Sygn. akt: KIO 2780/21

WYROK

z dnia 13 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Magdalena Grabarczyk
Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2021 r. przez wykonawcę DUCTUS sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg

Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji

Dróg Krajowych i Autostrad w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5A, 60-763 Poznań,

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowe "Kontrakt" sp. z o.o., ul. Szosy Poznańskiej 17, 66-600 Krosno Odrzańskie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego DUCTUS sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski: i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: DUCTUS sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5A, 60-763 Poznań, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Poprawa BRD na przejściach dla pieszych na DK92 w miejscowości Grzegorzew, Brzeźno, Głodno, Węglew, Gozdów, Borysławice Kościelne, Paprotnia, Kłodawa, Kocewia Duża, Czerwonka, Pniewo, Golina, Kawnice, Kościelec", nr referencyjny: O.PO.D-2.2412.52.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23.08.2021 r., nr 2021/BZP 00156821/01.

Pismem z dnia 14.09.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT" sp. o.o.

W dniu 20.09.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy DUCTUS sp. z o.o., ul. Chodkiewicza 3, 63-400 Ostrów Wielkopolski (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 462 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", polegające na dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty wykonawcy, który w punkcie 5 oferty wskazał, iż zamierza całość robót powierzyć podwykonawcom, wskazując przy tym, iż podwykonawcy ci nie są znani na etapie składania ofert, podczas gdy zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, a nie 100%,

2) art. 16 ustawy Pzp, polegające na braku odrzucenia oferty, która zmierza do obejścia przepisów ustawy, nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nie jest przejrzysta,

3) art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT" sp. o.o., podczas gdy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy, a wskazana powyżej oferta narusza art. 462 ust. 1 oraz art. 16 ustawy Pzp i podlega odrzuceniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Wybrany oferent Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT" sp. o.o., (...) składając

ofertę w punkcie 5 wskazał, iż zamierza powierzyć całość robót podwykonawcom. Wskazał przy tym, iż wykonawcy ci nie są znani na etapie składania ofert. Powyższa okoliczność skutkuje tym, iż oferta tego oferenta sprzeczna jest z art. 462 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych i podlega odrzuceniu. (...) Wobec powyższego, słuszny jest podniesiony zarzut, iż doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 3) poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT" sp. o.o. (...)

W orzecznictwie KIO pod rządami przepisu art. 36a ust. 1 p.z.p. z 2004 r., który był odpowiednikiem aktualnie obowiązującego art. 462 ust. 1 p.z.p., został wypracowany pogląd, zgodnie z którym zamawiający może powierzyć podwykonawcom jedynie część zakresu rzeczowego, zaś wyłączona jest możliwość powierzenia całości zamówienia. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT" sp. z o.o.,

2) odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT" sp. z o.o.,

3) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Pismem z dnia 24.09.2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowe "Kontrakt" sp. z o.o., ul. Szosy Poznańskiej 17, 66-600 Krosno Odrzańskie (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba

stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 12.10.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 08.10.2021 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

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

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, który w pkt 5 tejże oferty oświadczył: „ZAMIERZAMY powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: całość robót zamierzamy powierzyć podwykonawcom”.

Analizując ww. oświadczenie przystępującego, należy zwrócić uwagę na treść programu funkcjonalno-użytkowego, w którym jako zakres zamówienia wskazano m.in.:

- wykonanie dokumentacji projektowej oświetlenia dedykowanego wraz z niezbędnymi uzgodnieniami składającej się z:

  a) Dokumentacji technicznej w formie projektu budowlanego branży elektrycznej i drogowej oraz innych wynikających z opracowania,

  b) Projektu Stałej Organizacji Ruchu uwzględniającego strefy przejściowe istniejące i projektowane,

  c) Projektu Czasowej Organizacji Ruchu na czas budowy,

- uzyskanie w imieniu zamawiającego niezbędnych uzgodnień, opinii, decyzji i pozwoleń wymaganych do prawidłowego wykonania zadania:

  a) uzgodnienie z zarządcami dróg podporządkowanych (jeżeli są wymagane),

  b) zaświadczenia o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu wobec zgłoszenia robót budowlanych.

- realizację robót budowlanych z wszystkimi robotami towarzyszącymi wynikającymi z opracowanej i uzgodnionej dokumentacji projektowej.

Z kolei jako zakres prac projektowych wskazano opracowanie:

- dokumentacji technicznej w formie projektu budowlanego i/lub wykonawczego,
- materiałów do zgłoszenia zgodnie z ustawą Prawo Budowlane z 7 lipca1994,
- projektu zasilania,
- projektu oświetlenia dedykowanego przejścia dla pieszych,
- projektu czasowej i stałej organizacji ruchu,
- technologii naprawy naruszanych nawierzchni,
- uzyskanie niezbędnych warunków, opinii, uzgodnień dokumentacji projektowej oraz decyzji administracyjnych,
- przedmiaru robót,
- dokumentacji powykonawczej.

Z treści PFU wynika zatem, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno wykonanie robót budowlanych, jak i wykonanie dokumentacji projektowej.

Przystępujący wskazał w ofercie, że zamierza powierzyć podwykonawcom „całość robót". Użyte przez przystępującego słowo „robót" należy zatem rozumieć w ten sposób, że zamierza on powierzyć podwykonawcom tę część zamówienia, która obejmuje roboty budowlane. Nie ma natomiast podstaw, by uznać, że używając ww. słowa przystępujący miał na myśli wszystkie elementy wchodzące w zakres zamówienia, nie tylko roboty. Taka interpretacja odwołującego nie ma oparcia ani w literalnym brzmieniu oświadczenia zawartego w ofercie przystępującego, ani w żadnym innym dokumencie.

Oznacza to, że w stanie faktycznym sprawy nie można stwierdzić, że zamiarem przystępującego jest powierzenie całości zamówienia podwykonawcom, gdyż jak wskazano już wyżej - jego oświadczenie dotyczy wyłącznie tej części zamówienia, która obejmuje roboty budowlane. Przystępujący zamierza zatem powierzyć podwykonawcom część zamówienia, a nie jego całość. Wobec tak ustalonego stanu faktycznego, odwołanie podlegało oddaleniu.

Już tylko na marginesie, odnosząc się do dodatkowych argumentów odwołującego podniesionych na rozprawie, należy zauważyć, że wystąpienie ewentualnych niejasności w treści oferty obliguje zamawiającego do ich wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś do automatycznego odrzucenia oferty (przy czym, w ocenie Izby, w niniejszej sprawie żadne niejasności nie mają miejsca), a ponadto zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z innych przyczyn niż treść oświadczenia zawartego w pkt 5 jego oferty, nie został sformułowany w odwołaniu, co w świetle art. 555 ustawy Pzp, powoduje, że nie podlega on rozpoznaniu.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący .....