametr objętości wyrażony w metrach sześciennych) o wartości co najmniej 3 000 000,00 PLN (słownie złotych: trzy miliony, 00/100) brutto każda;

Zgodnie z pkt. IX.5 SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 2 lit. a)-b) rozdziału IX SWZ, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, wykonawcy mogli polegać na zdolnościach zawodowych lub sytuacji finansowej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Obowiązkiem wykonawcy było w takim przypadku złożenie, wraz z ofertą, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (pkt IX.6.1 SWZ). Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby musiało przy tym potwierdzać, że jego stosunek z wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów, określając w szczególności, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą (pkt IX.7.3 SWZ).

Zgodnie z pkt XII.7.1 SWZ, oferta musiała składać się z wypełnionego Formularza Oferty sporządzonego z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, zawierającego informację, którą część zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego – KWK Construction Sp. z o.o., aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, o czym mowa w pkt 5.4.2) lit. a ogłoszenia o zamówieniu/IX.1.2 lit. a SWZ, z którym- jak wynika z treści Załącznika nr 3 do Formularza ofertowego z dnia 23.04.2021 r. (lit. c i e), zamierza on zawrzeć umowę o podwykonawstwo i w/w podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu (w zakresie zdolności zawodowej), zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

W ramach prowadzonego postępowania wpłynęło do zamawiającego 8 ofert, wszystkie przewidujące analogiczny 60 miesięczny okres gwarancji i rękopmi, a z czego oferta odwołującego opiewająca na 22.887.000,00 zł brutto okazała się najtańsza.

Pismem z dn. 27 kwietnia 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz w zakresie wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wezwanie to wykonał pismem z dn. 30.04.2021 r.

Pismem z dn. 6 maja 2021 r. działając na podstawie na podstawie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści pkt 11 lit. b) oferty Wykonawcy z dn. 23.04.2021 w zakresie dotyczącym części zamówienia, których wykonanie zamierza się powierzyć podwykonawcom. Zamawiający doprecyzował, że prosi Wykonawcę o wyjaśnienie jakie roboty Wykonawca zamierza powierzyć KWK Construction Sp. z o.o. i czy obejmują one całość robót budowlanych dotyczących obiektów kubaturowych oraz jakie roboty Wykonawca zamierza powierzyć innym podwykonawcom, a także czy części zamówienia, których wykonanie zamierza się powierzyć podwykonawcom obejmują całe zamówienie.

Na powyższe wezwanie odwołujący odpowiedział pismem z dn. 7 maja 2021 r. podając, że zakresem podwykonawstwa KWK Construction sp. z o.o. planuje się objąć całość robót budowlanych, w tym także dotyczących obiektów kubaturowych i, że możliwe jest wprowadzenie przez tego podwykonawcę na budowę dalszych podwykonawców w zgodzie z przepisami Pzp.

Pismem z dn. 11 maja 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących zakresu przedmiotu zamówienia, którego wykonanie zamierza się powierzyć podwykonawcy. Zamawiający zauważył przy tym, że jasna jest dla niego kwestia planowanego wykonania przez odwołującego wszystkich robót budowlanych przez kwalifikowanego podwykonawcę KWK Construction sp. z o.o. w Bydgoszczy (ewentualnie również przez dalszych podwykonawców). Nie mniej jednak, zamawiający podkreślił, że roboty budowlane nie stanowią jednak 100% przedmiotu zamówienia, obejmując bowiem również takie elementy/części zamówienia jak np. wykonanie terenów zielonych - trawników, dokonanie nasadzeń drzew i krzewów oraz dostawa

wyposażenia pracowni - projektorów i tablic. W związku z powyższym zamawiający wystąpił o wyjaśnienie, czy wykonawca zamierza wykonać którąś część zamówienia samodzielnie, własnymi siłami, a jeśli tak, to którą, albo do oświadczenia, że wykonanie całego przedmiotu zamówienia (wszystkich elementów/części przedmiotu zamówienia) zamierza się powierzyć podwykonawcy.

Jedynie ze względów losowych odwołujący na to wezwanie zamawiającego nie odpowiedział, choć właściwe w tym względzie pismo zostało przez odwołującego przygotowane oraz podpisane elektronicznie w dn. 11 maja 2021 r. Pismem tym odwołujący wyjaśnił, że samodzielnie, własnymi siłami zamierza on wykonać części zamówienia, niebędące robotami budowlanymi kubaturowymi, w tym że zamierza wykonać tereny zielone, roboty drogowe, dostawę i montaż wyposażenia pracowni, pomieszczeń socjalnych (np. dostawa mebli, sprzętu AGD, projektorów i tablic).

Pismem z dn. 26 maja 2021 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu min. oferty Odwołującego.

Uzasadniając takie postąpienie wyjaśnił zamawiający, że odwołujący z racji nie udzielenia dodatkowych wyjaśnień, nie rozwiał wątpliwości zamawiającego odnośnie tego, które (konkretnie i wyczerpująco) części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcy oraz czy całość zamówienia odwołujący zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy (podwykonawcom). Zamawiający podkreślił przy tym, że w jego ocenie powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy jest niedopuszczalne na gruncie obowiązujących przepisów ustawy. Tym samym zamawiający w oparciu o posiadaną wiedzę zdobytą w toku postępowania, na podstawie złożonych przez odwołującego dokumentów, uznał jego ofertę za niezgodną z przepisami ustawy, w zakresie jakim narusza regulacje dotyczące możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy i ofertę tą z tej przyczyny odrzucił. W ramach uzasadnienia prawnego zamawiający powołał się na podstawę z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy, kwalifikując tym samym ofertę odwołującego jako niezgodną z przepisami ustawy.

Odwołujący oświadczył, że nie jest jego zamiarem w sprawie niniejszej umniejszenie, bądź zbagatelizowanie przeoczenia polegającego na braku udzielenia zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie do złożenia dalszych wyjaśnień z dn. 11 maja 2021 r.

Nie mniej jednak w ocenie odwołującego, nawet brak tychże wyjaśnień, nie uzasadniał odrzucenia jego oferty, której treść rozpoznawana w powiązaniu ze złożonymi przez odwołującego wyjaśnieniami z dn. 7 maja 2021 r. nawet jeśli nie okazała się idealna, to jednak z pewnością nie dawała zamawiającemu podstaw do przyjęcia, że odwołujący wprost, bądź choćby potencjalnie zamierza skorzystać z generalnego podwykonawstwa. Oferta Odwołującego nie była zatem sprzeczna z ustawą ani nieważna, na podstawie odrębnych przepisów. Tak, samo nie sposób przyjmować, że odwołujący nie spełnił wymogu dokładnego wskazania w ofercie zakresu zadania jakie zamierza wykonać przy pomocy podwykonawców, o czym dalej.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że przedmiot niniejszego postępowania jest dalece bardziej złożony aniżeli wynika to literalnie z zawartemu w SWZ wykazu kodów zamówienia wg. Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), wykazującego same tylko roboty budowlane w zakresie obiektów budowlanych związanych ze szkolnictwem wyższym (45214400-4), roboty instalacyjne elektryczne (453110000-0), instalowanie urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych (45331200-8), czy roboty instalacyjne wodne i kanalizacyjne (45332000-3). Jak to bowiem wynika z zakresu prac oraz wymagań dotyczących wykonania zamawianych robót zawartych w dokumentacji technicznej w Załącznikach nr 8 do SWZ, w szczególności przedmiarach robót do dokumentacji projektowej oraz w dokumencie dodatkowej informacji odnośnie zakresu objętego przetargiem - przedmiot postępowania obejmował zarówno roboty budowlane, jak i dostawy.

Jak wynika z powyższego, oprócz robót budowlanych oraz instalacyjnych przedmiotem zamówienia objęto niebagatelną część polegającą na wykonaniu terenów zielonych, robót drogowych, wykonaniu węzła ciepła oraz dostawie wraz z montażem wyposażenia (w tym specjalistycznego) min. pracowni, laboratoriów czy pomieszczeń socjalnych (np. dostawa mebli, sprzętu AGD, projektorów i tablic). Wymieniona część zadania nie jest rzeczą bagatelną, tak pod względem stopnia skomplikowania, czasochłonności wykonania, co również i kosztowności, stanowiąc istotną część przedmiotu zamówienia.

Zauważył, że w ofercie z dn. 23 kwietnia 2021 r. wyjaśnionej następnie pismem z dn. 7 maja 2021 r. odwołujący z całą pewnością nie zadeklarował, że zakresem planowanego podwykonawstwa obejmie całość zadania. Odwołujący w żadnym miejscu nie zadeklarował podwykonawstwa w zakresie wykonania terenów zielonych, robót drogowych, realizacji pompy ciepła oraz przede wszystkim dostawy oraz montażu wymaganego przez zamawiającego wyposażenia pracowni, laboratoriów, sanitariatów i tablic.

Co więcej zdaniem odwołującego, należycie przeprowadzona wykładnia literalna oświadczenia odwołującego zamieszczonego w pkt. 11 lit. b) oferty prowadzić powinna do wniosku, że odwołujący podawał tam różnego rodzaju roboty budowlane, ale już absolutnie nie dostawy.

Nadto, odwołujący wskazując w ofercie, że na chwilę jej składania nie jest w stanie podać nazw wszystkich podwykonawców (poza KWK Construction sp. z o.o.) zastrzegł jednak w sposób wyraźny, że nawet nieznanym jeszcze podwykonawcom zamierza im powierzyć jedynie część zamówienia.

[wyciąg z oferty Odwołującego]

11. Roboty objęte zamówieniem zamierzamy:

a) ~~wykonać sami~~;

b) w niżej określonym zakresie powierzyć podwykonawcom²:

L.p.

Części zamówienia, których wykonanie zamierza się powierzyć podwykonawcom³

Nazwa i adres podwykonawcy³

1. Roboty przygotowawcze i ziemne, roboty izolacyjne, roboty stolarskie, roboty ciesielskie i dekarские, roboty wykończeniowe, roboty zagospodarowania terenu i małej architektury, sieci zewnętrzne, instalacje sanitarne wewnętrzne, instalacje elektryczne i teletechniczne, elektryka zewnętrzna i inne. Na dzień składania ofert nie są znane nazwy lub imiona i nazwiska podwykonawców, którym zamierza wykonawca powierzyć części zamówienia, z wyłączeniem podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca w niniejszym postępowaniu, tj. KWK Construction sp. z o. o.

Jeszcze większy poziom precyzji jego zdaniem wynika z wyjaśnień odwołującego z dn. 7 maja 2021 r., gdzie w odniesieniu do konieczności określenia zamawiającemu zakresu robót powierzonych na zasadzie podwykonawstwa podmiotowi – KWK Construction Sp. z o.o., na zasoby którego Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu powołuje się, aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Odwołujący podał bowiem zamawiającemu literalnie, że cyt. "zakresem podwykonawstwa KWK Construction sp. z o.o. planuje się objąć całość robót budowlanych w tym także dotyczących obiektów kubaturowych".

Nie jest zatem dla odwołującego zupełnie jasne na jakiej podstawie, zachodzi jednak w ocenie zamawiającego wątpliwość cyt. "odnośnie tego, które (konkretnie i wyczerpująco) części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcy oraz czy całość zamówienia Wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy (podwykonawcom)".

Już tylko literalna wykładnia oferty odwołującego doprowadzić powinna zamawiającego do uznania, że planowane przez niego podwykonawstwo zawsze będzie mieć charakter wyłącznie częściowy i to nawet jeśli przyjąć, że odwołujący przez użycie w pkt. 11 lit b) oferty końcowego zwrotu "i inne" potraktował kategorię robót w sposób kategoryjny tzn. zbiorczo.

Pewnym jest bowiem na gruncie stosowania oraz rozumienia języka nawet potocznego, ale przede wszystkim prawnego wynikającego z definicji legalnych zawartych w art. 7 ustawy, że zachodzi istotne rozróżnienie znaczeniowe pomiędzy robotą (budowlaną) (art. 7 pkt. 21 ustawy), a dostawą (art. 7 pkt. 4 ustawy). Zasadnie też przyjmować należy, że uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są powyższych znaczeń całkowicie świadomi oraz znaczenia te są dla nich wiążące. Tym samym jeśli odwołujący używa w ofercie pojęcia roboty, to z pewnością nie ma na myśli dostaw i odwrotnie.

Odwołujący nadmienił, że kluczowe znaczenie wykładni literalnej w sferze zamówień publicznych nie jest rzeczą wątpliwą, tak w orzecznictwie KIO, co w merytorycznym dorobku Sądu Najwyższego. Jedynie tytułem przykładu wskazać należy na wartość płynącą z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 21 października 2020 roku (KIO 2250/20), gdzie Izba powołała się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., III CZP 110/0. Odwołujący przywołał także Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r., III CZP 94/06 (OSNC rok 2007, nr 78, poz. 95) (por. też uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r., III CZP 37/04, OSNC rok 2005, nr 3, poz. 42, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2004 r., V CK 21/04, OSNC rok 2005, nr 7-8, poz. 137 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2005 r., I KZP 18/05, OSNKV rok 2005, nr 9, poz. 74).

Odwołujący stwierdził, że mocą treści złożonej przez odwołującego oferty, jak również w związku z udzielonym przez niego wyjaśnieniami z dn. 7 maja 2021 r. zamawiający na pewno uzyskał, bądź przynajmniej uzyskać powinien, jasność co do planowanego przez odwołującego zakresu podwykonawstwa kwalifikowanego (KWK Construction sp. z o.o.).

W zakresie zaś pozostałego podwykonawstwa (robót), jasne dla zamawiającego być powinno, że objęte nim mogą zostać co najwyżej wszystkie roboty budowlane (w tym także te, które powierzone mają być KWK Construction sp. z o.o. - na zasadzie zadeklarowanej możliwości podwykonawstwa dalszego), ale już nie dostawy.

Odwołujący zwrócił uwagę na godne rozważenia zapatrywanie dotychczasowego orzecznictwa, że pomimo dyspozycyjności art. 223 ust. 1 ustawy zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki. "Istotą bowiem całego prawa zamówień publicznych jest zapewnienie uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania tychże zamówień oraz przede wszystkim troski o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, nie zaś skrajne formalizowanie trybu udzielania zamówień publicznych i eliminowania oferentów z ubiegania się o zamówienie publiczne z powodu uchybień ofert, niewpływających na ich istotę, jak też na zakres przyszłych, ewentualnych wzajemnych zobowiązań stron" (wyr. ZA z 22.6.2004 r., UZP/ZO/0-904/04, Legalis)

Odwołujący stanął na stanowisku, że domaganie się przez zamawiającego złożenia dalszych wyjaśnień zgodnie z pismem z dn. 11 maja 2021 r. pomimo, że pozostało bez odpowiedzi odwołującego, to jednak stanowiło rzecz zamawiającemu niepotrzebną, rodzaj prawnego superfluum wykraczającego poza dyspozycję art. 223 ust 1 zd. pierwsze ustawy z racji braku przesłanek konieczności jego zastosowania. Nawet bowiem bez otrzymania dalszych wyjaśnień od odwołującego, zamawiający mógł na podstawie zgromadzonego materiału nabrać wystarczającej świadomości, co do zamierzeń odwołującego w zakresie planowanego sposobu realizacji zamówienia.

Zamawiając żądając dalszych wyjaśnień jak w piśmie z dn. 11 maja 2021 r. Zamawiający dopuścił się rzeczy niedopuszczalnej oczekując wyjaśnienia mu kwestii, które, co prawda logicznie wynikają z treści oferty, to jednak nie są w niej wskazane. Zamawiający bowiem unikając stosowania znanego z logiki tzw. "rozumowania z przeciwieństwa" nie uwzględnia, że odwołujący przez wskazanie w ofercie oraz dalszym piśmie z dn. 7 maja 2021 takich robót jakie wykona przez podwykonawców, tym samym celowo nie podawał tego co wykona samodzielnie. Wydaje się zresztą, że wskazanie takie wydaje się zbędne mając na względzie treść pkt. 11 lit b) oferty stanowiącego w brzmieniu nadanym mu przez odwołującego, że cyt. "Roboty objęte zamówieniem zamierzamy (jedynie- przypis odwołującego) w niższej określonym zakresie powierzyć podwykonawcom".

Odwołujący podkreślił, że sygnalizowana nieistotnie, bo w istocie nieistniejąca wątpliwość zamawiającego, nie dotyczy robót mających zostać powierzone podmiotowi na zasoby którego powołano się aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Kwestia ta została wyraźnie oraz należyście wyjaśniona w piśmie odwołującego z dn. 7 maja 2021 r.

Nadto, zamawiający nie zastrzegł zgodnie z art. 121 ustawy obowiązku wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia w części obejmującej roboty budowlane.

Przyjmować zatem zdaniem odwołującego należy, że w okolicznościach prawnych i faktycznych sprawy niniejszej, ustalenie zakresu realizacji zadania do wykonania przez niekwalifikowanego podwykonawcę w sytuacji braku szczególnych wymagań zamawiającego, w tym zastrzeżenia części prac do osobistego wykonania, ma charakter informacyjny. Skoro bowiem decyzja o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz wskazanie podwykonawcy mogą nastąpić przed przystąpieniem do wykonania umowy, a nawet w trakcie wykonywania umowy, to tym bardziej wykonawca nie jest zobowiązany ustawą do tego, aby wskazanie takie nastąpiło już w ofercie i miało charakter wiążący. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter służebny wobec umowy w sprawie zamówienia publicznego i zmiany w zakresie sposobu wykonania zobowiązania przez wykonawcę – dopuszczalne na etapie realizacji kontraktu – tym bardziej są dozwolone na etapie badania ofert w sytuacji braku odmiennych wymagań zamawiającego wynikających wprost z ustawy (arg. a maiori ad minus) – tak m.in. KIO w wyr. z 2.7.2019 r., KIO 1082/19, Legalis. Podobnie, w wyr. z 16.9.2019 r.(KIO 1669/19, KIO 1679/19, KIO 1682/19, Legalis). Z tych wszystkich przyczyn nie sposób zaakceptować stanowiska zamawiającego jakoby złożona przez odwołującego oferta pozostawać miała niezgodna z przepisami ustawy albowiem wystarczająco precyzuje zakres przewidywanego podwykonawstwa, a nadto nie sposób na jej podstawie zasadnie wnioskować, że odwołujący ma zamiar wdrożyć formułę tzw. generalnego podwykonawstwa.

Przeciwnie twierdzenia zamawiającego stanowią efekt braku dostatecznej analizy oraz znaczenia treści przedłożonych przez odwołującego w tej sprawie dokumentów, przy nader formalistycznym podejściu do spoczywających na nim w ramach postępowania obowiązków informacyjnych. W ocenie odwołującego złożona przez niego oferta, jako złożona w terminie oraz odpowiadająca ustawie spełnia nadto warunki przedmiotowe określone przez zamawiającego w SWZ oraz

wolna jest od przesłanek merytorycznych jej odrzucenia, enumeratywnie wyliczonych w art. 226 ust. 1 ustawy.

Katalog przesłanek odrzucenia oferty jest zamknięty, co oznacza, że podstawą prawną tej czynności nie może być inna okoliczność niż wymieniona w art. 226 ust. 1 ustawy. W przeciwnym bowiem razie dopuści się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 pkt. 1 ustawy. Poszerzenie tego katalogu przez zamawiającego jest niedopuszczalne (wyr. KIO z 26.4.2013 r., KIO 859/13).

Zamawiający bowiem nie dość, że stosując art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy powołał się na rzekome naruszenie przez odwołującego art. 462 ust 1 ustawy, a co z pewnością nie miało miejsca, to jeszcze uzasadniając taką kwalifikację prawną nie wyjaśnia w żaden sposób na jakiej podstawie przyjmuje, że odwołujący faktycznie naruszył "regulacje dotyczące możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy". Jako argument niewystarczający w tym względzie oraz nieznyany ustawie traktować przy tym należy stwierdzenie Zamawiającego, jakoby "Wykonawca, nie przekonał Zamawiającego, iż nie powierzy realizacji całego zamówienia podwykonawcy".

Takie bowiem, w istocie uznaniu oraz nieweryfikowalne kryterium oceny przez zamawiającego oferty odwołującego (nawiązując do płynnego kryterium "przekonania kogoś o czymś") wymyka się kwalifikacji ustawowej i stanowi w istocie rzecz całkowicie niedopuszczalną. Odwołujący podkreślił raz jeszcze, że gdyby zamawiający ocenił ofertę należycie, skrupulatnie oraz w zgodzie z zasadami logicznej interpretacji, to żadnych wątpliwości z pewnością mieć nie powinien w komentowanym zakresie, o czym mowa była wyżej.

W dniu 1 czerwca 2021 r zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 2 czerwca 2021r. wykonawca G. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana DOLMAR J. G., z siedzibą w Ruścu, ul. Goździkowa 10 zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego a zamawiający potwierdził spełnienie przez zgłaszającego warunków wymaganych w postępowaniu przetargowym i określił że oferta w pełni odpowiada SWZ i jest najkorzystniejsza, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert. Zarzuty wskazane w odwołaniu z dnia 31 maja 2021 r. są wymierzone w dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty zgłaszającego jako najkorzystniejszej, ponieważ w odwołaniu odwołujący wnosi między innymi o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Uzyskanie korzystnego rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego na rzecz zamawiającego jest zatem w pełni zbieżne z interesem zgłaszającego, jako wykonawcy, gdyż w przypadku odrzucenia lub oddalenia odwołania, jego oferta pozostanie ofertą najkorzystniejszą oraz w takim przypadku będzie możliwe podpisanie z zamawiającym umowy na realizację zadania określonego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym ze zgłaszającym.

Zgłaszający przyłączył się do stanowiska, zarzutów i wniosków zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania KWK Construction Deweloper Sp. z o.o. w całości. Zgłoszenie zostało wniesione przez właściciela firmy, zgodnie z odpisem z CEIDG. Kopia zgłoszenia została przekazana stronom.

W dniu 9 lipca 2021 r zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający w oparciu o art. 462 ust. 2 ustawy, żądał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. W związku z okolicznością, że w swojej ofercie odwołujący, w pkt 11, który dotyczył zaangażowania podwykonawstwa, a dokładnie w pierwszej kolumnie tabeli zamieszczonej w pkt 11 oferty wymienił części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom wskazując w szczególności na następujące elementy zamówienia: roboty przygotowawcze i ziemne, roboty izolacyjne, roboty stolarskie, roboty ciesielskie i dekarskie, roboty wykończeniowe, roboty zagospodarowania terenu i małej architektury, sieci zewnętrzne, instalacje sanitarne wewnętrzne, instalacje elektryczne i teletechniczne, elektryka zewnętrzna. Jednak oprócz wyżej wymienionych części zamówienia odwołujący wskazał również, że zamierza powierzyć podwykonawcom inne części zamówienia (w kolumnie pierwszej, wiersz drugi tabeli zamieszczonej w pkt 11 oferty odwołującego). W związku z powyższym, odwołujący wbrew żądaniu zamawiającego do wskazania konkretnych części zamówienia, które powierzy podwykonawcom, używając sformułowania „i inne” w istocie nie sprecyzował zakresu zamówienia, jaki powierzy podwykonawcom. Przedstawiając otwarty katalog części zamówienia, które zostaną powierzone podwykonawcom odwołujący nie zadośćuczynił żądaniu zamawiającego do wskazania części (konkretnych) zamówienia, które powierzy podwykonawcom. W konsekwencji zamawiający pismem z dnia 6 maja 2021 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień oferty w kwestii zaangażowania w realizację zamówienia podwykonawców. W wyjaśnieniach złożonych pismem z dnia 7 maja 2021 r. odwołujący wskazał, iż zakresem podwykonawstwa KWK Construction sp. z o.o. planuje objąć całość robót budowlanych. Wobec okoliczności, iż powyższe twierdzenie nie pokrywało się w pełni z zakresem ujętym w tabeli umieszczonej w pkt 11 oferty oraz dotyczyło tylko podwykonawcy KWK Construction sp. z o.o. zamawiający powziął dalsze wątpliwości. Przede wszystkim wciąż nie dysponował deklaracją odwołującego co do tego, które części zamówienia powierzy podwykonawcom, która wskazywałaby precyzyjnie i kategorycznie jakich elementów zamówienia nie wykona samodzielnie. Jednocześnie wobec braku precyzji po stronie odwołującego zamawiający powziął wątpliwość, co do tego czy odwołujący zamierza zrealizować jakikolwiek zakres zamówienia samodzielnie. W związku z powyższym dążąc do wyeliminowania wątpliwości ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień — pismem z dnia 11 maja 2021 r. Odwołujący co jest bezsporne zaniechał złożenia wyjaśnień. Reasumując powyższe zamawiający wskazał, że w samej ofercie odwołujący wbrew żądaniu zamawiającego nie wskazał precyzyjnie jaki zakres robót powierzy podwykonawcom. Posługując się sformułowaniem „i inne” sprawiły że zamawiający pozostał w niepewności co do tego jaki zakres zamówienia odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom, co samo w sobie przeczy istocie przepisu art. 461 ust. 2 pzp. Zamawiający bowiem jest uprawniony do żądania wyczerpującego wskazania zakresu powierzenia zamówienia podwykonawcom, co do tego nie ma wątpliwości. Również wyjaśnień z dnia 7 maja 2021 r. nie można uznać za wyczerpujących wątpliwości zamawiającego. Albowiem odwołujący odniósł się w nich (w/w wyjaśnieniach) jedynie do podwykonawstwa realizowanego przez KWIK Construction sp. z o.o., a nie w ogólności do podwykonawstwa. A zatem z w/w wyjaśnień nie wynikało ani że jedynym podwykonawcom będzie KWK Construction sp. z o.o. ani, że podwykonawstwo będzie realizowane tylko w zakresie robót budowlanych. A jednocześnie zamawiający zauważył, że zakres ujęty w tabeli w pkt 11 oferty wykonawcy nie ograniczał się jedynie do robót budowlanych (o czym szerzej mowa poniżej).

W ocenie zamawiającego, w świetle dokumentacji zgromadzonej w ramach samego postępowania o udzielenie zamówienia jak i odwołania uznać należy, że odwołujący nie jest zdecydowany, w jakim zakresie zamierza zaangażować podwykonawców do realizacji zamówienia, a przede wszystkim z oświadczeń wykonawcy nie sposób wysnuć jednoznaczny wniosek. Zamawiający podkreślił, że odrzucając ofertę wykonawcy, wziął pod uwagę złożoną przez wykonawcę ofertę oraz złożone przed wyborem wyjaśnienia, z których nie wynika ostatecznie i wyczerpująco jakie

części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom. Bezsporne jest to że roboty kubaturowe Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. Powyższy zakres, co bezsporne, nie wyczerpuje jednak przedmiotu zamówienia. Zamawiający zauważył, że w tabeli zamieszczonej w pkt 11 oferty odwołującego wskazuje on, że w zakresie zamówienia, jaki powierzy podwykonawcom wchodzi zagospodarowanie terenu. Kolejno w samym odwołaniu odwołujący wskazuje, iż cyt.: „Odwołujący w żadnym miejscu nie zadeklarował podwykonawstwa w zakresie wykonania terenów zielonych, robót drogowych C.,) (s. 7 odwołania). Wykonanie terenów zielonych oraz robót drogowych bez wątplenia wchodzi w zakres zagospodarowania terenu. A zatem trudno jest się zgodzić z powyżej cytowanym stwierdzeniem odwołującego. Otóż odwołujący wbrew temu co twierdzi w odwołaniu, wskazał, iż zagospodarowanie terenu czyli wykonanie terenów zielonych i robót drogowych nastąpi przez podwykonawców — taką deklarację zamieścił w tabeli z pkt 11 swojej oferty. Zamawiający podkreślił, że bezsporne jest, że odwołujący uprawniony jest do zaangażowania w realizację zamówienia podwykonawców oraz, że podwykonawca zostanie zaangażowany do realizacji robót budowlanych kubaturowych. Wątpliwości, co do zakresu podwykonawstwa pozostają jednak aktualne — tym bardziej, że odwołujący rozbieżnie definiuje pojęcie robót budowlanych. Otóż z jednej strony wśród elementów zamówienia wskazanych w tabeli w pkt 11 oferty odwołującego wymienia zagospodarowanie terenu i jednocześnie argumentuje, że sformułowanie „i inne” odnosi się do kategorii robót budowlanych, z drugiej strony w odwołaniu wskazuje, że zrealizowanie terenów zielonych, które przecież stanowią istotny element zagospodarowania terenu nie stanowi robót budowlanych. Otóż w odwołaniu odwołujący wskazuje cyt.: Jak wynika z powyższego, oprócz robót budowlanych oraz instalacyjnych przedmiotem zamówienia objęto niebagatelną część polegającą na wykonaniu terenów zielonych, robót drogowych, wykonaniu węzła ciepła oraz dostawie wraz z montażem wyposażenia odwołujący w żadnym miejscu nie zadeklarował podwykonawstwa w zakresie wykonania terenów zielonych, robót drogowych (.. (s. 7 odwołania). W świetle powyższego, skoro wykonanie terenów zielonych czy robót drogowych, według odwołującego nie stanowi robót budowlanych, a jednocześnie nie ma wątpliwości, iż stanowią one element prac polegających na zagospodarowaniu terenu, to twierdzenie odwołującego, iż sformułowanie „i inne” ujęte w tabeli w pkt 11 oferty odwołującego odnosi się do katalogu robót budowlanych jest wadliwe. Innymi słowy, skoro sam odwołujący stwierdza, że wykonanie terenów zielonych będących zasadniczym elementem zagospodarowania terenu nie stanowi robót budowlanych, a element ten został wymieniony w tabeli w pkt 11 odwołania, to trudno przyznać rację odwołującemu, co do twierdzenia, iż sformułowanie „i inne” odnosi się właśnie do kategorii robót i właśnie w taki sposób zamawiający powinien interpretować ofertę odwołującego. Zamawiający podkreślił, że wobec braku złożenia wyjaśnień przez odwołującego (w odpowiedzi na pismo z dnia 11 maja 2021 r.), jeszcze większego znaczenia nabral dopisek "i inne" w tabeli zamieszczonej w pkt 11 oferty, który w okolicznościach niniejszej sprawy należy interpretować, jako odnoszący się do zakresu wychodzącego ponad roboty budowlane. Wobec powyższego, zwrot ten rozumiany powinien być jako: "wszelkie inne", albo "pozostałe". Jak wynika z powyższego zamawiający zasadnie powziął wątpliwości, co do zakresu podwykonawstwa. Co więcej, nawet z samego odwołania wobec niespójności twierdzeń trudno jest jednoznacznie wywieść jaki zakres zamówienia odwołujący powierzy podwykonawcom.

Kolejną niekonsekwencją odwołującego, świadcząca o tym, że sam odwołujący nie potrafi określić zakresu jaki zamierza powierzyć podwykonawcy płynie z jego pisma z dnia 11 maja 2021 r. (abstrahując w tym miejscu od okoliczności, iż jest to pismo spóźnione). Oczywiście zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę treści w/w pisma, czyniąc zadość choćby zasadzie równego traktowania wykonawców, niemniej jednak treść tego pisma i tak nie dostarcza żądanej odpowiedzi i nie wyjaśnia problematycznego zagadnienia części zamówienia, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, a wręcz przeczy wcześniej złożonym oświadczeniom odnoszącym się do w/w kwestii. Zauważył bowiem, że w piśmie odwołujący wskazuje, iż cyt.: „Odwołujący potwierdza, że zamierza wykonać części zamówienia, niebędące robotami budowlanymi kubaturowymi, samodzielnie, własnymi siłami, w tym zamierza wykonać tereny zielone, roboty drogowe, dostawę i montaż wyposażenia pracowni, pomieszczeń socjalnych (np. dostawa mebli, sprzętu AGD, projektorów i tablic)” z powyższego wynika, że inne roboty budowlane niż kubaturowe zamierza wykonać odwołujący. Tymczasem w piśmie z dnia 7 maja 2021 r. stanowiącym wyjaśnienia odwołującego wskazał on, iż cyt.: „Odwołujący (...) wyjaśnia, że zakresem podwykonawstwa KWIK Construction sp. z oto, planuje się objąć całość robót budowlanych w tym także dotyczące obiektów kubaturowych”. A zatem między oświadczeniem odwołującego z pisma z dnia 7 maja 2021 r, a oświadczeniem z dnia 11 maja 2021 r. zachodzi ewidentna sprzeczność. Najpierw odwołujący wskazuje, że całość robót budowlanych zostanie powierzona podwykonawcy, a następnie oświadcza, że tylko roboty kubaturowe zostaną powierzone podwykonawcy. W miejscu tym zamawiający przypomniał, że rozbieżność w zakresie podwykonawstwa istnieje również w zakresie realizacji elementu zagospodarowania terenu, najpierw odwołujący wskazuje, że powierzy ten zakres podwykonawcy, a w samym odwołaniu zaprzecza powyższemu. W świetle powyższego, skoro sam odwołujący przedstawia przeczące sobie oświadczenia to oczywistym jest, że nie można od zamawiającego oczekiwać, aby traktował je jako obojętne dla wyniku postępowania. Zamawiający podkreślił, że sprzeczności wyłaniają się już z samych dokumentów złożonych przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które dodatkowo zostały potwierdzone w odwołaniu z dnia 31 maja 2021 r. oraz piśmie z 11 maja 2021 r. Zdaniem zamawiającego, wbrew twierdzeniom odwołującego, właśnie potraktowanie zaistniałych wątpliwości i niespójności jako obojętne dla postępowania, uznane zostałyby jako działanie zamawiającego naruszające naczelną zasadę postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, w szczególności zasadę równego traktowania. W miejscu tym zamawiający chciałby się odnieść do kwestii braku wyjaśnień ze strony odwołującego (w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 maja 2021 r.) oraz pisma odwołującego z dnia 11 maja 2021 r., które przedkłada wraz z odwołaniem. W pierwszej kolejności zamawiający pragnie zauważyć, iż w/w pismo zostało dołączone do odwołania, jako skan. Nie stanowi ono oryginału podpisanego elektronicznie. Dodatkowo zauważył, że wszystkie pozostałe załączniki do odwołania zostały załączone w swojej oryginalnej wersji — w formie elektronicznej. Jedynie pismo, które według twierdzeń odwołującego zostało sporządzone dnia 11 maja 2021 r. ma postać skanu dokumentu — co wyraźnie jest dostrzegalne przy porównaniu tego dokumentu z pozostałymi (czcionka w tym piśmie ewidentnie różni się jakością od czcionki w pozostałych pismach). W istocie w/w pismo jako, że nie zostało przedstawione w odpowiedniej formie jest bezwartościowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, nie stanowi dokumentu w formie wymaganej przez przepisy prawa. Niezależnie jednak od powyższej okoliczności zamawiający zaznaczył, że w/w pismo jest oczywiście spóźnione. Nie budzi żadnych wątpliwości, iż odwołujący zaniechał złożenia wyjaśnień na wezwania zamawiającego z dnia 11 maja 2021 r. A w świetle braku precyzyjnego określenia przez wykonawcę zakresu powierzenia części zamówienia podwykonawcom, wątpliwości zamawiającego jako niewyjaśnione pozostały aktualne. Zamawiający podkreślił, że odwołujący zaniechując złożenia wyjaśnień przyjął na siebie ryzyko, że zamawiający uznał że złożona oferta jest niejednoznaczna, co do zakresu powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza cyt.: „Skutkiem nie zastosowania się do wezwania zamawiającego z art. 87 ust. 1 p.z.p, jest przyjęcie

przez wykonawcę na siebie ryzyka, że zamawiający posłuży się dostępnymi mu informacjami na temat treści oferty Odwołującego i wyciągnie z nich określone skutki prawne. Przepis art. 87 ust. 1 pzp służy bowiem usunięciu wątpliwości co do treści oferty, jeśli odwołujący tej wątpliwości nie usuwa, naraża się na to, że zamawiający uzna treść oferty za niejednoznaczną, niepewną lub zrozumie ją inaczej niż wynika to z rzeczywistej woli Odwołującego. Jeśli zatem zamawiający prawidłowo wysłał wezwanie, określił realny termin na odpowiedź, to niezłożenie wyjaśnień stanowi o niedbałości po stronie odwołującego i odwołujący nie może liczyć na to, że brak złożenia wyjaśnień w postępowaniu o udzielenie zamówienia będzie sanował przedstawieniem dowodów na etapie postępowania odwoławczego. Takie działanie jest działaniem spóźnionym i nie może prowadzić do podważenia czynności zamawiającego,” (tak: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2021 r., KIO 2581/20). Zaniechanie złożenia wyjaśnień w niniejszej sprawie sprawiło, że po stronie zamawiającego wciąż pozostała wątpliwość, co do tego, jakie części zamówienia odwołujący powierzy podwykonawcom (sama tabela z pkt 11 oferty odwołującego przez użycie sformułowania „i inne” nie precyzowała tych części, a w wyjaśnieniach z dnia 7 maja 2021 r., odwołujący odniósł się jedynie do robót budowlanych, których powierzenie planował podwykonawcy KWK Construction sp. z o.o., nie wskazując jednocześnie czy to jedyny element, jaki zamierza powierzyć podwykonawcom — otóż w świetle informacji z tabeli z pkt 11, gdzie prócz robót budowlanych wymieniono również zagospodarowanie terenu nadal wątpliwy pozostał zakres prac powierzonych podwykonawcom). Z kolei, wobec zarzutu odwołującego, iż wezwanie do wyjaśnień z dnia 11 maja 2021 r. było bezpodstawne zamawiający wskazał, iż wobec powyższej przedstawionych okoliczności zasadność wezwania nie powinna budzić wątpliwości. Kierując się naczelnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wybór oferty bez wykorzystania instrumentu prawnego w postaci wezwania do wyjaśnień byłby zdecydowanie obciążony wadami. Ponadto, jeżeli zdaniem odwołującego brak było zasadności wezwania z dnia 11 maja 2021 r. winien on podjętą przez zamawiającego czynność zaskarżyć w oparciu o art. 513 pkt 1 pzp w odpowiednim terminie, Tymczasem, jak twierdzi odwołujący niezwłocznie po otrzymaniu wezwania od zamawiającego sporządził wyjaśnienia, lecz tylko z przyczyn losowych, których nie precyzuje, pismo to nie zostało wysłane zamawiającemu, A zatem, zdaniem zamawiającego zarzuty względem zasadności skierowania do odwołującego wezwania z dnia 11 maja 2021 r. z przyczyn opisanych powyżej są oczywiście chybione. Dodatkowo zamawiający wspominał, że w świetle zaistniałych niespójności, kolejną okolicznością, która pogłębiła wątpliwości zamawiającego jest fakt, że odwołujący prowadzi działalność deweloperską i jedynie w tym aspekcie może posiadać doświadczenie oraz zasoby personalne czy rzeczowe. Wspominał, że przedsiębiorca będący deweloperem samodzielnie nie realizuje robót budowlanych. Jego działalność sprowadza się do zakupu nieruchomości gruntowej, nadzoru procesu inwestycyjnego poczynając od fazy projektowania do zakończenia budowy, aż po jej sprzedaż bądź wynajem. Powszechnie, jako zadania za które odpowiada deweloper wymienia się: lokalizację, na której powstanie jego inwestycja, przygotowanie projektu i nadzór nad nim, nadzór budowy i kontrolowanie postępu prac, wykończenie mieszkanca, sprzedaż mieszkań lub domów (źródło: Wikipedia). Również definicja pojęcia „deweloper” w ustawie z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego nawet nie nawiązuje do bezpośredniej realizacji robót budowlanych przez dewelopera, generalnym zadaniem dewelopera jest bowiem doprowadzenie swoimi działaniami do ustanowienia prawa własności lokalu i jego przeniesienia. Z przyczyn ekonomiczno-organizacyjnych standardem jest, że deweloper organizuje budowę, ale sam nie prowadzi firmy świadczącej roboty budowlane (nie zatrudnia poszczególnych pracowników, nie posiada odpowiedniego zaplecza technicznego). Wobec powyższego, jako że odwołujący działa na rynku, jako deweloper wątpliwości zamawiającego, co do samodzielnego wykonania części zamówienia, w świetle braku wyjaśnień na zapytanie z dnia 11 maja 2021 r. pogłębiły się.

Podsumowując, zamawiający nie zaprzecza, iż odwołujący ma uprawnienie do zaangażowania podwykonawców w realizację zamówienia. Zamawiający natomiast w niniejszym postępowaniu w oparciu o art. 462 ust. 2 ustawy żądał przedstawienia przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie powierzy podwykonawcom. Zadośćuczynienie powyższemu zobowiązaniu polega na jednoznacznym wskazaniu części zamówienia, czego w przypadku oferty odwołującego zabrakło, zamawiający wbrew zobowiązaniu wykonawcy nie otrzymał precyzyjnej, jednoznacznej informacji, co do części, jakie zamierza powierzyć podwykonawcom i już sama ta okoliczność sprawia, że oferta pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy, która w jednym ze swoich artykułów przewiduje uprawnienie po stronie zamawiającego do żądania wskazania części zamówienia, które zostaną powierzone podwykonawcom (art. 462 ust. 2 pzp). Zamawiający nie podważa uprawnień wykonawcy do powierzenia części zamówienia podwykonawcy/podwykonawcom, jednak w przedmiotowej sprawie nie uzyskał wiedzy w jaki sposób wykonawca zamierza skorzystać z tego uprawnienia, pozbawiając tym samym zamawiającego możliwości choćby zbadania i oceny przedstawionego aspektu. Odwołujący próbuje argumentować, że powyższy obowiązek ma charakter jedynie informacyjny i pozostaje bez wpływu na realizację zamówienia. Zamawiający stoi na przeciwnym stanowisku. Uprawnienie które przysługuje zamawiającym w świetle art. 462 ust. 2 pzp ma chociażby tę wartość dla postępowania, że pozwala na wyeliminowanie ofert, które zakładają powierzenie całego zakresu zamówienia podwykonawcom, Zamawiający podkreśla, że brak precyzyjnego wskazania części zamówienia, które zostaną powierzone podwykonawcom nie świadczy o przyjęciu domniemania, iż wykonawca nie powierzy całości zamówienia podwykonawcom. Innymi słowami, w niniejszej sprawie zamawiający nie dysponował (w oparciu o dokumenty przedłożone przez odwołującego) niebudzącymi wątpliwości informacjami, w jakim zakresie powierza on wykonanie zamówienia podwykonawcom (a oświadczenia ujęte w odwołaniu i piśmie z dnia 11 maja 2021 r. dodatkowo utwierdzają zamawiającego w przekonaniu, że odwołujący sam nie ma pewności co do zakresu powierzenia części zamówienia podwykonawcom). Zamawiający podkreślił, że brak jednoznaczności nie pozwala na przyjęcie domniemania, że odwołujący nie powierzy całości zamówienia podwykonawcom. Natomiast w orzecznictwie dominuje pogląd, iż niedozwolone w świetle ustawy pzp jest powierzenie podwykonawcom realizacji całego przedmiotu zamówienia. I choć w odwołaniu z dnia 31 maja 2021 r. odwołujący wprost nie zaprzecza powyższemu, zamawiający z ostrożności przywołuje najistotniejsze orzeczenia KIO w tej materii wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2021 r. KIO 3459/20, wyrok KIO z dnia 27 lutego 2020 r., KIO 299/20.

Za powyższym stanowiskiem opowiedział się również sąd zamówień publicznych, tj. Wydział XXIII Sądu Okręgowego w Warszawie. W wyroku z dnia 5 maja 2021 r. 1 sygn. akt: XXIII ZS 11/21) w/w sąd podtrzymał powyżej przywołane stanowiska KIO, że oferta wykonawcy, w której całość przedmiotu zamówienia realizowana będzie przez podwykonawców podlega odrzuceniu jako niezgodna z art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (odpowiednio art. 462 ust. 2 ustawy).

Przystępujący DOLMAR złożył stanowisko pisemne, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

a) dokumentacji postępowania przetargowego,

b) informacji z dokumentacji projektowej w ramach SWZ - „Załącznik nr do SWZ dodatkowa informacja odnośnie zakresu objętego przetargiem” (w którym wskazano wprost, że przedmiotem przetargu nie jest wyposażenie meblowe ruchome, wyposażenie specjalistyczne) na okoliczność, że w zakresie przedmiotu zamówienia nie znajduje się wyposażenie wskazane przez odwołującego w odwołaniu, lecz zapewnienie tylko niektórych elementów wyposażenia (np. luster, dozowników do mydła, podajników na papier, wieszaków, projektorów),

c) dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego pisma oraz dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego pisma, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego pisma i na okoliczności wskazane w treści tych dokumentów,

3. nadto o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie normami przepisanyymi, w tym kosztów zastępstwa procesowego, w przypadku jego ustanowienia.

W uzasadnieniu przystępujący podniósł, że zaniechanie złożenia przez odwołującego odwołania na wezwanie z dnia 11 maja 2021 r. zamawiającego o złożenie wyjaśnień, co czyni to wezwanie zamawiającego potwierdzonym jako konieczne. słuszne i zasadne

Odwołujący wskazuje w odwołaniu (strona 10 odwołania), że to wezwanie zamawiającego było zdaniem Odwołującego „niepotrzebne”, stanowiło zdaniem odwołującego „rodzaj prawnego superfluum wykraczającego poza dyspozycję art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze pzp z racji braku przesłanek konieczności jego zastosowania” oraz że zamawiający zwracając się o te wyjaśnienia dopuścił się rzeczy niedopuszczalnej oczekując wyjaśnienia mu kwestii, które co prawda logicznie wynikają z treści oferty, to jednak nie są w niej wskazane” (strona 10 odwołania). Odwołujący kwestionuje zatem prawidłowość i zasadność wezwania z dnia 11 maja 2021 r. i powołuje się, że dokumenty złożone przez odwołującego w ramach postępowania były wystarczające i nie powodowały konieczności składania wezwania z dnia 11 maja 2021 r. Jeżeli odwołujący uważał wskazane wezwanie zamawiającego z dnia 11 maja 2021 r. o wyjaśnienie za nieprawidłowe i naruszające przepisy ustawy, to mógł i powinien wówczas zaskarżyć tę czynność zamawiającego, polegającą na skierowaniu do odwołującego wezwania o udzielenie wyjaśnień z dnia 11 maja 2021 r., poprzez złożenie na tę czynność odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, czego jednak odwołujący nie uczynił i czego zaniechał. Odwołujący dopiero w ramach niniejszego postępowania odwoławczego (str. 10 odwołania), dotyczącego innej czynności, próbuje podważać zasadność i konieczność tego wezwania z dnia 11 maja 2021 r. (strona 10 odwołania), co zatem należy uznać za spóźnione. Jednocześnie wskazane wezwanie zamawiającego jest istotne dla wyniku postępowania przetargowego, co nota bene przyznaje sam odwołujący. Odwołujący w ramach obecnie złożonego odwołania, na zupełnie inną czynność, dokonuje bowiem omówienia i podnosi niezasadność i zbędność tego wezwania zamawiającego, zatem sam odwołujący przyznaje w ten sposób istotność tego wezwania i jego wpływ na wynik postępowania przetargowego.

Poza tym wezwanie zamawiającego z dnia 11 maja 2021 r. do złożenia wyjaśnień zostało doręczone bezpośrednio do odwołującego, zatem nie może ulegać wątpliwości, że odwołujący powziął informację o czynności w sposób jasny i niebudzący wątpliwości, lecz mimo to zaniechał złożenia odwołania na to wezwanie. Wezwanie zamawiającego o udzielenie wyjaśnień było czynnością zamawiającego jasno uzewnętrznioną względem odwołującego, co do której zaistnienia nie mógł mieć odwołujący jakichkolwiek wątpliwości, ani której nie musiał się domyślać.

Wezwanie z dnia 11 maja 2021 r. należy traktować jako konieczne do przeprowadzenia, jako zasadne i jako potwierdzające istnienie wątpliwości i konieczność ich wyjaśnienia przez odwołującego.

Wobec powyższego wszelkie okoliczności podnoszone przez odwołującego, wskazujące na rzekome niepotrzebne skierowanie wyjaśnień z dnia 11 maja 2021 r. i stanowiące tego konsekwencję stanowisko odwołującego o rzekomym udzieleniu pełnych wyjaśnień przez Odwołującego w ramach odpowiedzi z dnia 7 maja 2021 r., należy traktować jako spóźnione i bezprzedmiotowe.

Odwołujący podejmuje tym samym próbę obejścia ustawy - terminu na złożenia odwołania co do tej czynności wezwania z dnia 11 maja 2021 r. Wszelkie uwagi odwołującego w tym względzie, dotyczące charakteru i oceny tego wezwania zamawiającego należy zatem traktować jako spóźnione, a ponadto jako podnoszone w niewłaściwym trybie. Na potwierdzenie swego stanowiska przystępujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2019 r. (KIO 2505/19) Wymaga również zaznaczenia, że ustawa prawo zamówień publicznych nie przewiduje instytucji przywrócenia terminu do złożenia odwołania.

Dowód

1, wezwanie Zamawiającego z dnia 11 maja 2021 r. (w aktach, oraz jako załącznik do odwołania),

2. odwołanie z dnia 31 maja 2021 r., dotyczące kwestionowania innej czynności Zamawiającego, a podnoszące jednocześnie niezasadność wezwania Zamawiającego z dnia 11 maja 2021 r. (w aktach),

Zakres przedmiotu zamówienia Odwołujący błędnie i wbrew treści SWZ wskazuje zakres przedmiotu zamówienia podczas gdy przedmiotem zamówienia nie jest dostawa ani montaż wyposażenia meblowego. ani wyposażenia specjalistycznego, ani żadne wyposażenie kuchni, ani dostawa sprzętu AGD.

Odwołujący błędnie wskazuje w odwołaniu (str. 7), że przedmiotem zamówienia publicznego objęto rzekomo „niebagatelną” część polegającą na dostawie „ wyposażenia (w tym specjalistycznego) m.in. pracowni czy pomieszczeń socjalnych (np. dostawa mebli, sprzętu AGD)”. Odwołujący załączył też do odwołania cały przedmiar robót i powołuje się, że określa on przedmiot zamówienia, w sytuacji gdy zamawiający w SWZ doprecyzował, że przedmiar robót nie ma zastosowania w całości, ponieważ część elementów nie wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia. Załączenie przez odwołującego całej treści przedmiaru w zakresie wyposażenia do odwołania wraz ze stanowiskiem odwołującego co do zakresu przedmiotu zamówienia, ujętym na stronie 7 odwołania, stanowi mechanizm wypaczający faktyczny zakres przedmiotu zamówienia, określony w SWZ i może wywoływać u odbiorcy tych treści fałszywy obraz przedmiotu przetargu.

Po pierwsze, wbrew stanowisku odwołującego wskazanym w odwołaniu (str. 7 odwołania) przedmiotem zamówienia nie jest dostawa sprzętu AGD, ani przedmiotem zamówienia nie jest wyposażenie meblowe ruchome, ani przedmiotem zamówienia nie jest wyposażenie specjalistyczne, przedmiotem zamówienia nie jest również żadne wyposażenie do kuchni, ani do jadalni; ani do szatni (odwołujący postuluje się niesprecyzowanym sformułowaniem „pomieszczenia socjalne”). Zamawiający załączył do zamówienia przedmiar robót obejmujący wszystkie elementy, ale w załączniku do SWZ — określonym jako „dodatkowa informacja odnośnie zakresu objętego przetargiem” wskazano wprost na końcu tego dokumentu) w pkt 4 i 5, że przedmiotem zamówienia nie jest: 4 Wyposażenie meblowe ruchome, 5 Wyposażenie specjalistyczne”. Do dokumentacji projektowej w SWZ załączono przedmiar w całości, zapewne po to by nie było konieczności dokonywania i dzielenia przedmiaru i usuwania pozycji z tego przedmiaru, a poprzez załączenie do SWZ dodatkowego załącznika zawierającego tę dodatkową informację, dookreślono tym samym, które pozycje z przedmiaru są istotne, a których nie można brać pod uwagę, jako wyłączonych z zakresu zamówienia odwołujący ignoruje wskazane rozróżnienie i doprecyzowanie zakresu zamówienia, wskazując błędnie w odwołaniu zakres prac objętych zamówieniem

publicznym.

Po drugie, w załączniku określającym „dodatkową informację odnośnie zakresu objętego przetargiem” objęte zamówieniem (pkt 6 i 7 tego załącznika SWZ) jest jedynie zapewnienie takich elementów jak: w łazienkach dozowników do mydła, podajników na papier, wieszaków, a w zakresie pomieszczeń wykładowych zapewnia się tablice i projektor.

Po trzecie odwołujący zajmuje sprzeczne ze sobą stanowiska w samej treści odwołania, mianowicie na stronie 7 odwołania odwołujący wskazuje, że „ Odwołujący w żadnym miejscu nie zadeklarował podwykonawstwa w zakresie wykonania terenów zielonych, robót drogowych”, podczas gdy jednocześnie, zaraz na następnej stronie odwołania (str. 8) przytacza treść pkt 1 1 oferty wskazując, że części zamówienia które wykonanie zamierza się powierzyć podwykonawcom to między innymi „roboty zagospodarowania terenu”. Do robót zagospodarowania terenu niewątpliwie należy wykonanie terenów zielonych,

Wskazane w odwołaniu informacje, dotyczące zakresu przedmiotu zamówienia, sprzeczne są z treścią SWZ a ponadto sprzeczności występują także w samej treści odwołania, co budzi uzasadnione wątpliwości co do świadomości i znajomości przez odwołującego zakresu objętego przedmiotem przetargu, i tym bardziej potwierdza zasadność i konieczność powstałych po stronie zamawiającego wątpliwości oraz zasadność i konieczność dokonanej przez zamawiającego wezwania o udzielenie wyjaśnień z dnia 11 maja 2021 r. (na które odwołujący zaniechał udzielenia odpowiedzi). Odwołujący nawet w treści odwołania powołuje się na objęcie przedmiotem zamówienia elementów wprost z niego wyłączonych.

Uczestnik poparł stanowisko zamawiającego wskazane w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 lipca 2021 r., w której zamawiający szczegółowo odnosi się i wykazuje niespójność i sprzeczność stanowiska odwołującego, w tym sprzeczność tego stanowiska występującą nawet w samej treści odwołania, w którym odwołujący sam sobie zaprzecza. Zamawiający bardzo dokładnie w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 lipca 2021 r. analizuje treść oferty odwołującego oraz treść pism odwołującego i uczestnik popiera wszelkie wnioski i stanowisko zamawiającego podniesione w tym względzie.

Uczestnik zaznaczył, że wobec wykazanych niejasności, sprzeczności w oświadczeniach odwołującego oraz w treści samej oferty zaniechanie wezwania przez zamawiającego do udzielania wyjaśnień przez odwołującego stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych. Poza tym, wykazana w odpowiedzi na odwołanie, skala wewnętrznej rozbieżności i niezgodności stanowiska odwołującego, prowadzi również do wniosku, że odwołujący czyni pewne uwagi jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego.

Wskazał ponadto, że mimo że instytucja udzielania wyjaśnień jest uprawnieniem zamawiającego, to jest ono determinowane koniecznością zachowania przez zamawiającego należytej staranności. Zatem mimo dyspozycyjnego charakteru art. 223 ustawy zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Nie może według przystępującego również ulegać wątpliwości, że w ustawie jest wskazany zakaz przekazywania całości zamówienia podwykonawcom. Podzlecenie w formie podwykonawstwa całości zakresu zamówienia jest niedopuszczalne (art. 462 ust. 1 pzp). Możliwość powierzenia całości zamówienia podwykonawcy byłoby sprzeczne z celem postępowania o udzielenie zamówienia, które jest ukierunkowane na wybór rzetelnego i wiarygodnego wykonawcy do realizacji zamówienia. Brak możliwości zlecenia całości zamówienia podwykonawcom, wynika chociażby z literalnego brzmienia art. 462 ust. 1 pzp, który posługuje się tylko sformułowaniem „część” zamówienia, a tym samym interpretacja tego przepisu względem jasnego wyniku wykładni literalnej nie budzi wątpliwości. Nota bene na doniosłość znaczenia wykładni literalnej przepisów wskazał również odwołujący na str. 9 odwołania, określając że wykładania literalna ma kluczowe znaczenie dla sfery zamówień publicznych,

Uczestnik wskazał, że zamawiający ma prawo uzyskać informację o tym jaką część zamówienia i jaki zakres prac zostanie zlecony podwykonawcom, co mu przysługuje wprost na podstawie prawa zamówień publicznych. Wypełnienie wskazanego obowiązku i skorzystanie z tego uprawnienia przez zamawiającego przez określenie w SWZ wymogu wskazana przez wykonawcę w ofercie tych zakresów, umożliwi tym samym zamawiającemu kontrolę i sprawdzenie czy całość przedmiotu zamówienia nie jest dedykowana do realizacji przez podwykonawców.

Odwołujący jako załącznik do odwołania załączył skan pisma, oznaczonego przez odwołującego w odwołaniu jako pismo z dnia 11 maja 2021 r. Załączenie tego pisma tylko w formie skanu, podczas gdy odwołujący powołuje się na jego sporządzenie w formie elektronicznej, budzi uzasadnione wątpliwości. W przypadku sporządzenia pisma w formie elektronicznej, nie występują bowiem żadne przeszkody techniczne do przedłożenia oryginału takiego pisma, Skan pisma uniemożliwia potwierdzenie sporządzenia tego pisma we właściwej formie, czy rzeczywiście zostało podpisane podpisem kwalifikowanym oraz brak jest możliwości weryfikacji prawidłowości złożenia podpisu oraz czasu jego złożenia. Wymaga również zaznaczenia, że wszelkie pozostałe załączniki do odwołania oraz samo odwołanie zostało sporządzone w formie elektronicznej. Załączenie przez odwołującego kopii pisma z dnia 11.05.2021 r., jest i tak bezprzedmiotowe, ponieważ odwołujący zaniechał złożenia jakiegokolwiek odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 maja 2021 r.

Uczestnik w ślad za zamawiający podkreślił, że odwołujący jest pomiotem prowadzącym działalność deweloperską.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. swz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści swz i modyfikacji treści swz oraz oferty odwołującego, wezwania zamawiającego do odwołującego z dnia 27 kwietnia 2021 i odpowiedzi udzielonej w dniu 30 kwietnia 2021, wezwania zamawiającego do odwołującego z dnia 6 maja 2021 i udzielonej w dniu 7 maja 2021 r. odpowiedzi, wezwania z dnia 11 maja 2021, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

IX. Warunki udziału w postępowaniu.

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają niżej określone warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

2) zdolności zawodowej:

wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

a) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał należycie minimum dwie roboty budowlane dotyczące obiektów kubaturowych (obiekt kubaturowy: budynek, któremu można przypisać parametr objętości wyrażony w metrach sześciennych) o wartości co najmniej 3 000 000,00 PLN (słownie złotych: trzy miliony, 00/100) brutto każda;

5. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w ust. 1 pkt 1) i 2) lit. a)-b) niniejszego rozdziału, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach zawodowych lub sytuacji finansowej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie

od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

6. Zamawiający jednocześnie informuje, iż „stosowna sytuacja” o której mowa w ust. 5 niniejszego rozdziału wystąpi wyłącznie w przypadku kiedy:

1) wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów;

2) Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności zawodowe, ich sytuacja finansowa, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

7. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa powyżej w ust. 6 pkt 1, musi potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

8. W zakresie zdolności zawodowej - w odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane do realizacji których te zdolności są wymagane.

IXa. Wykaz podmiotowych środków dowodowych

Zamawiający w pkt. 2) na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał:

b) dotyczących zdolności zawodowej:

i. wykazu robót budowlanych - wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty; wzór wykazu robót stanowi Załącznik nr 3 do SWZ;

Załącznik nr 8 dokumentacja techniczna

W ramach Umowy Wykonawca jest zobowiązany do wykonania:

1.Elementów zagospodarowania terenu –śmietniki, stojaki rowerowe, ławki, ogrodzenie, bramy itp.

2.Rozbiórki nawierzchni drogowych w obrębie II etapu oraz w zakresie drogi dojazdowej od wjazdu na teren inwestycji do budynku oznaczonego nr 106, łącznie z nawierzchnią pomiędzy budynkami 105 i 106- kostka (do ułożenia na paletach) i płyty rozbiórki nadające się do ponownego wykorzystania do przekazania Zamawiającemu.

3.Fundamentu w pom. 0.11 - Zamawiającemu zależy na tym aby jakiegokolwiek drgania budynku i z zewnątrz np. od ruchu samochodowego i tramwajowego, nie przenosiły się na urządzenia postawione na specjalnym stole, który będzie stał na osobnym fundamencie zdylatowanym od podłoża, podkładów i warstw wykończeniowych posadzki.

4.W Budynku nr 1, Pomieszczenia 0.11, 1.20, 0.13, żaluzji zaciemniających powodujących całkowite zaciemnienie pomieszczenia.

5.Żaluzji w pomieszczeniach.

6.Wyposażenia sanitarnego w łazienkach – montaż lusterek, dozowników do mydła, podajników na papier, wieszaki, ścianki hpl, umywalki, muszle itp.

7.Wyposażenia pomieszczeń wykładowych i seminaryjnych oraz pracowni w ekrany, tablice, projektory podwieszane do sufitu

8.Dźwigu jako kompletnego urządzenia jednej firmy – nie dopuszcza się tzw. „składaka”- z okresem dostępności części zamiennych przez 15 lat

9.Przestawienia silosu na trociny z istniejącej stolarni wraz z podłączeniem.

10.Usunięcie karp i korzeni drzew po wycince przeprowadzonej przez Zamawiającego, oraz wykonania nasadzeń zastępczych.

11.Nowego Węzła c.o. w budynku 106 (oznaczonym na planie zagospodarowania) obsługującego budynki 1,2,3, oraz doprowadzenie przewodów c.o. do istniejących dwóch budynków znajdujących się po trasie do Budynku nr 3. Warunkiem koniecznym jest doprowadzenie i uruchomienie ogrzewania do dwóch istniejących budynków przed początkiem sezonu grzewczego 2021/2022 (15.10.2021r).

Wszystkie elementy wyposażenia co do rodzaju uzgodnione z Zamawiającym (Użytkownikiem)

Przedmiotem przetargu nie jest:

1.Rozbiórka budynków na terenie inwestycji.

2.Rozbiórka nawierzchni drogowej i terenów utwardzonych w obrębie wyburzonych dwóch budynków nr 1,2.

3.Wycinka drzew.

4.Wyposażenie meblowe ruchome.

5.Wyposażenie specjalistyczne.

Wyjaśnienia treści siwz z dnia 12 kwietnia 2021 r.

4.Proszę o jednoznaczne wskazanie asortymentu wyposażenia, które należy przewidzieć w ofercie – czy zgodnie z załącznikiem „Załącznik nr ... do SWZ – dodatkowa informacja odnośnie zakresuobjętego przetargiem” należy wycenić wyłącznie wyposażenie sanitarne, ekrany, tablice, projektory oraz żaluzje?

Odpowiedź Zamawiającego: W ofercie należyprzewidzieć wyposażenie zgodnie z zapisami w załączniku: w sanitariatach, zamontować ekrany, tablice, projektory oraz żaluzje.

5.Proszę o podanie niezbędnych parametrów projektorów (EC - PROJEKTOR SUFITOWY), ekranów (EA - EKR/ OPUSZCZANY) i tablic (EB – TABLICA) jeśli są w zakresie oferty. Wyposażenie to wskazane jest w zestawieni wyposażenia specjalnego, które wg „Załącznik nr ... do SWZ – dodatkowa informacja odnośnie zakresuobjętego przetargiem” – wyłączone jest z zakresu razem z wyposażeniem meblowym.

Odpowiedź Zamawiającego:

Parametry wyposażenia:

EC - PROJEKTOR SUFITOWY

Sale dydaktyczne CNT - projektory multimedialne spełniające parametry:

- technologia: Laser&LED;
- rozdzielczość WUXGA (1920x1200) ;
- jasność min. 3000 lm;
- życyjność źródła światła min. 20.000h;
- interfejsy: LAN, HDMI, VGA

Parametry Projektorów do sal seminaryjnych:

- technologia: Leser + 3LCD;
- rozdzielczość min. WUXGA (1920x1200) ;
- jasność min. 8000 lm;
- życyjność źródła światła min. 20.000h;
- interfejsy: LAN, HDMI, VGA

EA - EKRAN OPUSZCZANY

Sale dydaktyczne CNT - ekrany projekcyjne manualne 3m x 2m.

Sale seminaryjne CNT - ekrany projekcyjne elektryczne 3m x 2m.

EB - TABLICA

Tablica spełniająca wymogi magnetyczna i suchocieralna – kolor biały, mocowana do ściany, wymiar 3,0x1,2m, certyfikat do stosowania w budynkach oświatowych, półka w dolnej części .

6. Proszę o podanie niezbędnych do wyceny danych na temat żaluzji w pomieszczeniach zgodnie z informacją zawartą w „Załącznik nr ... do SWZ – dodatkowa informacja odnośnie zakresu objętego przetargiem” – proszę o podanie wymiarów, ilości, parametrów takich jak stopień zaciemnienia, rodzaj materiału, rodzaj sterowania itp.

Odpowiedź Zamawiającego:

Żaluzje zaciemniające ZZ:

1. Szerokość: dopasowane do szerokości fasady

2. Wysokość: 3850 mm

3. Roleta gładka zwijana z materiału typu black out – 100% zaciemnienia

4. Materiały z atestem higienicznym oraz atestem niepalności

5. Montaż za pomocą przykręcanych uchwytów- kaseta pod stropem + prowadnice mocowane do ścian – w celu uzyskania szczelnego zaciemnienia

6. Możliwość regulacji uchwytu montażowego

7. System sterowania: sprężynkowy

8. Przy ścianach bocznych zamontować dodatkowy profil umożliwiający szczelny montaż maskownic – do-stosować do rozwiązań wybranego producenta

9. Montaż: prawy lub lewy , sterowanie elektryczne

Żaluzje ZA: sterowanie ręczne, materiał waga nie mniej niż 205g/m2, 50% zaciemnienia,

Pozostałe parametry zostały podane w zestawieniu i specyfikacji pliku pod nazwą: UMK_BUD1_PW_Z_M_MEBLE

Wyjaśnienia z dnia 16 kwietnia 2021 r.

odpowiedź na pytanie 2:

Odpowiedź Zamawiającego:

Następujące wyposażenie należy uwzględnić wycenie z dokumentów o sygnaturze:

UMK_BUD1_PW_Z_M_MEBLE,

UMK_BUD2_PW_Z_M_MEBLE, UMK_BUD3_PW_Z_M_MEBLE

SD - zlewy gospodarcze,

SE –zlewozmywaki,

ZA, i dodatkowo ZZ –żaluzje,

System identyfikacji wizualnej montowany przy drzwiach

Informację uzupełniającą dla Żaluzji:

Żaluzje zaciemniające ZZ:

1. Szerokość: dopasowane do szerokości fasady

2. Wysokość: 3850 mm

3. Roleta gładka zwijana z materiału typu black out – 100% zaciemnienia

4. Materiały z atestem higienicznym oraz atestem niepalności

5. Montaż za pomocą przykręcanych uchwytów- kaseta pod stropem + prowadnice mocowane do ścian – w celu uzyskania szczelnego zaciemnienia

6. Możliwość regulacji uchwytu montażowego

7. System sterowania: sprężynkowy

8. Przy ścianach bocznych zamontować dodatkowy profil umożliwiający szczelny montaż maskownic – do-stosować do rozwiązań wybranego producenta

9. Montaż: prawy lub lewy , sterowanie elektryczne

Żaluzje ZA: sterowanie ręczne, materiał waga nie mniej niż 205g/m2, 50% zaciemnienia,

Pozostałe parametry zostały podane w zestawieniu i specyfikacji pliku pod nazwą:

UMK_BUD1_PW_Z_M_MEBLE

odpowiedź na pytanie 7

Odpowiedź Zamawiającego:

Parametry wyposażenia:

EA - EKRAN OPUSZCZANY

Sale dydaktyczne CNT - ekrany projekcyjne manualne 3m x 2m.

Sale seminaryjne CNT - ekrany projekcyjne elektryczne 3m x 2m.

EB - TABLICA

Tablica spełniająca wymogi magnetyczna i suchocieralna – kolor biały, mocowana do ściany, wymiar 3,0x1,2m, certyfikat do stosowania w budynkach oświatowych, półka w dolnej części .

Wyjaśnienia z dnia 19 kwietnia 2021 r.

odpowiedź na pytanie 5

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający potwierdza, że w zakres wyceny wchodzi system informacji wizualnej.

Wyjaśnienia z dnia 19 kwietnia 2021 r.

odpowiedź na pytanie 4

Odpowiedź Zamawiającego:

Przekazanie terenu budowy nastąpi z wyciętymi drzewami i wywiezionymi z miejsca przeznaczonego pod inwestycję.

Do wykonawcy należy wykopanie i usunięcie z terenu inwestycji korzeni i karp.

Wyjaśnienia z dnia 19 kwietnia 2021 r.

odpowiedź na pytanie 4

Odpowiedź Zamawiającego:

Projekt gospodarki zielenią sporządzany był na etapie składania wniosku o wycinkę. Nasadzeń należy dokonać zgodnie z Decyzjami (pozwoleniami na wycinkę i wykonaniem nasadzeń zastępczych):

Decyzja BOM.6131.1.2021.JT z dnia 26.02.2021r,

oraz Decyzja BOM.6131.47.2021.JT z dnia 31.03.2021r,

Decyzje są udostępnione w plikach :

pozwolenie na wycinkę i nasadzenia.pdf

pozwolenie na wycinkę i nasadzenia.pdf

BOM.6131.47.2021.JT.pdf (modyfikacja)

BOM.6131.47.2021.JT.pdf (modyfikacja)

Z oferty odwołującego wynika, że złożył on oświadczenie o treści:

11. Roboty objęte zamówieniem zamierzamy:

b) w niżej określonym zakresie powierzyć podwykonawcom:

1. Roboty przygotowawcze i ziemne, roboty izolacyjne, roboty stolarskie, roboty ciesielskie i dekarские, roboty wykończeniowe, roboty zagospodarowania terenu i małej architektury, sieci zewnętrzne, instalacje sanitarne wewnętrzne, instalacje elektryczne i teletechniczne, elektryka zewnętrzna i inne Na dzień składania ofert nie są znane nazwy lub imiona i nazwiska podwykonawców, którym zamierza Wykonawca powierzyć części zamówienia, z wyłączeniem podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Wykonawca w niniejszym postępowaniu, tj. KWK Construction sp. z o. o.

Z zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, że KWK Construction sp. z o. o. stosownie do art. 22a. oraz świadomy (a) solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 22a. ust. 5 ustawy PZP, zobowiązuje się do oddania do dyspozycji Wykonawcy: DANE WYKONAWCY: Nazwa /Imię i nazwisko: KWK Construction Deweloper sp. z o. o. nw. zasobów n potrzeby wykonania zamówienia: poleganie na zdolnościach technicznych (określenie zasobu – poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej) b) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu:1 poleganie na zdolnościach technicznych – roboty budowlane, przy realizacji inwestycji: „Budowa kompleksu budynków Centrum Nauk Technicznych oraz budynku Magazynowo-Warsztatowego wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Okrężnej/Wileńskiej w Toruniu”

c) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego umowa o podwykonawstwo

d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego roboty budowlane przez cały okres realizacji zamówienia

e) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą tak

f) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem umowa o podwykonawstwo

W dniu 6 maja 2021 r. zamawiający wskazał odwołującemu, że W tabeli zamieszczonej w pkt 11 lit. b Formularza ofertowego z dnia 23.04.2021 r., w kolumnie pt. „Części zamówienia, których wykonanie zamierza się powierzyć podwykonawcom” Wykonawca wskazał: „Roboty przygotowawcze i ziemne, roboty izolacyjne, roboty stolarskie, roboty ciesielskie i dekarские, roboty wykończeniowe, roboty zagospodarowania terenu i małej architektury, sieci zewnętrzne, instalacje sanitarne wewnętrzne, instalacje elektryczne i teletechniczne, elektryka zewnętrzna i inne”. Z kolei w kolumnie pt.: „Nazwa i adres podwykonawcy” Wykonawca zawarł następującą treść: „Na dzień składania ofert nie są znane nazwy lub imiona i nazwiska podwykonawców, którym zamierza Wykonawca powierzyć części zamówienia, z wyłączeniem podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Wykonawca w niniejszym postępowaniu, tj. KWK Construction sp. z o. o.”.

Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego – KWK Construction Sp. z o.o., aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, o czym mowa w pkt 5.4.2) lit. a ogłoszenia o zamówieniu/IX.1.2 lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia, zgodnie z którym Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał należycie minimum dwie roboty budowlane dotyczące obiektów kubaturowych (obiekt kubaturowy: budynek, któremu można przypisać parametr objętości wyrażony w metrach sześciennych) o wartości co najmniej 3 000 000,00 PLN (słownie złotych: trzy miliony, 00/100) brutto każda”. Wykonawca złożył wymagany w korespondencji z powyższym Wykaz robót budowlanych z dnia 30.04.2021 r. Jednocześnie, jak wynika z treści Załącznika nr 3 do Formularza ofertowego z dnia 23.04.2021 r. (lit. c i e) z podmiotem udostępniającym zasoby – KWK Construction Sp. z o.o. Wykonawca zawrze umowę o podwykonawstwo i w/w podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu (w zakresie zdolności zawodowej), zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Mając na uwadze przytoczoną powyżej treść wskazał Wykonawcy zawartych w tabeli zamieszczonej w pkt 11 lit. b Formularza ofertowego z dnia 23.04.2021 r., Zamawiający prosił Wykonawcę o wyjaśnienie jakie roboty Wykonawca zamierza powierzyć KWK Construction Sp. z o.o. i czy obejmują one całość robót budowlanych dotyczących obiektów kubaturowych oraz jakie roboty Wykonawca zamierza powierzyć innym podwykonawcom, a także czy części zamówienia, których wykonanie zamierza się powierzyć podwykonawcom obejmują całe zamówienie.

W dniu 7 maja 2021 r. odwołujący odpowiedział:

Wykonawca, KWK Construction Deweloper sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dn. 6.05.2021 wyjaśnia, że zakresem podwykonawstwa KWK Construction sp. z o.o. planuje się objąć całość robót budowlanych w tym także dotyczących obiektów kubaturowych.

Wykonawca nie wyklucza, że na budowę wprowadzeni zostaną przez ww. podwykonawcę dalsi podwykonawcy, przy uwzględnieniu rzecz jasna spełnia przez nich w odpowiednim zakresie (w odniesieniu do zakresu powierzonych robót) warunków udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż ww. podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

W dniu 11 maja 2021 r. zamawiający wezwał do dodatkowych wyjaśnień

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 maja 2021 r. Wykonawca w dniu 7 maja 2021 r. złożył wyjaśnienie, w którym oświadczył, iż, cyt.: „zakresem podwykonawstwa KWK Construction sp. z o.o. planuje się objąć całość robót budowlanych w tym także dotyczących obiektów kubaturowych”.

Powyższe oznacza, iż wszystkie roboty budowlane będą wykonane przez podwykonawcę (ewentualnie również przez dalszych podwykonawców). Roboty budowlane nie stanowią jednak 100% przedmiotu zamówienia pt. „Budowa kompleksu budynków Centrum Nauk Technicznych oraz budynku Magazynowo-Warsztatowego wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Okrężnej/Wileńskiej w Toruniu”.

Zgodnie z załącznikiem II do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65), nie stanowią robót budowlanych takie elementy/części przedmiotu zamówienia, jak np. wykonanie terenów zielonych - trawników, dokonanie nasadzeń drzew i krzewów oraz dostawa wyposażenia pracowni - projektorów i tablic.

W związku z powyższym Zamawiający prosi Wykonawcę o wyjaśnienie, czy Wykonawca zamierza:

- 1) wykonać którąś część zamówienia samodzielnie, własnymi siłami, a jeśli tak, to którą,
- 2) powierzyć podwykonawcy wykonanie całego przedmiotu zamówienia (wszystkich elementów/części przedmiotu zamówienia).

Odwolujący na to wezwanie nie odpowiedział.

Z informacji o wyniku postępowania wynika, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z następującym uzasadnieniem faktycznym:

Uzasadnienie faktyczne:

W toku badania oferty ww. wykonawcy Komisja przetargowa stwierdziła, iż wykonawca w tabeli zamieszczonej w pkt 11 lit. b Formularza ofertowego z dnia 23.04.2021 r., w kolumnie pt. „Części zamówienia, których wykonanie zamierza się powierzyć podwykonawcom” wskazał: „Roboty przygotowawcze i ziemne, roboty izolacyjne, roboty stolarskie, roboty ciesielskie i dekarские, roboty wykończeniowe, roboty zagospodarowania terenu i małej architektury, sieci zewnętrzne, instalacje sanitarne wewnętrzne, instalacje elektryczne i teletechniczne, elektryka zewnętrzna i inne”. Z kolei w kolumnie pt.: „Nazwa i adres podwykonawcy” wykonawca zawarł następującą treść: „Na dzień składania ofert nie są znane nazwy lub imiona i nazwiska podwykonawców, którym zamierza wykonawca powierzyć części zamówienia, z wyłączeniem podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca w niniejszym postępowaniu, tj. KWK Construction sp. z o. o.”.

Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego – KWK Construction Sp. z o.o., aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, o czym mowa w pkt 5.4.2) lit. a ogłoszenia o zamówieniu/IX.1.2 lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia, zgodnie z którym wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał należycie minimum dwie roboty budowlane dotyczące obiektów kubaturowych (obiekt kubaturowy: budynek, któremu można przypisać parametr objętości wyrażony w metrach sześciennych) o wartości co najmniej 3 000 000,00 PLN (słownie złotych: trzy miliony, 00/100) brutto każda”. Wykonawca złożył wymagany w korespondencji z powyższym Wykaz robót budowlanych z dnia 30.04.2021 r. Jednocześnie, jak wynika z treści Załącznika nr 3 do Formularza ofertowego z dnia 23.04.2021 r. (lit. c i e) z podmiotem udostępniającym zasoby – KWK Construction Sp. z o.o. wykonawca zawarł umowę o podwykonawstwo i w/w podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu (w zakresie zdolności zawodowej), zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

W związku z wątpliwościami odnośnie powierzenia całości zamówienia podwykonawcy zamawiający w dniu 06.05.2021 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień jakie roboty wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy - KWK Construction Sp. z o.o. i czy obejmują one całość robót budowlanych dotyczących obiektów kubaturowych oraz jakie roboty Wykonawca zamierza powierzyć innym podwykonawcom, a także czy części zamówienia, których wykonanie zamierza się powierzyć podwykonawcom obejmują całe zamówienie.

W wyjaśnieniach z dnia 07.05.2021 r. wykonawca oświadczył, że „zakresem podwykonawstwa KWK Construction sp. z o.o. planuje się objąć całość robót budowlanych w tym także dotyczących obiektów kubaturowych”. Dodał również iż „Wykonawca nie wyklucza, że na budowę wprowadzeni zostaną przez ww. podwykonawcę dalsi podwykonawcy, przy uwzględnieniu rzecz jasna spełnia przez nich w odpowiednim zakresie (w odniesieniu do zakresu powierzonych robót) warunków udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż ww. podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.”.

W związku z powyższym w dniu 11.05.2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, które miały by jednoznacznie wyjaśnić, czy Wykonawca wykona którąś część zamówienia samodzielnie, własnymi siłami, jeśli tak, to którą, czy też całość zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy.

Wykonawca - KWK Construction Developer Sp. z o.o. – nie udzielił żadnych dodatkowych wyjaśnień, tym samym nie rozwiał wątpliwości zamawiającego odnośnie tego, które (konkretnie i wyczerpująco) części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcy oraz czy całość zamówienia wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy (podwykonawcom). Co należy szczególnie podkreślić, w ocenie zamawiającego powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcy jest niedopuszczalne na gruncie obowiązujących przepisów PZP, za czym przemawia ugruntowany podgląd wyrażony w szeregu orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. w cytowanych poniżej wyrokach (przy czym należy zaznaczyć, że pomimo odniesień do przepisów ustawy PZP z 2004 r. z późn. zm., prezentowane wywody i wnioski zachowują swoją aktualność na gruncie obowiązującej PZP):

Zamawiający na poparcie swojego stanowiska powołał: wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2021 r. KIO 3459/20, wyrok KIO z dnia 27 lutego 2020 r., KIO 299/20.

W związku z powyższym zamawiający uznał, iż wykonawca, na którym to spoczywał ciężar rozwiania wątpliwości i udowodnienia zamawiającemu, które części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy/podwykonawcom w sposób wyczerpujący i konkretny i czy/które części wykona wykonawca, nie przekonał zamawiającego, iż nie powierzy realizacji całego zamówienia podwykonawcy. Mając możliwość przedłożenia wyjaśnień Wykonawca nie podjął żadnej aktywności, ignorując uzasadnione i nie zakwestionowane przez wykonawcę wezwanie. Zamawiający w oparciu o posiadaną wiedzę zdobytą w toku postępowania, na podstawie złożonych przez Wykonawcę dokumentów, uznaje ofertę

za niezgodną z przepisami PZP, w zakresie jakim narusza regulacje dotyczące możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy i odrzuca ofertę wykonawcy.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 462 ust. 1 PZP. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami PZP, a niezgodność w przypadku oferty wykonawcy dotyczy art. 462 ust. 1 PZP, który przewiduje, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Dodatkowo w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zarządził wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom o czym mowa w art. 462 ust. 2 PZP, wobec czego wykonawca był zobowiązany udzielić wyczerpującej i jasnej informacji w w/w zakresie, czego nie uczynił, doprowadzając także w ten sposób do niezgodności oferty z przepisami PZP i konieczności odrzucenia oferty co wynika z art. 226 ust. 3 PZP w zw. z art. 462 ust. 2 PZP.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne, o których mowa w art. 525 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które stanowiłyby podstawę odrzucenia odwołania zgodnie z art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 266 ust. 1 w zw. z art. 462 ust 1, co narusza także art. 17 ust 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i niewłaściwe uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z ustawą, a w szczególności z art. 462 ust. 1, co narusza również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również zasadę przejrzystości postępowania, którego celem powinno być wybranie wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy.

Zarzut potwierdził się. Przede wszystkim Izba wzięła pod uwagę to, że w przypadku gdy zamawiający decyduje się na odrzuceniu odwołania, to na nim ciąży obowiązek wykazania, że zaistniały okoliczności faktyczne nadające się do subsumpcji pod którąś z norm art. 528 ustawy. Zamawiający w spornej sprawie przyjął dwie tezy, że:

1. Przepis art. 462 ust. 1 ustawy zakazuje wykonawcom powierzenia całości zamówienia podwykonawcom

2. Odwołujący powinien zamawiającemu udowodnić, że nie powierzył całości zamówienia podwykonawcom.

Izba zauważa, że przepis art. 462 ust. 1 ustawy jest w swoim brzmieniu tożsamy z art. 36a ust. 1 ustawy z 2004r.

Natomiast przepis art. 462 ust. 2 różni się od art. 36 b ust. 1 ustawy z 2004 r. w następujący sposób:

Aktualne brzmienie przepisu „Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Brzmienie starej ustawy: „Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

Zatem istotna różnica pomiędzy tymi przepisami sprowadza się do zmiany charakteru przepisu z obligatoryjnego na fakultatywny. Dlatego, że w ocenie Izby przepisy te można rozpoznawać także na gruncie dotychczasowego dorobku doktryny i orzecznictwa. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał dwa przykłady orzeczeń z 2020 r. tj. KIO 299/20 i KIO 3459/20 wskazujące na istnienie zakazu powierzenia przez wykonawców całości zakresu zamówienia podwykonawcom. Jednak ta kwestia nie jest jednolicie interpretowana. Można bowiem dostrzec stanowisko Prezesa UZP zawarte w opinii: „Dotyczącej przepisów o podwykonawstwie, obowiązujących od dnia 24 grudnia 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473) Podwykonawstwo – nowelizacja ustawy Pzp z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473), dalej zwanej: „ustawą Pzp”, w której na pytanie nr 2 Czy jest możliwe powierzenie przez wykonawcę realizacji całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom?, Prezes UZP udzielił następującej odpowiedzi „Wykładni przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp należy dokonywać łącznie z przepisem art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. W drugim z ww. przepisów przewidziana została możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia. A zatem, w sytuacji, gdy zamawiający nie skorzysta z ww. uprawnienia, wykonawca będzie mógł powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom.” Tym samym teza pierwsza zamawiającego oparta jest o treść przepisu art. 462 ust. 1 ustawy, który budzi wątpliwości interpretacyjne. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Tym samym, aby zamawiający mógł zastosować tę przesłankę odrzucenia przepis prawa musi być jednoznaczny, pewny i jednolicie wykładany, w przeciwnym bowiem wypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której wykonawcy byłiby różnie traktowani w tej samej sytuacji faktycznej, w zależności od tego do której interpretacji przepisów przychyliłby się dany zamawiający. W ocenie Izby taka sytuacja nie daje się pogodzić z zasadą przejrzystości postępowania. Izba jedynie na marginesie zauważa, że ustawodawca tak obecnie jak i wcześniej nie zdecydował się na wprowadzenie wprost zakazu powierzenia całości zamówienia podwykonawcom, a przepis art. 462 ust. 1 ustawy stanowi o uprawnieniu wykonawcy, a nie o ustanowieniu dla niego zakazu czy obowiązku. Ustawodawca także nie określił minimalnego zakresu zamówienia jaki wykonawca byłby zobligowany pozostawić do samodzielnego wykonania, tym samym praktycznie każda nawet pojedyncza czy nieistotna czynność wykonana samodzielnie przez wykonawcę, będzie powierzeniem jedynie części zamówienia podwykonawcom. Z tego też względu Izba uznała, że zastosowanie sankcji odrzucenia w oparciu o przepis art. 462 ust. 1 ustawy było zbyt daleko idące. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że brak powołania w podstawie prawnej zarzutu art. 462 ust. 2 ustawy czyni zarzut niezasadnym. Izba zwraca uwagę na to, że clou zarzutu stanowi opis okoliczności faktycznych, których zaistnienie w ocenie odwołującego powoduje zasadność odwołania. Odwołujący niewątpliwie te okoliczności przytoczył, a były nimi wadliwe ustalenie przez zamawiającego, że odwołujący nie określił precyzyjnie zakresu podwykonawstwa. Co więcej Izba zauważa, że gdyby zamawiający nie zdecydował się żądać wskazania części zamówienia, to wykonawca nie musiałby tych części wskazać, choćby nawet w rzeczywistości korzystał z podwykonawcy co do całości zamówienia. W ocenie Izby przedmiotem sporu jest zatem ustalenie czy możliwe jest odrzucenie oferty odwołującego, który nie wskazał w sposób jednoznaczny zakresu podwykonawstwa albo takiego, który wskazał zakres podwykonawstwa w sposób budzący wątpliwości zamawiającego. Pomiedzy stronami bezsporne było to, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko roboty budowlane. Niewątpliwie rację ma zamawiający, że odwołujący w ofercie podał „Roboty przygotowawcze i ziemne, roboty izolacyjne, roboty stolarskie, roboty ciesielskie i dekarne, roboty wykończeniowe, roboty zagospodarowania terenu i małej architektury, sieci zewnętrzne, instalacje sanitarne wewnętrzne, instalacje elektryczne i teletechniczne, elektryka zewnętrzna i inne”. Użyte sformułowanie „i inne” mogło się odnosić zarówno do nazwy kolumny, czyli części zamówienia jak i do innych robót. Nie było to pojęcie jednoznacznie wyznaczające zakres podwykonawstwa, jednak nie wynikało z niego, że wykonawca zamierza powierzyć całość zamówienia, zwłaszcza, jeśli odczytywać to oświadczenie przez pryzmat nazwy kolumny, to były to inne części zamówienia, ale nadal części nie całość.

Co więcej zamawiający też nie jednoznacznie sformułował wezwanie z dnia 6 maja 2021 r. prosząc o wyjaśnienie jakie roboty Wykonawca zamierza powierzyć KWK Construction Sp. z o.o. i czy obejmują one całość robót budowlanych

dotyczących obiektów kubaturowych oraz jakie roboty Wykonawca zamierza powierzyć innym podwykonawcom, a także czy części zamówienia, których wykonanie zamierza się powierzyć podwykonawcom obejmują całe zamówienie. Zamawiający wprost pytał o roboty budowlane dotyczące obiektów kubaturowych i o to jakie roboty wykonawca zamierza powierzyć innym podwykonawcom. Zamawiający wprawdzie pytał czy powierzane części zamówienia obejmują całe zamówienie, ale najwyraźniej z odpowiedzi z 7 maja 2021 r. wynika, że odwołujący zrozumiał to pytanie jako pytanie o roboty budowlane powierzane podwykonawcom. Zwłaszcza, że odwołujący na to pytanie odpowiedział „Wykonawca nie wyklucza, że na budowę wprowadzeni zostaną przez ww. podwykonawcę dalsi podwykonawcy, przy uwzględnieniu rzecz jasna spełnia przez nich w odpowiednim zakresie (w odniesieniu do zakresu powierzonych robót) warunków udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż ww. podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia”. W ocenie Izby ta odpowiedź wbrew stanowisku zamawiającego była jednoznaczna, gdyż określała, że zakres powierzonych robót będzie odpowiadał wymaganiom warunków udziału w postępowaniu, a te poza doświadczeniem zawodowym dotyczyły jedynie zdolności finansowej (polisy ubezpieczeniowej) i konkretnych osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Tym samym z odpowiedzi tej zamawiający mógł wyciągnąć wniosek, że podwykonawstwo będzie dotyczyło tylko robót budowlanych, a więc nie będzie obejmowało całości przedmiotu zamówienia. Nadto Izba zauważa, że gdyby przyjąć, że rzeczywiście z art. 462 ust. 1 ustawy wynika zakaz powierzania podwykonawcom całości zamówienia, to aby zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę w oparciu o taką normę, musiałby wykazać wykonawcy, że naruszył on ten zakaz czyli powierzył całość zamówienia podwykonawcy. Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie. Zamawiający miał i ma wątpliwości czy wykonawca wykona część zamówienia sam, czy nie, jednak istnienie wątpliwości nie jest podstawą do przyjęcia istnienia niezgodności z ustawą. W przypadku podstawy prawnej z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy nie ma miejsca na ocenność. Ta przesłanka jest zero – jedynkowa, albo oferta jest zgodna z ustawą, albo jest z nią niezgodna i zamawiający chcąc ją zastosować, nie może mieć jedynie wątpliwości. Przesłanką która daje zamawiającemu pewne miejsce na ocenę jest przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 16 ustawy, ale inny jest też cel tego przepisu. Izba zwraca uwagę, że ustawodawca nie przewidział sankcji odrzucenia oferty z powodu nie złożenia wyjaśnień z art. 223 ust. 1 ustawy, tak jak nie przewidywał tej sankcji w odniesieniu do art. 87 ust. 1 ustawy. W przypadku braku tych wyjaśnień zamawiający musi podjąć decyzję w oparciu o posiadany materiał, co może ale nie musi rodzić negatywne konsekwencje dla wykonawcy. Natomiast w tym przypadku w ocenie Izby ten materiał nie dawał zamawiającemu podstaw do ustalenia, że niewątpliwie odwołujący powierzył całość zamówienia podwykonawcom. Tym samym obie tezy przyjęte przez zamawiającego były nieprawidłowe i w konsekwencji zamawiający wadliwie zastosował normę art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy odrzucając ofertę odwołującego. Tym samym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego. Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 5 ust. pkt. 1 i 2 lit. a i b w związku z par. 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia obciążając kosztami zamawiającego. Izba na podstawie złożonych rachunków i spisu kosztów ustaliła, że odwołujący poniósł koszty wpisu w kwocie 10 000 zł i zastępstwa prawnego w kwocie 3 075zł i taką kwotę nakazała zamawiającemu zwrócić odwołującemu.

Przewodniczący: