Sygn. akt: KIO 2771/24

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę **G . K .** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Szczekociny w Szczekocinach**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **G.K.** i:

-2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **G.K.** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **318 zł 00 gr** (słownie: trzysta osiemnaście złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego – **Gminę Szczekociny w Szczekocinach**– tytułem dojazdu na posiedzenie Izby,

2.2. zasądza od wykonawcy **G.K.** na rzecz zamawiającego – **Gminy Szczekociny w Szczekocinach**– kwotę **318 zł 00 gr** (słownie: trzysta osiemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..

Sygn. akt: KIO 2771/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Szczekociny w Szczekocinach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) w Szczekocinach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2024 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 5 sierpnia 2024 roku wykonawca G.K. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający wadliwie ocenił iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż spełnia ona wszystkie warunki zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść oferty odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia;

2)art. 123 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie żądania od odwołującego złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego,

3) zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 30 lipca 2024 r. poinformował odwołującego, że podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. podając, że odwołujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ). Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający podał, że „Wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie opisanym w rozdziale 6 ust. 1 pkt. 4 SWZ. W związku z powyższym Wykonawca zamierza zlecić część zamówienia podmiotowi udostępniającemu zasoby w zakresie prac wynikających z udostępnienia zasobów. Podmiot trzeci oświadczył w zobowiązaniu , że zrealizuje zagospodarowanie terenu, roboty brukarskie i instalacyjne (wod-kan). Wykonawcę z podmiotem trzecim będzie łączyła umowa o podwykonawstwo. Zamawiający w rozdziale 9 ust. 6 SWZ zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań. Wykonawca będzie zobowiązany do osobistego wykonania robót budowlanych w zakresie zagospodarowania terenu tj. roboty rozbiórkowe, ogrodzenie terenu, nawierzchnie utwardzone, krawężniki i obrzeża. (…) Wykonawca powierzył wykonanie

kluczowych części zamówienia do wykonania przez podmiot trzeci-podwykonawcę, pomimo iż zamawiający zażądał ich osobistego wykonania przez Wykonawcę. W związku z powyższym oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp."

Odwołujący stwierdził, że z takim działaniem zamawiającego i jego uzasadnieniem nie może się zgodzić. Faktem jest, że zamawiający w rozdziale 9 ust. 6 i rozdziale 20 ust. 11 zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań. Wykonawca będzie zobowiązany do osobistego wykonania robót budowlanych w zakresie zagospodarowania terenu, tj. roboty rozbiórkowe, ogrodzenie terenu, nawierzchnie utwardzone, krawężniki i obrzeża. Odwołujący wskazał, że zamawiający w rozdziale 3 ust. 2 - opis przedmiotu zamówienia wskazał zakres robót jaki obejmuje zagospodarowanie terenu. Z opisu tego wynika, że zakres obejmujący zagospodarowanie terenu dotyczy nie tylko zastrzeżonych robót do osobistego wykonania przez wykonawcę, tj. wykonanie robót rozbiórkowych, wykonanie ogrodzenia terenu, wykonanie nawierzchni utwardzonej, krawężników i obrzeży. Przedmiot zamówienia w zakresie zagospodarowania terenu obejmuje również inne niezastrzeżone czynności a mianowicie: wykonanie murów oporowych prefabrykowanych, odwodnienia powierzchniowego, wykonanie zieleni ozdobno-izolacyjnej jako uzupełnienie istniejącego terenu biologicznie czynnego, założenie nasadzeń oraz rekultywacja istniejących trawników oraz podbudowy dla nawierzchni utwardzonej. W związku z tym należy stwierdzić, że zamawiający nie zastrzegł do wykonania osobistego przez wykonawców całego zakresu robót objętego zagospodarowaniem terenu. Biorąc powyższe pod uwagę w swojej ofercie (pkt. 7) odwołujący oświadczył, że zamierza zlecić wykonanie robót podwykonawcy w zakresie prac wynikających z udostępnionych zasobów, tj. zagospodarowanie terenu, roboty brukarskie i instalacyjne (wod-kan). Faktem jest, że zamierzenie zlecenia podwykonawcy zagospodarowanie terenu nie zostało przez odwołującego sprecyzowane, jakie czynności w ramach zagospodarowania terenu będzie w rzeczywistości wykonywał podwykonawca. W związku z powyższym biorąc pod uwagę, jaki zakres robót obejmowało zagospodarowanie terenu zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz ogólnikowe oświadczenie odwołującego co do zlecenia podwykonawcy wykonania zagospodarowania terenu odwołujący stwierdził, że z tych okoliczności w żaden sposób nie można wywieść, że odwołujący powierzył wykonanie podwykonawcy kluczowych zadań, tj. roboty rozbiórkowe, ogrodzenie terenu, nawierzchnie utwardzone, krawężniki i obrzeża. Jeśli chodzi o zamiar zlecenia podwykonawcy robót brukarskich wyjaśnił, że roboty te nie obejmują wykonania układania krawężników i obrzeży, a przygotowanie podłoża, rozplanowanie układu utwardzanej powierzchni, wybór odpowiednich materiałów, a także dbałość o estetykę i trwałość wykonania. Faktem jest, że ten zakres również nie wynika wprost z oświadczenia odwołującego (pkt 7 oferty w związku z zobowiązaniem podmiotu trzeciego), to niemniej jednak nie potwierdza spełnienia przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący stwierdził, że zamawiający w momencie oceny treści jego oferty nie posiadał jednoznacznych informacji do postawienia tezy, że odwołujący powierzy wykonanie zastrzeżonych czynności podwykonawcy i tym samym uważa, że decyzja co do odrzucenia jego oferty została podjęta przedwcześnie, bez wnikliwej analizy stanu rzeczywistego. Zamawiający bowiem przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty był zobowiązany do żądania wyjaśnienia treści złożonej oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. Nie czyniąc tego jednocześnie naruszył cytowany przepis. Celem wyjaśnień jest bowiem uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub 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. Zgodnie z orzecznictwem przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas, gdy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., czyli wówczas, gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty, to jednak taka potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. Zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności, w wyniku których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z warunkami zamówienia. Dlatego zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W tym celu zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., a następnie – gdyby było to potrzebne – podjąć próbę jej poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę zamawiającemu stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Treść art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. przewiduje kompetencję dla zamawiającego, która przeradza się w obowiązek, jeżeli w toku badania oferty zostanie ustalone, że oferta zawiera postanowienia niejasne lub budzące wątpliwości. W takiej sytuacji, gdy oferta miałaby zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, wezwanie jest szczególnie istotne. Dlatego zaniechanie przez zamawiającego trybu wyjaśniania wątpliwości, odnoszących się do treści złożonej oferty, winno być uznane za naruszenie przepisów

postępowania, a co za tym idzie zamawiający, u którego zrodziły się jakiekolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest wprost zobowiązany, a nie tylko uprawniony do żądania wyjaśnień. Zatem należy pamiętać o tym, że mimo tego, iż ustawodawca wyposażył zamawiającego w szereg uprawnień w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie oznacza, iż zamawiający nie jest w żaden sposób ograniczony i może ustanawiać wymagania oraz ocenę ofert w sposób dowolny i całkowicie uznaniowy, tak jak w tym przypadku. W związku z powyższym odwołujący wskazał, że odrzucenie oferty odwołującego stanowi naruszenie przepisów wskazanych na wstępie. Skutkiem powyższego było pozbawienie odwołującego (jako oferenta, którego oferta była najkorzystniejsza) zamówienia w postępowaniu. Zdaniem odwołującego powyższe potwierdza fakt, że swoim działaniem zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy P.z.p.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Izby w dniu 20 sierpnia 2024 oku wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdz. 3 SWZ „Opis przedmiotu zamówienia":

1. Przedmiotem zamówienia jest zadanie inwestycyjne pn. Budowa Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) w Szczekocinach.
2. Zakres robót budowlanych obejmuje budowę punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), w skład którego wchodzą następujące elementy:

- utwardzenie i uszczelnienie powierzchni placu manewrowego i drogi dojazdowej,
- utwardzenie terenu z wydzieleniem sektorów do składowania odpadów – boksy betonowe, wydzielone miejsca dla kontenerów,
- montaż wagi najazdowej wraz z okablowaniem 30Mg - 3x8x0,3m,
- budowa obiektu biurowo – socjalnego (sektor obsługi klienta – biuro przyjęć), kontenerowego,
- wydzielenie miejsc postojowych i ciągów pieszych,
- nasadzenie zieleni ozdobno – izolacyjnej i rekultywacja trawników,
- oświetlenie terenu oprawami ulicznymi, energooszczędnymi,
- monitoring terenu,
- wykonanie instalacji fotowoltaicznej,
- remont i konserwacja istniejącej wiaty na odpady niebezpieczne,
- wykonanie ścian oporowych wokół placu składowania,
- wykonanie ogrodzenia i bram wjazdowych,
- wykonanie systemu odwodnienia placu,
- wyposażenie PSZOK w kontenery i pojemniki w liczbie i wielkości dostosowanej do prognozowanej ilości poszczególnych frakcji odpadów komunalnych.

Zgodnie z rozdz. 6 „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu" ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ:

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, jeśli Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej:

- jedną robotę budowlaną (w ramach jednej umowy) polegającą na budowie bądź przebudowie placu, parkingu, drogi o nawierzchni asfaltowej i/lub z betonowej lub kamiennej kostki brukowej o powierzchni minimum 1000 m^2,
- jedną robotę budowlaną o wartości robót nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto, polegającą na budowie, przebudowie sieci i/lub przyłączy kanalizacji deszczowej lub sanitarnej lub sieci i/lub przyłączy wodociągowych

Zamawiający dopuści jedną robotę budowlaną jeżeli łączy ona oba w. zakresy robót oraz parametry i wartości tych robót.

Zgodnie z rozdz. 9 ust. 6 SWZ „Podwykonawstwo":

„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań. Wykonawca będzie zobowiązany do osobistego wykonania robót budowlanych w zakresie zagospodarowania terenu tj. roboty rozbiórkowe, ogrodzenie terenu, nawierzchnie utwardzone, krawężniki i obrzeża.

Wykonawca jest zobowiązany wskazać w Formularzu oferty części zamówienia których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać firmy podwykonawców, o ile są już znane."

Dowód: SWZ

W postępowaniu ofertę złożył odwołujący. Odwołujący zaoferował:

cena brutto (wraz z podatkiem VAT): 1 836 399,84 złotych

w tym podatek VAT według stawki 23 % w kwocie 343 391,84 złotych

cena netto: 1 493 008,00 złotych *(dowód: formularz oferty odwołującego pkt 1)*

W treści formularza oferty odwołujący oświadczył, że zamierza zlecić podwykonawcy – Firma Handlowo-Usługowa JUL-BUD Ł.P. – podmiotowi udostępniającego zasoby – zakres prac wynikający z udostępnionych zasobów *(dowód:*

formularz oferty odwołującego pkt 7)
Do oferty odwołujący załączył oświadczenie wykonawcy, sporządzone wg załącznika nr 4 do SWZ, gdzie oświadczył:
Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w rozdziale 6 SWZ, polegam na zdolnościach lub sytuacji następującego/ych podmiotu/ów udostępniających zasoby: (wskazać nazwę/y podmiotu/ów)
Firma Handlowo – Usługowa JUL-BUD Ł.P., (…) w następującym zakresie: wykonania jednej roboty(w ramach jednej umowy) polegającej na budowie bądź przebudowie placu, parkingu, drogi o nawierzchni asfaltowej i/lub z betonowej lub kamiennej kostki brukowej o powierzchni minimum 1000m^2,
*wykonania jednej roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 200 tyś zł brutto polegającej na budowie, przebudowie sieci i/lub przyłączy kanalizacji deszczowej lub sanitarnej lub sieci i/lub przyłączy wodociągowych (*dowód: oświadczenie wg załącznika nr 4 do SWZ).
Do oferty odwołujący załączył oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, sporządzone według załącznika nr 5 do SWZ, gdzie podmiot udostępniający zasoby – Ł.P. działający w imieniu i na rzecz: Firma Handlowo Usługowa JUL-BUD Ł.P. – oświadczył:
Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w SWZ w następującym zakresie: wykonania jednej roboty(w ramach jednej umowy) polegającej na budowie bądź przebudowie placu, parkingu, drogi o nawierzchni asfaltowej i/lub z betonowej lub kamiennej kostki brukowej o powierzchni minimum 1000 m^2 wykonania jednej roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 200 tyś zł brutto polegającej na budowie, przebudowie sieci i/lub przyłączy kanalizacji deszczowej lub sanitarnej lub sieci i/lub przyłączy wodociągowych (dowód: oświadczenie według załącznika nr 5 do SWZ).
Do oferty odwołujący załączył „Zobowiązanie do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia", sporządzone według załącznika nr 6 do SWZ, w którym podmiot udostępniający zasoby, Ł.P. działając w imieniu i na rzecz: Firma Handlowo Usługowa JUL-BUD Ł.P., oświadczył:
Oświadczam, że wyżej wymieniony Podmiot udostępniający zasoby zobowiązuje się, na zasadzie art. 118 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), udostępnić Wykonawcy przystępującemu do postępowania w sprawie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, którego przedmiotem są roboty budowlane pn. Budowa Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) w Szczekocinach (nr sprawy RR.271.1.7.2024),tj. Firma Usługowa GER-BUD G.K. (pełna nazv Wykonawcy) 29-145 Secemin, ul. Struga 1A/6, NIP: 9491565502 (adres siedziby Wykonawcy) (dalej: „Wykonawca"), następujące zasoby: posiadane doświadczenie i wiedza oraz potencjał ludzki na potrzeby spełnienia przez Wykonawcę następujących warunków udziału w postępowaniu: wykonania jednej roboty(w ramach jednej umowy) polegającej na budowie bądź przebudowie placu, parkingu, drogi o nawierzchni asfaltowej i/lub z betonowej lub kamiennej kostki brukowej o powierzchni minimum 1000 m^2 wykonania jednej roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 200 tyś zł brutto polegającej na budowie, przebudowie sieci i/lub przyłączy kanalizacji deszczowej lub sanitarnej lub sieci i/lub przyłączy wodociągowych.
Wykonawca będzie mógł wykorzystywać ww. zasoby przy wykonywaniu zamówienia w następujący sposób: dostępności osób posiadających doświadczenie w realizacji w/w robót.
W wykonywaniu zamówienia będziemy uczestniczyć w następującym czasie i zakresie: w bezpośrednim udziale w realizacji robót na cały okres wykonywania powyższego zadania, podmiot na zdolnościach , którego wykonawca polega zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą zagospodarowanie terenu, roboty brukarskie i instalacyjne(wod-kan)
Ww. podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Z Wykonawcą łączyć nas będzie: umowa o podwykonawstwo (dowód: oświadczenie z dnia 12 lipca 2024 roku).
Pismem z dnia 30 lipca 2024 roku zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał, co następuje:
Wykonawca oświadcza, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (kierownik budowy), w pozostałym zakresie Wykonawca polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby na potrzeby spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Podmiot trzeci udostępnia zasoby — posiadane doświadczenie i wiedzę oraz potencjał ludzki.
Wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie opisanym w rozdziale 6 ust. 1 pkt 4 SWZ. W związku z powyższym Wykonawca zamierza zlecić część zamówienia podmiotowi udostępniającemu zasoby w zakresie prac wynikających z udostępnionych zasobów. Podmiot trzeci

oświadczył w zobowiązaniu, że zrealizuje zagospodarowanie terenu, roboty brukarski i instalacyjne (wod-kan). Wykonawcę z podmiotem trzecim będzie łączyła umowa o podwykonawstwo.
Zamawiający w rozdziale 9 ust. 6 SWZ zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań. Wykonawca będzie zobowiązany do osobistego wykonania robót budowlanych w zakresie zagospodarowania terenu tj. roboty rozbiórkowe, ogrodzenie terenu, nawierzchnie utwardzone, krawężniki i obrzeża. Podobny zapis został zamieszczony w rozdz. 20 ust. 11 SWZ. Wykonawca powierzył wykonanie kluczowych części zamówienia do wykonania przez podmiot trzeci — podwykonawcę, pomimo iż Zamawiający zażądał ich osobistego wykonania przez Wykonawcę. W związku z powyższym oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (dowód: pismo z dnia 30 lipca 2024 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść oferty odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia. Podstawą faktyczną odrzucenia oferty odwołującego była okoliczność, że odwołujący w formularzu oferty i załącznikach do niej wskazał, że podmiot trzeci, na którego zasobach miał zamiar polegać przy realizacji przedmiotu zamówienia, wykona jako podwykonawca roboty zastrzeżone przez zamawiającego w rozdz. 9 ust. 6 SWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę.

Stosownie do art. 121 ustawy P.z.p. zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub

2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 ustawy P.z.p., która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte.

Okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie wskazanego przepisu, obejmują powierzenie przez wykonawcę kluczowych części zamówienia do wykonania przez podwykonawcę, pomimo iż zamawiający zażądał ich osobistego wykonania przez wykonawcę (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz: wydanie II" pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza komentarz do art. 226, ust. 6 pkt 2).

Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że odwołujący wskazał zakres prac, które zamierza powierzyć podwykonawcy, obejmujący: zagospodarowanie terenu, roboty brukarskie i instalacyjne(wod-kan). Zamawiający natomiast zastrzegł do osobistego wykonania wykonawcy roboty w zakresie zagospodarowania terenu, tj. roboty rozbiórkowe, ogrodzenie terenu, nawierzchnie utwardzone, krawężniki i obrzeża. Niewątpliwie zatem zakresy te pokrywają się ze sobą.

Tym samym Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż oferta odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w którym odwołujący wskazał roboty, które zostaną wykonane przez podwykonawcę, w sytuacji, w której zamawiający zastrzegł je do osobistego wykonania przez wykonawcę. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy P.z.p poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego należało uznać za nieuzasadniony.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych zarzutów Izba wskazuje, że odwołujący w *petitum* odwołania podniósł zarzut naruszenia art. 123 ust. 1 ustawy P.z.p. Z uzasadnienia odwołania wynika natomiast, że odnosi się ono do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba uznała zatem wskazaną w *petitum* jednostkę redakcyjną za oczywistą omyłkę i rozpoznała zarzut jako dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie żądania od odwołującego złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Argumentacja odwołującego podniesiona w odwołaniu sprowadza się do twierdzenia, iż zamawiający obowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty ,w sytuacji, w której poweźmie wątpliwości co do treści oferty, a zwłaszcza wówczas, gdy zamierza odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. W rozpoznawanej sprawie wątpliwości zamawiającego winien wzbudzić fakt, iż: *zakres obejmujący zagospodarowanie terenu dotyczy nie tylko zastrzeżonych robót do osobistego wykonania przez wykonawcę, tj. wykonanie robót rozbiórkowych, wykonanie ogrodzenia terenu, wykonanie nawierzchni utwardzonej, krawężników i obrzeży. Przedmiot zamówienia w zakresie zagospodarowania terenu obejmuje również inne niezastrzeżone czynności a mianowicie: wykonanie murów oporowych prefabrykowanych, odwodnienia powierzchniowego, wykonanie zieleni ozdobno-izolacyjnej jako uzupełnienie istniejącego terenu biologicznie czynnego, założenie nasadzeń oraz rekultywacja istniejących trawników oraz podbudowy dla nawierzchni utwardzonej. W związku z tym należy stwierdzić, że zamawiający nie zastrzegł do wykonania osobistego przez wykonawców całego zakresu robót objętego zagospodarowaniem terenu. Biorąc powyższe pod uwagę w swojej ofercie (pkt. 7) odwołujący oświadczył, że zamierza zlecić wykonanie robót podwykonawcy w zakresie prac wynikających z udostępnionych zasobów, tj. zagospodarowanie terenu, roboty brukarskie i instalacyjne (wod-kan). Faktem jest, że zamierzenie zlecenia podwykonawcy zagospodarowanie terenu nie zostało przez odwołującego sprecyzowane, jakie czynności w ramach zagospodarowania terenu będzie w rzeczywistości wykonywał podwykonawca. W związku z powyższym biorąc pod uwagę, jaki zakres robót obejmowało zagospodarowanie terenu zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz ogólnikowe oświadczenie odwołującego co do zlecenia podwykonawcy wykonania zagospodarowania terenu odwołujący stwierdził, że z tych okoliczności w żaden sposób nie można wywieść, że odwołujący powierzył wykonanie podwykonawcy kluczowych zadań, tj. roboty rozbiórkowe, ogrodzenie terenu, nawierzchnie utwardzone, krawężniki i obrzeża. Jeśli chodzi o zamiar zlecenia podwykonawcy robót brukarskich wyjaśnił, że roboty te nie obejmują wykonania układania krawężników i obrzeży, a przygotowanie podłoża, rozplanowanie układu utwardzanej powierzchni, wybór odpowiednich materiałów, a także dbałość o estetykę i trwałość wykonania. Faktem jest, że ten zakres również nie wynika wprost z oświadczenia odwołującego (pkt 7 oferty w związku z zobowiązaniem podmiotu trzeciego), to niemniej jednak nie potwierdza spełnienia przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego.*

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że odwołujący w treści odwołania sam przyznał, że nie sprecyzował w ofercie, jakie czynności w ramach zagospodarowania terenu oraz robót brukarskich zamierza zlecić podwykonawcy, a jakie zamierza wykonać sam. Podkreślenia wymaga, że odwołującemu znana była treść SWZ, w tym zarówno opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania w zakresie osobistego wykonania wskazanych części przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem odwołujący zamierzał powierzyć podwykonawcy tę część przedmiotu zamówienia, która wchodziła w zakres zagospodarowania terenu oraz robót brukarskich, ale z pominięciem robót zastrzeżonych do osobistego wykonania wykonawcy, winien był dokładnie określić zakres tych robót. Wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień musiałoby skutkować złożeniem przez niego oświadczenia w zakresie ograniczenia zakresu robót wykonywanych przez podwykonawcę do tych, których zamawiający nie zastrzegł do osobistego wykonania wykonawcy. Ograniczenie to dotyczyłoby sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, a zatem stanowiłoby istotną zmianę treści oferty, która to zmiana zakazana jest dyspozycją art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p.

Jednocześnie Izba podkreśla, że zamawiający nie jest obowiązany do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. w każdej sytuacji, w której zachodzi podstawa do odrzucenia oferty na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. Jeżeli zamawiający stwierdzi istnienie takich okoliczności i okoliczności te nie budzą jego wątpliwości, obowiązek wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie zostaje zmaterializowany. W rozpoznawanym przypadku zamawiający zasadnie uznał, że zakres robót wskazanych w ofercie odwołującego do wykonania przez podwykonawcę pokrywa się z zakresem zastrzeżonym w SWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę. Jednocześnie zamawiający miał podstawy, by stwierdzić, że ewentualne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień skutkowałoby nieuprawnioną zmianą treści oferty.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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).

Przewodniczący:……