

Sygn. akt: KIO 1388/23

WYROK

z dnia 2 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Anna Kuszel-Kowalczyk

Małgorzata Rakowska

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2023 r. przez wykonawcę Marco Service Sp. z o.o., ul. Bytomska 15, 70-603 Szczecin w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Komendę Portu Wojennego w Świnoujściu, ul. Steyera 28, 72-600 Szczecin

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Marco Service Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Marco Service Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie,
 - 2.2 zasądza od Marco Service Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie na rzecz Skarbu Państwa - Komendy Portu Wojennego w Świnoujściu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Skarb Państwa - Komendę Portu Wojennego w Świnoujściu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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:

Sygn. akt: KIO 1388/23

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa - Komenda Portu Wojennego w Świnoujściu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Naprawa dokowa jednostek pływających MW” w podziale na Części: Część 1 – Naprawa dokowa M-12, Część 2 – Naprawa dokowa M-21, Część 3 – Naprawa dokowa B-11, Część 4 – Naprawa dokowa Z-8. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 listopada 2022 r. pod numerem 2022/S 223-637796.

W dniu 18 maja 2023 r. wykonawca Marco Service Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w Części 3 zamówienia i wybór oferty Stoczni remontowej „Nauta” S.A., w szczególności:

1. odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp,
2. nieuznanie wyjaśnień Odwołującego złożonych w dniu 19 kwietnia 2023 r. w trybie art.

223 ust. 1 ustawy Pzp złożonych na wezwanie Zamawiającego, pomimo złożenia ich zgodnie z prawem oraz pomimo, że stanowiły one doszczegółowienie informacji zawartych w formularzu stanowiącym załącznik do oferty,

3. uznanie za najkorzystniejszą i wybór Stoczni Remontowej „Nauta” S.A. w Części 3

zamówienia, w sytuacji, w której oferta Odwołującego uzyskała najwięcej punktów i została najwyżej oceniona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez przyjęcie, że oferta Wykonawcy była sprzeczna z ustawą, podczas gdy przepis art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako „Naprawa dokowa jednostek pływających MW” i tak określony przedmiot zamówienia stanowi całość zamówienia, podzielony na części przez Zamawiającego, co oznacza, że nawet w przypadku, gdyby Wykonawca zamierzał powierzyć podwykonawcy całą część nr 3 (co nie miało miejsca, jak wskazał Wykonawca w wyjaśnieniu z dnia 19 kwietnia 2023 r.), to nie stanowiłaby ona całości zamówienia, a zatem nawet wówczas oferta nie pozostawałaby w sprzeczności z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp;
2. naruszenie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp przez przyjęcie, że oświadczenie Wykonawcy co do podwykonawców może stanowić podstawę do odrzucenia oferty, podczas gdy przepis ten stanowi podstawę prawną do zaangażowania podwykonawców i odnosi się do faktycznego powierzenia wykonywania prac, a nie do treści oferty, wskazanie podwykonawców w treści oferty ma wyłącznie charakter informacyjny, stanowi informację wtórną, fakultatywną, a przepisy ustawy Pzp nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców;
3. naruszenie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp przez uznanie, że Odwołujący złożył

oświadczenie, że powierzy całość zamówienia podwykonawcy, podczas gdy

Wykonawca wypełnił formularz sporządzony przez Zamawiającego w sposób wynikający z treści tego formularza oraz SWZ, w szczególności zgodnie z definicjami „części” zamówienia przyjętymi przez SWZ oraz na wezwanie Zamawiającego wyraźnie doprecyzował, że w ramach części nr 3 zamówienia Odwołujący zamierza powierzyć wykonanie wyłącznie pkt 9, ppkt 6 z pozycji z Wykazu Prac Naprawczych, a zatem na moment rozstrzygnięcia zamówienia było jednoznacznie wiadomo, że Wykonawca nie zamierza powierzać całości zamówienia podwykonawcy, nawet gdyby interpretować część nr 3 jako całość zamówienia, co w ocenie Odwołującego, nie miało miejsca;

4. naruszenie art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 i 16 pkt 2 ustawy Pzp przez uznanie, że oferta Odwołującego zawierała informację, że całość części nr 3 zamówienia Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy, podczas gdy oferta sporządzona została zgodnie z wymogami Zamawiającego (SWZ Rozdział III pkt 17 oraz Załącznik nr 8), który nakazywał wyłącznie wskazanie, w których „częściach” zamówienia (zamówienie dzielone na część 1, część 2, część 3 i część 4) będzie uczestniczył podwykonawca oraz na formularzu Zamawiającego, który nie przewidywał wskazania zakresu prac czy elementów części, a jedynie „części” zamówienia, które miałyby być wykonywane przez Wykonawcę;
5. naruszenie art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 i 16 pkt 2 ustawy Pzp przez uznanie, że Zamawiający żądał na etapie składania ofert wskazania „zakresu” z każdej z „części” zamówienia, jaki zamierza powierzyć podwykonawcy, podczas gdy treść SWZ (Rozdział III pkt 17 oraz Załącznik nr 8) wyraźnie wskazuje, że Zamawiający na etapie składania oferty żądał wyłącznie wskazania „części” zamówienia (zamówienie dzielone na część nr 1, 2, 3 i 4), w jakiej ma uczestniczyć podwykonawca, a w konsekwencji wyodrębnienia przez Zamawiającego części przedmiotu zamówienia, Wykonawca nie miał podstaw do przyjęcia, że w formularzu nr 8, pomimo jego jednoznacznej treści oraz pomimo konsekwentnego posługiwania się przez

Zamawiającego pojęciem „części” zamówienia, chodzi o inne części niż jednoznacznie wyodrębnił Zamawiający (część nr 1, 2, 3, 4);

6. naruszenie art. 16 pkt 2 ustawy Pzp przez stworzenie nieprzejrzystej treści SWZ oraz załącznika nr 8 do postępowania i w konsekwencji błędną interpretację postanowień SWZ przez uznanie, że w przypadku zamówienia dzielonego na „części” (część 1, 2, 3, 4) Wykonawca miał obowiązek na podstawie Rozdziału III pkt 17 SWZ wskazywania „części” oraz „zakresu” zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcy w załączniku nr 8 wraz z ofertą, podczas gdy postanowienia SWZ, a w szczególności Rozdziału III pkt 17 SWZ, jak i treść załącznika nr 8, a także używanie zwrotu „części” w dokumentacji postępowania jako określenie jednego (lub więcej) zadań składających się na przedmiot zamówienia, wskazuje jednoznacznie, że słowo „części” oznaczało wyłącznie jedno z zadań objętych zamówieniem, a nie „zakres” prac w ramach konkretnej „części”;
7. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na uznanie, że wezwanie do złożenia wyjaśnień, które złożył Zamawiający było nieuprawnione, podczas gdy w związku z brzmieniem Rozdziału III pkt 17 SWZ oraz treści załącznika nr 8, wezwanie to było uzasadnione i nie prowadziło do zmiany treści oferty;
8. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez uznanie, że wyjaśnienia oferty przedstawione przez Odwołującego złożone 19 kwietnia 2023 r. zmieniały treść oferty, podczas gdy stanowiły one wyjaśnienia dla żądania Zamawiającego, który w SWZ wyraźnie wskazywał, że żąda wyłącznie wskazania „części” zamówienia (zamówienie dzielone na część 1, 2, 3, 4), w których ma uczestniczyć podwykonawca, a nie „zakresu” poszczegółnej „części” zamówienia, a właśnie dopiero wezwanie Zamawiającego dotyczyło „zakresu” podwykonawstwa;
9. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez uznanie, że wyjaśnienia oferty przedstawione przez Odwołującego złożone w dniu 19 kwietnia 2023 r. zmieniały treść oferty, podczas gdy w przypadku braku zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania oferty, jakkolwiek zmiana podwykonawcy zarówno co do jego osoby, jak i zakresu, nie stanowi zmiany lub uzupełnienia oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Stoczni Remontowej „Nauta” S.A. w zakresie części 3 zamówienia jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 3 zamówienia,
3. przeprowadzenie ponownej oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego argumentował, że Zamawiający prowadził jedno postępowanie, które zostało podzielone na niezależne części zamówienia:

Część nr 1 – Naprawa dokowa M-12,

Część nr 2 – Naprawa dokowa M-21,

Część nr 3 – Naprawa dokowa B-11,

Część nr 4 – Naprawa dokowa Z-8.

Jak podał Odwołujący, za każdym razem, gdy w SWZ Zamawiający wskazywał na „część” zamówienia, wyraźnie dotyczyło to jednego z ww. zadań. Odwołujący zauważył, że Zamawiający wyraźnie wskazywał na odrębne terminy wykonania dla każdej z „części”, kryteria oceny ofert każdej z „części”, osobne wadium dla każdej z „części” itd. Z powyższego Odwołujący wywodził, że za każdym razem, gdy Zamawiający stosował w SWZ lub załącznikach do nich pojęcia „części” odnosiło się to do jednego z zadań objętych zamówieniem, tj. części 1, 2, 3 lub 4.

Zdaniem Odwołującego, niezasadnym jest twierdzenie, że na etapie składania ofert wykonawca musiał przedstawić więcej informacji niż Zamawiający wymaga. Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienie Rozdziału III pkt 17 SWZ. W ocenie Odwołującego, wykładnia językowa ww. postanowień jest oczywista, zamówienie to całość postępowania, część zamówienia to część nr 1, 2, 3, 4. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający żądał na etapie oceny ofert wyłącznie wskazania, w której z „części zamówienia” (tj. części 1, 2, 3, 4) będzie występować podwykonawca, a nie wymagał wskazania „zakresu”, który miałby zostać powierzony podwykonawcy w ramach którejś z części. Odwołujący wskazał, że na podobną okoliczność wskazuje treść załącznika nr 8, gdzie pojęcie „części” konsekwentnie używane jest w odniesieniu do części nr 1, 2, 3, 4 wyodrębnionych przez Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że wykładnia postanowień SWZ w kontekście tego, że zamówienie jest podzielone na części musi być jednoznaczna, co pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący prawidłowo wypełnił załącznik nr 8 do SWZ, a jednocześnie nie zadeklarował, że całość zadania (części) nr 3 wykona podwykonawca, a jedynie zadeklarował, że w wykonaniu części 3 będzie uczestniczył podwykonawca. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający interpretował to w identyczny sposób, stąd skierował wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Dopiero wtedy Zamawiający zażądał wskazania „zakresu” prac w ramach danej „części zamówienia”, jaki Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy. Odwołujący podał, że na tym etapie Odwołujący nie miał podstaw ani też technicznych możliwości do wskazywania „podczęści” czyli konkretnego zakresu prac, które zamierza powierzyć podwykonawcy.

W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił wyjaśnienia, tj. wskazanie konkretnego zakresu prac w ramach części 3 zamówienia wyraźnie wskazując, że nie zamierza powierzyć całości tej części zamówienia podwykonawcy, lecz tylko konkretne zadania. Jak zaznaczył Odwołujący, na moment rozstrzygnięcia jednoznaczne było, że Odwołujący nie zamierza powierzyć całości zamówienia podwykonawcom. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, uznanie, że Odwołujący w całości powierza wykonanie części 3 zamówienia jest niezasadne, a tym samym, odrzucenie oferty Odwołującego stało w sprzeczności z prawem.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że wezwanie było sprzeczne z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż doprowadziło do zmiany oferty. Odwołujący stwierdził, że nie zmienił ani nie zmodyfikował oferty, ani też jej nie uzupełnił. Oferta Odwołującego odpowiadała wymogom Zamawiającego, który w SWZ żądał wyłącznie wskazania, w której części zamówienia będą występować podwykonawcy. Odwołujący wskazał, w której z trzech części zamówienia, do których się zgłosił, zamierza skorzystać z usług podwykonawcy.

Odwołujący zaprzeczył twierdzeniu, że wskazał, iż całość części 3 zamówienia wykona podwykonawca. Odwołujący zauważył, że na etapie składania ofert Zamawiający nie umożliwił wskazania zakresu prac, który wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, nie było to również wymagane przez Zamawiającego na etapie składania ofert. Zamawiający w SWZ oraz załączniku nr 8 odnosił się wyłącznie do części zamówienia (tj. część 1, 2, 3, 4), a nie do zakresu prac, stąd Odwołujący wyłącznie tę okoliczność wskazał.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wymagają kwestie, które są niejasne i nieoczywiste. Odwołujący przyjął, że skoro Zamawiający zwrócił się z zapytaniem i prośbą o wyjaśnienie treści załącznika nr 8, to niejako przyznał, że treść tego dokumentu, jak i treść SWZ, budzą wątpliwości. Odwołujący podkreślił, że w całej SWZ Zamawiający posługiwał się pojęciem „części” bez żadnego wyróżnienia i odnosił słowo „części” do poszczególnych zadań, tj. części nr 1, 2, 3 lub 4. W opinii Odwołującego, wzywając do wyjaśnień Zamawiający dostrzegł niespójności i wątpliwości co do treści dokumentów postępowania.

Odwołujący stwierdził, że złożenie wyjaśnień nie zmieniło w żaden sposób oferty Odwołującego. Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia dotyczyły tej samej części zamówienia i stanowiły wyłącznie doprecyzowanie kwestii, których

Zamawiający nie żądał w dokumentach przetargowych. Odwołujący zaznaczył, że w SWZ Rozdział III pkt 17 Zamawiający wyraźnie żądał określenia, w jakiej części zamówienia będzie uczestniczyć podwykonawca. Załącznik nr 8 był skonstruowany w taki sposób, że najpierw były wymienione konkretne części

zamówienia (w znaczeniu części 1, 2, 3 i 4), a następnie należało wskazać części, w ramach których są zatrudniani podwykonawcy. Odwołujący podniósł, że podstawowa logika takiego dokumentu powinna być jednoznaczna, tj. Zamawiający żądał przedstawienia wyłącznie informacji o części, którą sam w tym dokumencie wymienił. Zdaniem Odwołującego, brak było podstaw do odmiennej interpretacji, gdyż Zamawiający nie wprowadził żadnej innej definicji „części”. Jak podał Odwołujący, zgodnie z doktryną, dokument ten informuje wyłącznie o zamierzeniach Wykonawcy i w przypadku braku zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia (Rozdział III pkt 15 SWZ) ma walor wyłącznie informacyjny, co zezwala na jego późniejszą modyfikację oraz nie przesądza o tym, że zamówienie zostanie wykonane w dany sposób.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść pisma Zamawiającego z 12 kwietnia 2023 r., w którym Zamawiający poprosił o wskazanie zakresu prac powierzonego podwykonawcom. Odwołujący zaznaczył, że w tym momencie po raz pierwszy Zamawiający zażądał wskazania „zakresu prac”, jaki zostanie powierzony podwykonawcy, dopiero w tym dokumencie Zamawiający dostrzegł i wyraźnie wyróżnił pojęcie „zakres prac” od „części”. Jak zauważył Odwołujący, odpowiadając na pytanie Zamawiającego, Odwołujący na tym etapie postępowania w piśmie z 19 kwietnia 2023 r. wskazał dokładnie i wyraźnie, jaki „zakres prac” zamierza powierzyć podwykonawcom w ramach „części”, o którą wcześniej wyłącznie pytał Zamawiający.

W ocenie Odwołującego, mając powyższe na uwadze, należy uznać, że zarówno wniosek o udzielenie wyjaśnień, jak też odpowiedź Odwołującego nie prowadziły do zmiany oferty lub jej uzupełnienia, gdyż taka sytuacja mogłaby mieć miejsce, gdyby Zamawiający zażądał na etapie składania ofert informacji o zakresie prac, które w ramach danej części mają wykonać podwykonawcy, a jako że Zamawiający tego nie uczynił, wyłączną rzeczą, jaką zrobił Odwołujący, było udzielenie wyjaśnień przez doprecyzowanie na pierwsze żądanie Zamawiającego, jaki zakres prac w ramach części 3 wykonają podwykonawcy. Jak zaznaczył Odwołujący, przez rozstrzygnięciem Zamawiającego, dzięki wyjaśnieniom Odwołującego, wiedział, że ten zamierza powierzyć wykonanie wyłącznie pkt 9 ppkt 6 z pozycji z Wykazu Prac Naprawczych.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2022 r., sygn. akt KIO 2340/22, jak również stanowisko wyrażone w doktrynie, zgodnie z którym, informacje udzielone przez wykonawcę w zakresie podwykonawstwa dotyczą jedynie jego zamierzeń, jak również umożliwiono wykonawcom dokonanie modyfikacji deklaracji w zakresie podwykonawstwa. Zgodnie z tym stanowiskiem, wykonawcy zgodnie z art. 462 ust. 7 ustawy Pzp mogą wskazać innych podwykonawców, zrezygnować z podwykonawców, wskazać inny zakres podwykonawstwa, wykonać zamówienie przy pomocy podwykonawców, pomimo

niewskazania w postępowaniu żadnej części zamówienia przeznaczonej do wykonania w ramach podwykonawstwa. Odwołujący stwierdził, że zmiany w tym zakresie przy braku obowiązku osobistego wykonania zamówienia nie stanowią zmiany treści oferty, a zatem wyjaśnienia poczynione w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za zgodne z prawem. W przekonaniu Odwołującego, jakakolwiek zmiana w tej materii nie może być uznana za zmianę treści oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w SWZ używa słowa „części” 53 razy. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie stworzył słowniczka, ani nie ustanowił definicji tego słowa, jednak w SWZ za każdy razem słowo „część” oznaczało jedną z 4 części, na które zostało podzielone zamówienie. Zdaniem Odwołującego, brak jest przesłanek, by słowo „część” interpretować inaczej, jako „zakres prac”. Dodatkowo, załącznik nr 8 nie wskazywał, by określić szczegółowo „zakres prac podwykonawcy”. W ocenie Odwołującego, Zamawiający inaczej rozumując pojęcie „części zamówienia” w zakresie ograniczonym do podwykonawców sprawił, że postępowanie stało się nieprzejrzyste.

Odwołujący podniósł, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający przerzucił na wykonawcę odpowiedzialność za niedokładne określenia w dokumentacji. Ta niedokładność mogła wynikać wyłącznie z rozbieżności woli Zamawiającego z treścią dokumentów, gdyż treść dokumentów była na tyle jasna, że żaden podmiot nie zadał w tym aspekcie pytania. Zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw do twierdzenia, że w sytuacji, gdy w SWZ ponad 50 razy padało słowo „części” i ma ono jednoznaczne znaczenie, to że ta kwestia budziła i powinna budzić jakiegokolwiek wątpliwości. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Najwyższego z 4 lipca 2019 r., sygn. akt IV CSK 363/18, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie, sygn. akt VIII Ga 102/18, wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17. Odwołujący stwierdził, że jeżeli w przedmiotowym postępowaniu zaistniała niezgodność/wątpliwość, czemu Odwołujący zaprzecza, to nie jest ona niewątpliwa i została spowodowana przez nieprecyzyjne określenia używane przez Zamawiającego, a tym samym Odwołujący nie może zostać obciążony negatywnymi skutkami nieprzejrzystego określenia warunków zamówienia, w tym SWZ, przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest „Naprawa dokowa jednostek pływających MW” z podziałem na części:

Część nr 1 – Naprawa dokowa M-12

Część nr 2 – Naprawa dokowa M-21

Część 3 – Naprawa dokowa B-11

Część 4 – Naprawa dokowa Z-8" (Rozdział III pkt 1 SWZ).

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 15 SWZ, Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zadań (art. 60 i art. 121 ustawy Pzp). Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (Rozdział III pkt 16 SWZ). Zamawiający wymagał, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców – załącznik nr 8 do SWZ (Rozdział III pkt 17 SWZ).

W Rozdziale XIII pkt 8 ppkt 3 SWZ Zamawiający zobowiązał wykonawcę, aby przed podpisaniem umowy dostarczył wykaz części prac powierzonych podwykonawcy zgodnie ze wzorem załącznika nr 8 do SWZ – w przypadku, gdy wykonawca wskaże w Formularzu ofertowym uczestnictwo podwykonawcy.

Izba ustaliła ponadto, że w pkt 7 Formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ) wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenie o treści:

„W wykonaniu zamówienia uczestniczą/nie uczestniczą* podwykonawcy (poddostawcy), którym powierzymy wykonanie części umowy.

(nazwa podmiotu)

Podwykonawcy zostaną powierzone poniższe części zamówienia:

Wskazany w Rozdziale XIII pkt 8 ppkt 3 SWZ załącznik nr 8 do SWZ został zatytułowany „Wykaz części prac powierzonych podwykonawcy”.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący złożył ofertę na część 1, 2, i 3 zamówienia. W Formularzu ofertowym w pkt 7 Odwołujący oświadczył, że w wykonaniu zamówienia uczestniczą podwykonawcy, którym wykonawca powierzy wykonanie części umowy. Jako podwykonawcę Odwołujący wskazał NET MARINE-Marine Power Service Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie. Odwołujący złożył oświadczenie, że „Podwykonawcy zostaną powierzone poniższe części zamówienia: Część nr 3 – „Naprawa dokowa B 11”.

Do oferty Odwołujący dołączył Załącznik nr 8 do SWZ „Wykaz części prac powierzonych podwykonawcy” wskazując:

„Przystępując do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na:

Część nr 1 – „Naprawa dokowa M-12”

Część nr 2 – „Naprawa dokowa M-21”

Część nr 3 – Naprawa dokowa B-11”

Składamy wykaz części prac powierzonych podwykonawcy.”

W tabeli w kolumnie „Wykaz części zamówienia, których wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy” Odwołujący wskazał: „Część nr 3 – „Naprawa dokowa B-11”.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2023 r. działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o informację, jaki zakres prac w przedmiocie zamówienia – Naprawa dokowa B-11 zostanie powierzony podwykonawcy. Zamawiający zaznaczył przy tym, że niedopuszczalnym jest powierzenie całości prac (100%) w danym zadaniu, tj. Naprawa dokowa B-11.

Odpowiadając na ww. wezwanie w piśmie z dnia 19 kwietnia 2023 r. Odwołujący oświadczył, że „zakres prac w przedmiocie zamówienia – Naprawa dokowa B-11 – powierzony Podwykonawcy – obejmuje następujące pozycje Wykazu Prac Naprawczych:

- punkt 9, podpunkt 6 – zamontowanie układu kontrolno-pomiarowego poziomu cieczy, gęstości oraz temperatury w zbiornikach paliwa. Konserwacja zbiorników.”.

W dniu 11 maja 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 1 i 2, oraz o wyborze oferty Stoczni Remontowej „NAUTA” S.A. w części 3. Zamawiający podał, że w zakresie części nr 3 oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jako niezgodna z przepisami ustawy ze względu na powierzenie przez Odwołującego wykonania całości zamówienia podwykonawcy oraz następczą zmianę

oferty. Zamawiający argumentował, że z treści Formularza ofertowego wynika, że zakres planowanego przez

Odwolującego podwykonawstwa pokrywa się dokładnie z zakresem zamówienia (część nr 3). Zdaniem Zamawiającego, treść oświadczenia Odwołującego w sposób jednoznaczny wskazuje, że Odwołujący zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy całe zamówienie publiczne, co jest niezgodne z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że zgodnie z najnowszym orzecznictwem KIO, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, wystąpienie przez Zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdowało podstaw prawnych. W ocenie KIO wyrażonej w wyroku z 14 marca 2023 r., sygn. akt KIO 539/23 czynność taka jest nieuprawniona. Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na fakt, że ww. wyrok, który zapadł w analogicznym stanie faktycznym, został wydany już w czasie trwania postępowania, Zamawiający nie miał obiektywnej możliwości zapoznania się z najnowszym orzecznictwem, które nie dopuszcza możliwości wezwania do wyjaśnień w zakresie części zamówienia powierzonych podwykonawcy. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że instytucja wezwania do złożenia wyjaśnień umożliwia Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, przy czym skierowane do Wykonawcy wezwanie nie może służyć jej uzupełnieniu czy zmianie, a właśnie taka sytuacja, według Zamawiającego, zaistniała w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego była zgodna z przepisami ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w sytuacji podziału zamówienia na części, czy umożliwienia wykonawcom składania ofert częściowych, jak miało to miejsce w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, poszczególne części zamówienia stają się odrębnie kontraktowanymi i finansowanymi zamówieniami, które łączy jedynie ten sam przedmiot oraz wszczęcie procedury. W stosunku do każdej z takich części Zamawiający osobno formułuje wymagania formalne, jakie zobowiązani są spełnić wykonawcy ubiegający się o zamówienie, odrębnie dla każdej części dokonuje czynności badania i oceny ofert, badania podstaw wykluczenia wykonawców, spełniania warunków udziału w postępowaniu, określa kwotę wadium dla każdej części, dla każdej z części odrębnie bada też podstawy unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że przewidzianą w art. 462 ustawy Pzp możliwość powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcy należy interpretować jako umożliwienie wykonywania pewnego zakresu przedmiotu zamówienia bezpośrednio przez inny podmiot niż wykonawca, z którym zamawiający zawiera umowę. Wykonawcy, zobowiązani przez zamawiającego w dokumentach zamówienia do wskazania w

ofercie, które części zamierzają powierzyć podwykonawcom, określają je przedmiotowo, wskazując na zakres, element zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący, jako profesjonalista funkcjonujący na rynku, ubiegający się o zamówienie publiczne, zobowiązany był, z uwagi na wymogi dokumentów postępowania, do określenia zakresu zamówienia, jaki zamierza powierzyć podwykonawcy.

W ocenie Izby, dokumenty zamówienia oddają w sposób prawidłowy, zgodny z ustawą Pzp, intencje Zamawiającego oraz ustawodawcy. W Rozdziale XIII pkt 8 ppkt 3 SWZ Zamawiający wskazał na „Wykaz części prac powierzonych podwykonawcy”. Taki tytuł nadał Zamawiający załącznikowi nr 8 do SWZ. Czytelność tych dokumentów potwierdza okoliczność, że ubiegający się o to samo zamówienie wykonawca PGZ Stocznia Wojenna Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni złożył prawidłowe oświadczenie w tym przedmiocie – w pkt 7 Formularza ofertowego wykonawca ten wskazał, że w ramach części nr 3 (B-11) powierzy podwykonawcy montaż układu kontrolno-pomiarowego poziomu cieczy, gęstości i temperatury w zbiornikach.

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że złożone przez Odwołującego w Formularzu ofertowym oświadczenie o powierzeniu podwykonawcy wykonania zamówienia w postaci części nr 3, powtórzone w załączniku nr 8 do SWZ, jest niezgodne z dyspozycją art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Ww. niezgodność wypełnia przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako sprzecznej z treścią ustawy.

Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego nie stanowi naruszenia art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Jak wskazano powyżej, w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wypełnił wymagań zamawiającego określonych w SWZ w sposób prawidłowy.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż wystosowane przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do wyjaśnień było nieuprawnione. Zmiana pierwotnej deklaracji o powierzeniu zamówienia (części nr 3) podwykonawcy, złożonej przez Odwołującego w ofercie, zawężająca zakres podwykonawstwa, stanowiła niedozwoloną zmianę treści oferty.

Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego zasady przejrzystości postępowania (art. 16 ust. 2 ustawy Pzp).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. W takiej sytuacji Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W świetle powyższych regulacji, Izba nakazała Odwołującemu zapłatę na rzecz Zamawiającego kwoty 3 600 zł poniesionych przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: