

sygn. akt: KIO 3527/24

WYROK

Warszawa, 14 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 września 2024 r. przez wykonawcę Maldrobud sp. z o.o. sp.k. w Myśliborzu, ul. Królewiecka 43; 74-300 Myślibórz, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, Al. Niepodległości 32; 65-042 Zielona Góra,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 2, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy odwołującego Maldrobud sp. z o.o. sp.k. w Myśliborzu, ul. Królewiecka 43; 74-300 Myślibórz w ramach zadania nr 2, ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, Al. Niepodległości 32; 65-042 Zielona Góra i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Maldrobud sp. z o.o. sp.k. w Myśliborzu, ul. Królewiecka 43; 74-300 Myślibórz, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 777 zł 91 gr (słownie: cztery tysiące siedemset siedemdziesiąt siedem złotych dziewięćdziesiąt jeden groszy) poniesioną przez wykonawcę Maldrobud sp. z o.o. sp.k. w Myśliborzu, ul. Królewiecka 43; 74-300 Myślibórz, tytułem wynagrodzenia

pełnomocnika, dojazdu na rozprawę, noclegu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,

- 2.2. zasądza od zamawiającego Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze, Al. Niepodległości 32; 65-042 Zielona Góra na rzecz wykonawcy Maldrobud sp. z o.o. sp.k. w Myśliborzu, ul. Królewiecka 43; 74-300 Myślibórz łączną

kwotę 19 777 zł 91 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt siedem złotych i dziewięćdziesiąt jeden groszy) poniesioną przez wykonawcę Maldrobud sp. z o.o. sp.k. w Myśliborzu, ul. Królewiecka 43; 74-300 Myślibórz, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego zawierającą koszty wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę, noclegu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

sygn. akt: KIO 3527/24

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Lubuskie - prowadzący postępowanie Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze w sezonie 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027: Zadanie 1 – Obwód Drogowy Drezdenko, Zadanie 2 – Obwód Drogowy Kłodawa, Zadanie 3 – Obwód Drogowy Ośno Lubuskie, Zadanie 4 – Obwód Drogowy Sulęcín”.

27 września 2024 roku, wykonawca Maldrobud sp. z o.o. sp.k. w Myśliborzu (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechań zamawiającego, w procesie badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, polegających na:

- nieprawidłowym i bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującego, na skutek nieuprawnionego uznania, że odwołujący złożył ofertę niezgodną z przepisami ustawy PZP poprzez wyrażenie zamiaru powierzenia podwykonawcy wykonania całości zamówienia,
- zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty odnośnie zamiaru powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia,
- wyborze jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy "DARBUD" Usługi Transportowe i Ogólnobudowlane D. R., ul. Wiejska 55; 66-415 Santocko, pomimo że to oferta odwołującego jako niepodlegająca odrzuceniu przedstawiała najkorzystniejszy bilans oceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, w rozumieniu przepisów

art. 239 ustawy PZP,

- badaniu i oceny ofert z naruszeniem dochowania wymaganej staranności i zasady proporcjonalności.

Odwołanie dotyczy zadania nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 462 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP – z uwagi na nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego na skutek uznania, że odwołujący złożył ofertę niezgodną z przepisami ustawy PZP poprzez wyrażenie zamiaru powierzenia podwykonawcy wykonania całości zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości, zgodnie z treścią formularza ofertowego odwołujący wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, w pełnym zakresie rodzajowym;

ewentualnie:

2. art. 223 ust. 1 ustawy PZP - z uwagi na zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty odnośnie oświadczenia wiedzy w zakresie zamiaru powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia;

a w konsekwencji ww. zarzutów:

3. art. 16 pkt 3) zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i ust. 2 ustawy PZP - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i wybór oferty niezgodnie z przepisami ustawy PZP, przedstawiającej gorszy bilans oceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, a przez to w szczególności naruszenie zasady proporcjonalności przejawiające się w postępowaniu zamawiającego prowadzącym do nadmiernego, zupełnie nieuzasadnionego formalizmu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 2;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 2 oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego jako przedstawiającej najkorzystniejszy bilans oceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ;

ewentualnie:

- 4) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2;
- 5) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadania nr 2 oraz wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do zakresu, w jakim przewiduje, że zamówienie zostanie powierzone podwykonawcy,
- 6) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 2 oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego jako przedstawiającej najkorzystniejszy bilans oceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ.

Niezależnie od powyższego odwołujący wniósł o:

- 7) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów znajdujących się w aktach postępowania oraz przedstawionych na rozprawie;
- 8) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania, opłatę skarbową od pełnomocnictw w kwocie 51 zł oraz wydatków i kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, które zostaną udokumentowane na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku usług utrzymania infrastruktury drogowej. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta jako niepodlegająca odrzuceniu przedstawia najkorzystniejszy bilans oceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ i na skutek uwzględnienia odwołania może zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu złożonych ofert (w zakresie zadania nr 2). Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić do wyboru oferty złożonej przez odwołującego. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego i nieodrzućenia oferty odwołującego, oferta

odwołującego stanowiłaby ofertę najkorzystniejszą w rankingu ofert. Zważywszy na fakt, iż oferta odwołującego mieściła się w budżecie zamawiającego, uzasadnionym jest stanowisko, iż odwołujący uzyskałby zamówienie w tym postępowaniu. Powyższe w sposób oczywisty naraża odwołującego na szkodę w postaci utraty możliwości zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwolujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Zamawiający, działając na podstawie przepisów art. 253 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP poinformował, że w wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego dotyczącego zadania nr 2 za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez "DARBUD" USŁUGI TRANSPORTOWE I OGÓLNOBUDOWLANE D. R. . Jednocześnie, w tym samym piśmie, zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, tj. jako niezgodnej z przepisami ustawy a konkretnie - z przepisami art. 462 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP na skutek uznania, że wykonawca złożył oświadczenie, iż zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie całości zamówienia - dowód: zawiadomienie/Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 19 września 2024 r.

Wnikliwa i rzetelna analiza oferty złożonej przez odwołującego, z uwzględnieniem wyrażonej w przepisie art. 16 pkt 3 ustawy PZP zasady proporcjonalności absolutnie nie powinna skutkować jej odrzuceniem na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP, lecz wyborem przedmiotowej oferty jako przedstawiającej najkorzystniejszy bilans oceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ.

Odwolujący stanowczo zaprzecza twierdzeniu zamawiającego, jakoby w formularzu oferty (pkt X. Sposób realizacji zamówienia) miał wyrazić zamiar powierzenia podwykonawcy wykonania całości zamówienia.

Powyższego wniosku nie sposób wyprowadzić na podstawie literalnej treści formularza zawartej we wskazanym punkcie. Zamawiający dokonał zatem całkowicie dowolnej interpretacji zapisów formularza w tej mierze, w oderwaniu od rzeczywistej treści oświadczenia wiedzy odwołującego w przedmiocie zamiaru powierzenia realizacji zamówienia do ewentualnego podwykonawstwa. W przedmiotowej sprawie zamawiający posługiwał się w SWZ sformułowaniami: „10. Informacja dla wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 118-123 ustawy pzp oraz zamierzających powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom”, „10.10. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom składając jednolity dokument zobowiązany jest wypełnić część II sekcja D, oraz o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców”, „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” (część II sekcja D JEDZ) „Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy: TAK/NIE” (pkt X. formularza ofertowego -Sposób realizacji zamówienia).

Wobec powyższego, w żadnym postanowieniu SWZ sam zamawiający nie dopuścił możliwości wskazania przez wykonawców powierzenia podwykonawcy całości zamówienia.

Stosownie do punktu X formularza ofertowego, w rubryce odnoszącej się do treści cyt. „Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy:” odwołujący zaznaczył opcję „TAK” (co z resztą potwierdził zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty). Już przez samą fakturę na powyższe, zamawiający nie miał żadnych podstaw do przyjęcia, że odwołujący zamierza powierzyć realizację zamówienia podwykonawcy w całości, skoro odwołujący jednoznacznie potwierdził opcję zamiaru powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (treść formularza przygotowanego przez zamawiającego w tej mierze nie przewidywała z resztą możliwości zaznaczenia innej opcji jak „TAK” – czyli potwierdzającej zamiar powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy albo „NIE” – oznaczającej brak zamiaru powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom. W dalszej części tego punktu formularza odwołujący wskazał, że nie są mu znane nazwy podwykonawców na dzień składania ofert - a na koniec – odnośnie zakresu zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy odwołujący wskazał, iż cyt.: „Wykonawca przewiduje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rodzajowym przez podwykonawców” - dowód: formularz ofertowy złożony przez odwołującego.

Czytając zatem powyższą treść w kolejności wynikającej z układu formularza ofertowego w tym punkcie należało przyjąć następujący wniosek: Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy – nie znając nazw podwykonawców na dzień składania ofert - w pełnym zakresie rodzajowym. Zamawiający dookreślił jakie rodzaje usług składają się na przedmiot zamówienia a wykonawca potwierdził, że z każdego zakresu rodzajowego przewiduje możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy. Jeżeli zatem na przedmiot zamówienia składają się następujące czynności:

- praca nośnika wraz z piaskarko-solarką i pługiem,
- dyżur uzbrojonego nośnika na bazie Obwodu Drogowego,
- praca sprzętu ciężkiego (ładowarka, koparko-ładowarka, równiarka),
- dyżur ładowarki na bazie Obwodu Drogowego,
- odśnieżanie i posypywanie materiałami uszorstniającymi (materiał Zamawiającego)
- dróg dla pieszych/dróg dla rowerów,
- wywóz śniegu,
- drobne prace przy sprzęcie w trakcie i po sezonie zimowym,
- dobową gotowość sprzętu (24 godz.) w przypadku nieprzewodzenia akcji ZUD,

to odwołujący przewiduje, że jakąś część z każdego rodzaju usług może ewentualnie zlecić podwykonawcy.

Przykładowo, usługę polegającą na odśnieżaniu i posypywaniu (jako rodzaj usługi) może zlecić w 20% jej zakresu rzeczowego. Zaznaczyć przy tym należy, że na dzień

składania ofert odwołujący nie jest w stanie dokładnie określić (nawet procentowo) jaką część usług ewentualnie zleci podwykonawcom i czy w ogóle to robi. Powyższe kwestie konkretyzują się na etapie po wyborze oferty. Z całą pewnością nie jest jednak tak, jak to opisuje zamawiający, że odwołujący miał w powyższym punkcie formularza oferty wyrazić zamiar powierzenia podwykonawcy do realizacji całego zamówienia. Odwołujący kwestionuje twierdzenie zamawiającego jakoby cyt. „wymieniony przez Wykonawcę zakres odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu przez Zamawiającego w pkt 4 SWZ – Instrukcja dla Wykonawców”. Odwołujący w omawianym punkcie formularza oferty nie wymienił żadnego konkretnego zakresu a już z całą pewnością nie odniósł się do pkt 4 SWZ. Odwołujący posłużył się ogólnym sformułowaniem „w pełnym zakresie rodzajowym” co zamawiający zinterpretował w oderwaniu od wcześniejszej treści oświadczenia, wyraźnie potwierdzającej zamiar powierzenia zamówienia do realizacji podwykonawcy jedynie w części. Tym samym sformułowanie użyte przez odwołującego nie określa jednoznacznie zakresu usługi, który zostanie powierzony podwykonawcy, w szczególności odwołujący nie określił tego zakresu np. przez wskazanie konkretnego rodzaju powierzanych czynności lub wskazanie sytuacji, w których będzie dochodzić do powierzenia usługi podwykonawcy, ale też nie użył sformułowań typu: „całość zamówienia”, „100% zamówienia”, „wszystkie czynności składające się na zimowe utrzymanie dróg”. W konsekwencji, sformułowanie użyte przez odwołującego „Wykonawca przewiduje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rodzajowym przez podwykonawców” wymaga co najwyżej doprecyzowania, o czym szerzej w ramach uzasadnienia zarzutu ad. 2) odwołania, lecz ponad wszelką wątpliwość nie stwarza podstaw do automatycznego odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą.

Ad. 2) Z daleko posuniętej ostrożności, przy założeniu, że treść oświadczenia odwołującego odnosząca się do zakresu zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy nie koresponduje w sposób jednoznaczny z treścią wcześniejszego oświadczenia potwierdzającego zamiar powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy w części, zamawiający powinien wystąpić do odwołującego w trybie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy PZP o stosowne wyjaśnienie tej kwestii nie zaś bezrefleksyjnie odrzucać jego ofertę, co stanowi przejaw działania nieproporcjonalnego, powodującego odrzucenie wartościowej oferty w przypadku wystąpienia w niej tego typu nieścisłości. Wedle przytoczonej regulacji, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, oświadczenie dotyczące podwykonawstwa (stanowiące oświadczenie wiedzy, a nie woli) może ulegać zmianom

stosownie do okoliczności faktycznych, jak również podlega wyjaśnieniom w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sam fakt, że oświadczenie tego rodzaju składane jest w formularzu oferty nie może przesądzać o charakterze tego oświadczenia, ponieważ uprawnienie wykonawcy do korzystania z podwykonawców doznaje ograniczenia jedynie w przypadku zastrzeżenia osobistego wykonania niektórych części zamówienia (takowego zamawiający w niniejszym postępowaniu nie uczynił zgodnie z pkt 38 Instrukcji dla wykonawców SWZ). Z mocy art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy PZP niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści - a tym samym oferty sensu stricto, dotyczącej przyszłego zobowiązania wykonawcy, jakie na siebie przyjmie składając ofertę. Oświadczenie w tym przedmiocie nie stanowi treści oferty sensu stricto, co wynika z okoliczności, że na etapie realizacji zamówienia wykonawca może zmienić zadeklarowany zakres podwykonawstwa w sposób przewidziany przepisami, umową czy postanowieniami SWZ (z ograniczeniami - jeśli został przewidziany obowiązek osobistego wykonania zamówienia). Powyższe stanowisko potwierdza art. 464 ustawy PZP oraz następne w ramach, których określony jest mechanizm zgłaszania oraz zmian umów podwykonawczych, bez ograniczenia co do pierwotnie zadeklarowanego zakresu (por. wyrok KIO z 2 kwietnia 2024 r. KIO 883/24, KIO 896/24).

Mając powyższe na uwadze, nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający wyjaśnił z odwołującym treść punktu X formularza oferty odnoszącą się do zamiaru powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy, tym bardziej, że wyjaśnieniu w tej mierze podlega oświadczenie wiedzy wykonawcy a nie jego oświadczenie woli w zakresie oferty sensu stricto. Nie może być tu zatem mowy o niedopuszczalnej na gruncie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy PZP negocjacji dotyczącej złożonej oferty. Jak wskazała KIO w wyroku z 13 października 2021 r. w sprawie KIO 2780/21, w kontekście oświadczenia o zamiarze powierzenia realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawcy - wystąpienie ewentualnych niejasności w treści oferty obciąża zamawiającego do ich wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś do automatycznego odrzucenia oferty. W stanie faktycznym sprawy nie można stwierdzić, że zamiarem odwołującego jest powierzenie całości zamówienia podwykonawcom, gdyż jak wskazano już wyżej - jego oświadczenie dotyczy wyłącznie części zamówienia, lecz w pełnym zakresie rodzajowym. Odwołujący zamierza zatem zgodnie z oświadczeniem zawartym w formularzu ofertowym powierzyć podwykonawcom część zamówienia, a nie jego całość. Wobec tak ustalonego stanu faktycznego, odrzucenie oferty przez zamawiającego było nieuprawnione. Co więcej, zamawiający w swoich rozważaniach całkowicie pominął oświadczenie złożone przez odwołującego w części II sekcji D jednolitego dokumentu (JEDZ): Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega. Stosownie bowiem do pkt 10.10 Instrukcji dla wykonawców w ramach SWZ,

wykonawca, który zamierzał powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom składając jednolity dokument zobowiązany był wypełnić część II sekcja D, oraz o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców. W ramach przedmiotowej sekcji, na pytanie „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” odwołujący udzielił odpowiedzi „NIE” co – po pierwsze – przeczy tezie zamawiającego jakoby

odwołujący w sposób jednoznaczny wyraził zamiar powierzenia całości zamówienia podwykonawcy – a po drugie – tym bardziej winno skłonić zamawiającego do skorzystania z możliwości wyjaśnień w trybie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy PZP, skoro treść formularza ofertowego w pkt 10 nie pozostaje w zgodności z treścią JEDZ w części II sekcji D - dowód: JEDZ złożony przez odwołującego do postępowania.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP zamawiający "może" wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, niemniej jednak zgodnie z jednolitą linią orzecniczą (por. wyrok z 10 lutego 2021 r. o sygn. akt KIO 209/21) w celu rzetelnego dokonania czynności badania i oceny ofert oraz zachowania zasad, o których mowa w art. 16 ustawy PZP, zamawiający ma też obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do treści jego oferty, jeżeli ta treść budzi wątpliwości.

W niniejszej sprawie, w przypadku uznania (w szczególności w kontekście treści JEDZ), że odwołujący w sposób niejednoznaczny sformułował swoje oświadczenie co do powierzenia usługi podwykonawcy, to w tej sytuacji zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień co do zakresu, w jakim usługa zostanie powierzona podwykonawcy (por. wyrok KIO z 30 września 2021 r. KIO 2644/21).

Ad. 3) Zarzut ten ma charakter wynikowy i stanowi następstwo uprzednio omówionych uchybień. Wobec naruszeń wyartykułowanych przy omówieniu zarzutów nr 1 - 2, w ocenie odwołującego odrzucenie oferty odwołującego narusza przepis art. 16 pkt 3) oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) i ust. 2 ustawy PZP. W świetle argumentów przedstawionych w poprzednich fragmentach odwołania, prowadzenie postępowania w ten sposób, że odrzuca się bez podstaw prawnych i faktycznych ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i kryteriów pozacenowych nie może być uznane jako prowadzone z dochowaniem reguł proporcjonalności. Nie sposób nie zwrócić uwagi, że przejawem zasady proporcjonalności powinno być takie przygotowanie i prowadzenie postępowania, które nie będzie prowadziło do nadmiernego, zupełnie niezasadzonego formalizmu. Należy pamiętać, że jakkolwiek postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ze swej natury jest mocno sformalizowane to nie sposób przyjąć, że sam formalizm jest celem samym w sobie – a właśnie do takiej konkluzji prowadzi ocena postępowania zamawiającego w odniesieniu do oferty odwołującego. Utrzymanie wadliwej decyzji zamawiającego w tej mierze prowadzi wprost do naruszenia art. 16 pkt 3 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Jest to jedna z nadrzędnych

w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy PZP (w tym art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP) zasad udzielania zamówień publicznych, która chroni wykonawców przed skrajnym formalizmem ze strony instytucji zamawiającej. Tymczasem w ustalonych powyżej okolicznościach odrzucenie oferty odwołującego było ewidentnie niezgodnie z tą zasadą, przez którą pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. Odrzucenie oferty w pełni zgodnej z merytorycznymi warunkami zamówienia, z powodu ewentualnych nieścisłości w przedmiocie oświadczenia wiedzy co do zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcom, które zostało nadinterpretowane na potrzeby skrajnie formalistycznej decyzji zamawiającego, jest oczywiście nieproporcjonalne (por. wyrok KIO z 21 kwietnia 2022 r., KIO 923/22).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przeprowadzenie dowodu z dokumentów - treści oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu oraz dokumentu JEDZ złożonego przez odwołującego (załącznik nr 1), zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z załączoną fakturą (kopia faktury VAT — załącznik nr 2).

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy kierować się zasadami postępowania skatalogowanymi w ustawie prawo zamówień publicznych, a zasady te są jednakowe dla każdego postępowania prowadząc w istocie do transparentności wyboru wykonawcy w danym postępowaniu mając na względzie racjonalność wydatkowania pieniędzy publicznych. Adresatem normy prawnej zawartej w art. 16 ustawy PZP jest zamawiający, a sam przepis formułuje ogólny obowiązek, który zamawiający ma realizować na każdym etapie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Wynika z tego konieczność nie tylko podejmowania czynności zgodnie z wytycznymi zawartymi w zbiorze zasad, ale także interpretowania przepisów ustawy przez pryzmat tych zasad, nawet jeśli dany przepis o realizacji zasady nie wspomina. Z art. 16 pkt 1 PZP, wynikają dwie, fundamentalne dla systemu zamówień publicznych, zasady ogólne: zasada równości oraz zasada uczciwej konkurencji. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie.

W przedmiotowym stanie faktycznym doszło do następujących zdarzeń:

1. W złożonym formularzu oferty, w części X - Sposób realizacji zamówienia, wykonawca złożył oświadczenie o następującej treści: cyt.:
 - na pytanie czy „Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy: udzielił odpowiedzi TAK”;
 - na pytanie „Nazwa podwykonawcy, jeżeli jest znany: udzielił odpowiedzi Na dzień składania ofert nie są znane nazwy firm podwykonawców”
 - na pytanie „Zakres zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy: udzielił odpowiedzi Wykonawca przewiduje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rodzajowym przez podwykonawców”.

2. W dokumencie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), w części II -Informacje dotyczące Wykonawcy, sekcja D: Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega, wykonawca złożył oświadczenie o następującej treści, cyt.:

- na pytanie czy „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia? Udzielił odpowiedzi Nie”.

Z powyższego wynika zatem, że odwołujący złożył ofertę, w której stwierdził ponad wszelką wątpliwość, że zadanie wykona przy pomocy podwykonawców, a w dokumencie JEDZ -samodzielnie. Doszło zatem do złożenia przez odwołującego sprzecznego oświadczeń.

Poddając analizie oświadczenie odwołującego zawarte w formularzu ofertowym zamawiający doszedł do konstatacji, że odwołujący zamierza korzystać z pomocy podwykonawców w pełnym zakresie zamówienia. Zawarł bowiem w ofercie oświadczenie o korzystaniu z pomocy podwykonawców, a następnie wskazał cały zakres zamówienia, objęty opisem przedmiotu zamówienia w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu jako prace planowane do zlecenia podwykonawcom. W tych okolicznościach doszło do nieuprawnionego zgodnie z przepisami prawa wskazania, że odwołujący faktycznie w ogóle nie będzie realizował zamówienia, bowiem ma ono zostać w całości zrealizowane przez podwykonawcę.

Argumentacja dotycząca semantyki poszczególnych zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia zaprezentowana w złożonym odwołaniu jest w całości chybiona. Zamawiający jest uprawniony do zawarcia w treści SWZ wyłącznie pytań o informacje w obrębie stosowania ustawy pzp. Stąd skierowane przez zamawiającego zapytanie co do zamiaru podzlecenia części zamówienia podwykonawcom. Tym niemniej nie ma żadnych wątpliwości, że odwołujący wskazał pełen zakres zamówienia jako właściwy do zlecenia podwykonawcy. W tych okolicznościach zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, że odwołujący naruszył przepisy ustawy pzp, chcąc podzlecić realizację zamówienia publicznego w pełnym zakresie.

Istotnie, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, wtoku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 pzp i art. 187 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Podnieść należy, iż powyższa instytucja umożliwia

zamawiającemu wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, przy czym skierowane do wykonawcy wezwanie nie może służyć jej uzupełnieniu czy zmianie, a z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w okolicznościach sprawy. Z wyroku KIO 1732/21, z 23 lipca 2021 r. jednoznacznie wynika, że „w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 p.z.p., dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Art. 223 ust. 1 p.z.p. wyraża w tym miejscu ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert”.

Zamawiający nie wezwał zatem wykonawcy do wyjaśnienia przedmiotowych rozbieżności, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy pzp, gdyż każda złożona przez odwołującego odpowiedź zmieniałaby treść złożonej przez niego oferty, co jak już wskazano, jest w świetle przepisów ustawy PZP niedopuszczalne po dniu otwarcia ofert. O faktycznym częściowym zamiarze zlecenia zamówienia podwykonawcom, zamawiający dowiedziałby się nie z oferty wykonawcy złożonej 14.08.2024 r., a z jego ewentualnych wyjaśnień złożonych po upływie terminu składania ofert. Zamawiający ponownie podkreśla, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, w szczególności dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, co w przedmiotowym stanie faktycznym miałoby miejsce.

Jednocześnie zauważyć należy, iż w art. 462 ust. 1 i 2 ustawy PZP jest mowa o powierzeniu podwykonawcom części zamówienia. Powyższe oznacza, że wykonawca - gdy wymaga tego zamawiający - winien dołożyć należytej staranności i jednoznacznie wskazać w ofercie przedmiot części zamówienia, która zostanie powierzona do realizacji podwykonawcy. Odwołujący w ofercie wskazał, że wykona przy pomocy podwykonawców pełen zakres zamówienia - zatem w ocenie zamawiającego wskazał jednoznacznie, że zamówienie będzie realizowane przez podwykonawców w pełnym zakresie.

Należy również wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a nie podwykonawcy. Powyższe jest o tyle istotne, iż działania podejmowane przez wykonawcę, który zleca część prac do wykonania podwykonawcy nie mogą być postrzegane jako obejście przepisów ustawy Pzp polegające w istocie na udzieleniu zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy (por. wyrok KIO z 27 lutego 2020 r. sygn. akt: KIO 299/20). Przyjęcie interpretacji, na podstawie której możliwe byłoby zlecenie realizacji zamówienia w całości przez podmiot inny, aniżeli składający ofertę, dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia

jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia. Czynności pozorne nie korzystają z ochrony prawnej. To wykonawca winien był dołożyć należytej staranności przy złożeniu oferty i jednoznacznie wskazać, jakie konkretnie prace w ramach realizacji zadania zleci podwykonawcom.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Zamawiający, w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego wskazał, cyt.: „OFERTA NR 5: „MALDROBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Królewiecka, 74-300 Myślibórz na mocy art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, cyt.: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy”.

Uzasadnienie faktyczne:

W pkt 4 SWZ – Instrukcja dla Wykonawców, Zamawiający opisał, iż przedmiotem niniejszego zamówienia w ramach zadania pn. Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze w sezonie 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027 dot. Zadanie 2 – Obwód Drogowy Kłodawa są usługi z zakresu:

praca nośnika wraz z piaskarko-solarką i pługiem,

dyżur uzbrojonego nośnika na bazie Obwodu Drogowego,

praca sprzętu ciężkiego (ładowarka, koparko-ładowarka, równiarka),

dyżur ładowarki na bazie Obwodu Drogowego,

odśnieżanie i posypywanie materiałami uszorstniającymi dróg dla pieszych i rowerów,

wywóz śniegu wg wskazań Zamawiającego,

drobne prace przy sprzęcie Zamawiającego w trakcie i po sezonie zimowym,

dobowa gotowość sprzętu (24 godz. – liczona od godz. 00:00 w nocy do godz. 24:00 dnia następnego) w przypadku nieprzewodzenia akcji ZUD (...),

co zostało odzwierciedlone m.in. w formularzu cenowym będącym częścią SWZ, tj.:

praca nośnika wraz z piaskarko-solarką i pługiem,

dyżur uzbrojonego nośnika na bazie Obwodu Drogowego,

praca sprzętu ciężkiego (ładowarka, koparko-ładowarka, równiarka),

dyżur ładowarki na bazie Obwodu Drogowego,

odśnieżanie i posypywanie materiałami uszorstniającymi (materiał Zamawiającego) dróg dla pieszych/dróg dla rowerów,

wywóz śniegu,

drobne prace przy sprzęcie w trakcie i po sezonie zimowym,

dobowa gotowość sprzętu (24 godz.) w przypadku nieprzewodzenia akcji ZUD

Na podstawie z art. 462 ust. 1 i 2 ustawy pzp – Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Zgodnie z przywołanymi regulacjami, Zamawiający żądał wskazania w formularzu oferty przedmiotowych informacji, tj. w

pkt X formularza oferty należało oświadczyć, czy wykonawca zamierza powierzyć część zamówienia podwykonawcy, podać nazwę podwykonawcy, jeżeli jest znany oraz wskazać zakres zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy.

Wykonawca MALDROBUD Sp. z o.o. Spółka komandytowa w pkt X formularza oferty oświadczył, iż zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, nazwy firm podwykonawczych nie są znane na etapie składania oferty oraz wymienił zakres zamówienia, który zamierza powierzyć do realizacji zamówienia wskazując: Wykonawca przewiduje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rodzajowym przez podwykonawców.

Wymieniony przez Wykonawcę zakres odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu przez Zamawiającego w pkt 4 SWZ – Instrukcja dla Wykonawców. Wykonawca złożył zatem oświadczenie, iż zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie całości zamówienia. Wskazał

bowiem wszystkie części (z których składa się wykonanie przedmiotowego zamówienia) jako zakres, który zostanie powierzony podwykonawcy.

Wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 9 listopada 2016 r. III SA/Wr 921/16 oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 21 marca 2017 r., III SA/Lu 826/16, w żaden sposób nie odnoszą się do uznania dopuszczalności powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy. Konsekwencją dopuszczenia możliwości powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy byłoby funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywanie przetargów (także za pomocą podmiotów udostępniających zasoby), nie zaś realizacja zamówienia udzielonego przez zamawiającego. Na niedopuszczalność powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy wskazuje również definicja umowy podwykonawczej (art. 7 pkt 27 ustawy pzp), która stanowi że przez umowę podwykonawczą należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowane (...), także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiedni podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

Również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku XXIII Zs 11/21 z dnia 5 maja 2021 r., zwrócił uwagę, że wykładnia literalna zarówno uchylonych przepisów ustawy pzp z dnia 29 stycznia 2004 r., jak i przepisy nowej ustawy z dnia 11 września 2019 r., nie pozostawiają wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w której poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy. Przepis art. 462 ust. 1 ustawy pzp stanowi ochronę zasady, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy oraz przeciwdziała akceptacji pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia. Jednocześnie użycie we wspomnianym przepisie sformułowania, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, nie oznacza że z przepisu tego można wywieść wniosek o niedopuszczalności powierzenia wykonania całości zamówienia jednemu podwykonawcy, natomiast możliwe jest powierzenie wykonania całości zamówienia dwóm i więcej podwykonawcom. Takie rozumienie powierzania części zamówienia podwykonawcom, oznaczałoby również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Ponadto zamawiający informuje, iż nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy pzp, gdyż treść złożonego przez wykonawcę oświadczenia nie budziła żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Zgodnie bowiem z komentarzem UZP, celem żądania wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również (...) oświadczeń, które są nieprecyzyjne,

niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Z treści złożonego przez wykonawcę oświadczenia jednoznacznie wynika, że zamierza on powierzyć podwykonawcom realizację całości zamówienia.

Wykonawca MALDROBUD Sp. z o.o. Spółka komandytowa zdecydował na powierzenie wszystkich elementów objętych zadaniem, co jest sprzeczne z art. 462 ust. 1 ustawy pzp.

Oferta zatem jest niezgodna z ustawą pzp i została odrzucona na mocy art. jak na wstępie”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Wskazać bowiem należy, że stosownie do punktu X formularza ofertowego, w rubryce odnoszącej się do treści cyt. „Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy:” odwołujący zaznaczył opcję „TAK”.

Tym samym, w ocenie Izby, już wskazana jednoznacznie przez odwołującego odpowiedź na zadane pytanie nie budziła wątpliwości, że odwołujący zamierza powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcy. Oczywistym jest, że oświadczenie powyższe zostało złożone na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie wiąże wykonawcy w sposób obligatoryjny, tzn. wykonawca sygnalizuje zamawiającemu, że przewiduje możliwość powierzenia części zamówienia do wykonania podwykonawcy, jednakże można domniemywać, że w przypadku zindywidualizowanej sytuacji wykonawcy na rynku, np. w przypadku zmniejszenia portfolio zamówień, przedmiotowe zamówienie będzie wykonywał samodzielnie. Jest to sytuacja dopuszczalna przepisami prawa.

W dalszej części tego punktu formularza odwołujący wskazał, że nie są mu znane nazwy podwykonawców na dzień składania ofert - a na koniec – odnośnie zakresu zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcy odwołujący wskazał, iż cyt.: „Wykonawca przewiduje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rodzajowym przez podwykonawców”.

Zdaniem zamawiającego, powyższe oświadczenie jednoznacznie wskazuje na zamiar powierzenia przez odwołującego 100% zamówienia podwykonawcom. Z takim stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Jak słusznie wywodził na rozprawie odwołujący, poprzez odesłanie z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp (Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej) z okoliczności przedmiotowego postępowania, w szczególności z faktu złożenia oferty w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia publicznego, znajduje zastosowanie wykładania przepisu art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, który stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności,

w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Nie ulega wątpliwości, że złożenie oferty stanowi oświadczenie woli wykonawcy zawarcia umowy z zamawiającym.

Nie sposób zatem przyjąć, że wykonawca składający ofertę zamawiającemu, nie chce zrealizować zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem i wszelkiego rodzaju oświadczenia składa w taki sposób, żeby jego oferta została uznana za „nieważną”, tj. niezgodną z warunkami zamówienia czy też niezgodną z obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie bowiem z przepisem art. 462 ust. 1 ustawy Pzp - wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie natomiast z ust. 2 omawianego 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.

Przepis art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wyraźnie bowiem zabrania (stanowi zakaz bezwzględny) do powierzenia przez wykonawcę realizacji 100% zamówienia podwykonawcy. Nie mniej wskazać należy, że zakaz ten nie precyzuje czy część zamówienia powierzona do realizacji przez podwykonawcę odnosi się do zakresu przedmiotowego czy do zakresu wartościowego. W tym zakresie Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność wskazując ogólnie „wykonanie części zamówienia”.

Zamawiający, z oświadczenia odwołującego zawartego w dalszej części pkt X formularza ofertowego, w treści „Wykonawca przewiduje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie rodzajowym przez podwykonawców” wywodzi, że oświadczeniem tym odwołujący doprecyzował wolę powierzenia 100% zamówienia do wykonania przez podwykonawcę/podwykonawców.

Łbza nie zgadza się z taką interpretacją oświadczenia złożonego przez odwołującego. Wskazać bowiem należy, że odwołujący doprecyzował, iż przewiduje powierzenie części realizacji zamówienia podwykonawcy/podwykonawcom (oświadczenie główne) w pełnym zakresie rodzajowym.

Tym samym konieczne jest ustalenie co oznacza stwierdzenie „w pełnym zakresie rodzajowym”. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, w ramach wykonywania umowy wchodzi m.in. następujące czynności (zakresy rodzajowe przedmiotu zamówienia):

- praca nośnika wraz z piaskarko-solarką i pługiem,
- dyżur uzbrojonego nośnika na bazie Obwodu Drogowego,
- praca sprzętu ciężkiego (ładowarka, koparko-ładowarka, równiarka),
- dyżur ładowarki na bazie Obwodu Drogowego,
- odśnieżanie i posypywanie materiałami uszorstniającymi (materiał zamawiającego) dróg dla pieszych/dróg dla rowerów,
- wywóz śniegu,
- drobne prace przy sprzęcie w trakcie i po sezonie zimowym,
- dobową gotowość sprzętu (24 godz.) w przypadku nieprzewodzenia akcji ZUD

Zdaniem Łbzy, każdą czynność z wyżej wymienionego zakresu zamówienia można utożsamić z rodzajem zamówienia wchodzącym w zakres całego przedmiotu zamówienia. Dlatego też jednoznaczne oświadczenie woli odwołującego o tym, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy w pełnym zakresie rodzajowym należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca może zlecić wykonanie zamówienia w części zamówienia obejmującej rodzaj dotyczący czynności np. wywozu śniegu lub np. pracy nośnika wraz z piaskarko-solarką i pługiem- lub każdym innym dowolnym rodzajem wymienionym powyżej z zastrzeżeniem zgodnym z oświadczeniem wykonawcy – że nie we wszystkich rodzajach czynności wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia.

Łbza stoi na stanowisku, że w przedmiotowym postępowaniu możliwym do zastosowania było skorzystanie z przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże wobec stwierdzenia przez Łbżę, jednoznaczności oświadczenia odwołującego, nie jest koniecznym nakazywanie zamawiającemu wyjaśniania zaistniałej sytuacji – w toku rozprawy zostało ustalone – że odwołujący nie złożył oświadczenia, które stanowiło podstawę – dla zamawiającego – odrzucenia oferty odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: