Sygn. akt: KIO 1235/15

WYROK
z dnia 25 czerwca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2015 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: **Mostostal Warszawa S.A. (Lider), Dyskam – Ekotrade Security Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego -Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Mostostal Warszawa S.A. (Lider), Dyskam – Ekotrade Security Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego

---

Mostostal Warszawa S.A. (Lider), Dyskam – Ekotrade Security Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od Odwołującego **Mostostal Warszawa S.A. (Lider), Dyskam – Ekotrade Security Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie** na rzecz Zamawiającego **Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Krakowie** kwotę **3 221 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dwieście dwadzieścia jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby **Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1235/15

Uzasadnienie

W dniu 11 czerwca 2015 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A. (Lider) oraz Dyskam - Ekotrade Security Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym". Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. Budowa budynku dla zespołu bojowego D oraz zespołu zabezpieczenia logistycznego w kompleksie wojskowym w Lubliniec prowadzi Zamawiający Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 kwietnia 2014 r. pod numerem 2014/S 076-131083.

Odwołanie wniesiono od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia

oferty Odwołującego w toku postępowania wbrew przepisom ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego doszło do naruszenia następujących przepisów:
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"), mimo braku podstaw do takiej oceny;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż przepis ten nie znajduje zastosowania w zaistniałym stanie faktycznym, mimo wystąpienia przesłanek jego zastosowania;
- art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty, która w świetle kryteriów oceny ofert nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:
1) unieważnienia dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3) przywrócenie oferty Odwołującego jako prawidłowej i zgodnej z treścią SIWZ, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
4) wyboru i uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Informację o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia odwołania tj. pismo informujące o wyborze oferty Skanska SA z siedzibą w Warszawie oraz

o odrzuceniu swojej oferty, Odwołujący otrzymał drogą faksową i elektroniczną w dniu 3 czerwca 2015 roku, a zatem odwołanie zostało złożone w terminie wynikającym z treści art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, bowiem w świetle przyjętych kryteriów oceny oferty jego oferta niepodlegająca odrzuceniu winna być uznana za najkorzystniejszą, stąd niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego wprost powoduje pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, rodząc szkodę po jego stronie. O wniesieniu odwołania Odwołujący poinformował Zamawiającego zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania, z której wynikało, że oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na jej - w ocenie Zamawiającego - niezgodność z treścią SIWZ z podaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy prawnej, a za najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawcy Skanska S.A.

W ocenie Odwołującego, decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego jak i decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej zostały podjęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Z uzasadnienia faktycznego odrzucenia wynika, iż przyczyną tej czynności było uznanie Zamawiającego, iż Odwołujący:
1) Zaoferował urządzenie niezgodne z treścią SIWZ (dotyczy jednej pozycji nr 54 przedmiaru robót instalacji elektrycznych wewnętrznych);
2) Odwołujący wadliwie wypełnił „Oświadczenie o podwykonawcach" (zał. Nr 2 do SIWZ) podając w nim jedynie zakres zamierzonego podwykonawstwa bez wskazania nazw lub firm podwykonawców.

Dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego narusza wymienione w petitum przepisy z następujących przyczyn:
Ad 1)

W trakcie prowadzonego postępowania Zamawiający udzielał szeregu informacji w związku z zapytaniami wykonawców, zaproszonych do składania ofert, o wyjaśnienie treści SIWZ. W wyjaśnieniach z dnia 06.03.2015 r. pismem znak Nr 990A/III, w odpowiedzi na pytanie nr 13 Zamawiający poinformował m.in. o zmianie dotychczasowego brzmienia opisu pozycji nr 54 przedmiaru robót instalacji elektrycznych wewnętrznych w następujący sposób:
Pozycja nr 54:
Jest: „Aparaty elektryczne - Filtr elektroenergetycznej emisji ujawniającej klasy TEMPEST 20A/250V"
Powinno być: „Aparaty elektryczne - Filtr elektroenergetycznej emisji ujawniającej klasy TEMPEST 32A/250V"

- (tłumienie dla filtrów zasilania zarówno dla sygnałów wspólnych, jak i różnicowych w pełnym wymaganym paśmie min. 100 dB w zakresie od 100 kHz do 1 GHz./maksymalny dopuszczalny czas rozładowania wewnętrznych kondensatorów filtra do napięcia poniżej 50 V poniżej 30 sekund / przeciążalność prądowa 1,5xIn przez 15 minut i 10 x In przez 1 sekundę, /Klasa ochrony IP 64)".

Oprócz powyższej zmiany Zamawiający w ramach pytania nr 13 dokonał też m.in. zmiany opisu pozycji nr 55 i 56 poprzez dopisanie do pozycji 55 (treści tożsamej z treścią znajdującą się w nawiasie jak dla pozycji 54, natomiast w pozycji nr 56 poprzez dopisanie parametrów dla wymienionego tam filtra.

Dodatkowo Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 13 wskazał jakie aparaty spełniają opisane wymagania w zakresie filtrów klasy TEMPEST tj. CPF41032, CPF43063, CF25263.

Wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, Odwołujący w złożonej ofercie uwzględnił w wycenie wszystkie dokonane zmiany przez Zamawiającego, jakie były wprowadzane w trakcie prowadzonego postępowania, w tym również te wynikające z odpowiedzi na pytanie nr 13 w zakresie pozycji nr 54-56. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego zawartym w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, że Odwołujący nie wycenił wskazanego urządzenia ze zmienionej pozycji nr 54 tylko dlatego, że Odwołujący nie dokonał technicznej czynności zmiany opisu tej pozycji.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający udzielając odpowiedzi na wszystkie pytania do SIWZ (w tym na pytanie nr 13) nie wyjaśnił, w jaki sposób należy w ofercie wprowadzić dokonane zmiany opisów pozycji z przedmiaru, jak również sam nie przekazał wykonawcom ujednoliconych przedmiarów robót, dla których wprowadził zmiany opisów poszczególnych pozycji, co pozwoliłoby uniknąć ewentualnie takich rozbieżności. Dlatego też m.in. Odwołujący nie dokonał tej technicznej czynności zmiany opisu i przedstawił kosztorys z opisami pozycji, jakie były pierwotnie w udostępnionej przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Również postanowienia punktu 1.5. załącznika nr 5 do SIWZ „Założenia wyjściowe do kosztorysowania", gdzie Zamawiający wprost wymagał: „Opisy robót muszą jednoznacznie odpowiadać robotom wyszczególnionym w przedmiarach Zamawiającego" nie stwarzały możliwości dokonywania zmian z własnej inicjatywy. W tej sytuacji Odwołujący nie czuł się zobowiązany do dokonywania zmian opisu tych pozycji.

Odwołujący podkreślał, że zaoferował w swojej ofercie takie urządzenia jakie wymagał tego Zamawiający. Potwierdza to m.in. złożone oświadczenie Odwołującego w formularzu oferty, gdzie w punkcie 3 Odwołujący zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ. Potwierdzenie zaoferowania wymaganych urządzeń, odzwierciedlone zostało przez Odwołującego również w wyjaśnieniach złożonych przezeń 18.05.2015 r., gdzie w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie zmian dokonanych

odpowiedzią na pytanie nr 13 Odwołujący stwierdził, że: „We *wszystkich trzech pozycjach od nr 54 do nr 56 kosztorysu ofertowego dla instalacji elektrycznych Wykonawca zaoferował urządzenia wskazane przez Zamawiającego jako referencyjne w piśmie z dnia 6 marca br. (nr pisma 990A/HI) w odpowiedzi na pytanie nr 13, tj. CPF41032, CPF43063, CF25263."*

Tym samym, nieprawdziwe jest stwierdzenie Zamawiającego, że w ofercie Wykonawcy złożonej na przedmiotowe postępowanie nie znajduje się żadna informacja, że wycenił urządzenia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Wskazać również należy, że wbrew temu co twierdzi Zamawiający, zaistniały przesłanki do możliwości zastosowania przez Zamawiającego poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zaistniałym stanie faktycznym rozpatrywanej sprawy. Jeżeli Zamawiający stwierdził w ofercie Odwołującego rozbieżności w opisie pozycji nr 54, to powinien je poprawić jako omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ nie miała ona charakteru istotnego i nie miała wpływu na dokonaną wycenę. Przyjmując kierunek myślenia Zamawiającego i uznanie (chociaż z powyższych okoliczności to nie wynika), że Odwołujący miał dokonać zmiany opisu samodzielnie z uwagi na udzieloną odpowiedź Zamawiającego, to również w sytuacji, w której taka zmiana opisu nie została w kosztorysie wprowadzona, Zamawiający miał wszelkie przesłanki do tego, aby samodzielnie dokonać zmiany tego opisu stosując procedurę właśnie z art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp. Wiedza na temat jak należało poprawić tę omyłkę wynikała z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi m.in. na pytanie nr 13 w zakresie pozycji 54 przedmiaru. W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający w odniesieniu do oferty Odwołującego, ale także do pozostałych ofert wykonawców, stosował z powodzeniem poprawianie omyłek z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i to właśnie do rozbieżności powstałych w wyniku niedokonania zmian opisu pozycji przedmiarów a wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku udzielonych wyjaśnień i odpowiedzi na pytania z dnia 06.03. br. I tak Zamawiający poprawił m.in. w ofercie Odwołującego opis pozycji z nr 55 oraz pozycji 56 przedmiaru. Jako dowód przedstawiono pismo informujące o dokonanych poprawkach z dnia 27.05.2015 roku, str. 13 nr 62 i 63. Dlatego też dziwi fakt, że w stosunku do wprowadzonej zmiany opisu dla pozycji nr 54 Zamawiający zaniechał dokonania jej poprawy jako omyłki, mimo iż za jej poprawieniem przemawiały okoliczności jej zaistnienia. Taki stan przeczy również tłumaczeniu się Zamawiającego jakoby niemożność skorzystania przez niego z poprawienia tej omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 wynikała z faktu braku dysponowania niezbędnymi informacjami do jej poprawienia. Konieczne jest także wskazanie, iż poprawienie omyłki w przedmiotowym przypadku nie prowadziłoby w żadnym razie do dokonania istotnej zmiany w treści oferty. Wskazać tu bowiem należy, że:
- kwestionowana omyłka wystąpiła w jednej pozycji na 1769, jakie ma cały kosztorys ofertowy z załącznikami, tj. w mniej niż 0.05% pozycji;

- wartość pozycji objętej omyłką wynosi 90 326,56 złotych, tj. 0.3% wartości zamówienia (którego wartość wynosi 29.773.028,01 zł).
Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO przemawiające za zasadnością poprawy, w tym uchwałę KIO z dnia 19.10.2010 r., KIO/KD 74/10, wyrok KIO z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt KIO 689/11.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że wystarczająco jednoznacznie zarówno w swoim oświadczeniu złożonym w formularzu oferty jak i w swoim wyjaśnieniu z dnia 18 maja br. wskazał, że przyjął i wycenił w swojej ofercie wymagane przez Zamawiającego urządzenia (w tym z pozycji 54), które posiadają wymagane parametry techniczne, zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego zmianami opisu pozycji w odpowiedzi na pytanie nr 13 z dnia 06.03.br. Zamawiający powinien był zastosować procedurę określoną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonać poprawienia omyłki, ponieważ wszystkie przesłanki do zastosowania tego przepisu były spełnione. W przypadku, w którym przesłanki zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zostały spełnione, Zamawiający nie powinien w sposób dowolny, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, podejmować decyzję o jego zastosowaniu bądź nie. Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, naruszył więc art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a zarzut zasługuje na uwzględnienie.
Ad 2)

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że niniejsze postępowanie udzielane jest w oparciu o Dyrektywę 2009/81/WE, w związku z czym jest on zobligowany stosować przepisy Rozdziału 4a ustawy Pzp. Z powyższej okoliczności wyprowadza on błędny wniosek, iż wszystkie przepisy Działu III Rozdziału 4a ustawy Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący.

Przepisy Działu III Rozdział 4a ustawy Pzp mają częściowo charakter *ius cogens,* a częściowo *ius dispositivum.* Szereg przepisów tego rozdziału tworzy uprawnienie po stronie Zamawiającego do skorzystania z określonych narzędzi prawnych, nie obligując go do tego. Do takich przepisów należy np. przepis pozwalający znieść tzw. preferencje europejskie (art. 131 d ust. 2), przepis pozwalający na odstąpienie od obowiązku wykluczenia wykonawcy z określonych w nim przyczyn (art. 131e ust. 5), przepis pozwalający określić szczególne wymagania w celu zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych (art. 131 g ust. 1), czy - ważny w przedmiotowej sprawie - przepis pozwalający zamawiającemu określić wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie podwykonawstwa (art. 131g ust. 3) i inne.

Regulacja dot. podwykonawstwa jest w Rozdziale 4a bardzo rozbudowana oraz przewiduje alternatywne rozwiązania, tj. uprawnia Zamawiającego do żądania większego zakresu informacji co do podwykonawstwa w stosunku do art. 36b ustawy Pzp, czy uprawnia

go do zobowiązania wykonawcy do zawarcia umowy o podwykonawstwo. Tam, gdzie ustawa upoważnia Zamawiającego do żądania np. większego zakresu informacji od wykonawcy, tam Zamawiający ma możliwość skorzystania z pełnego tak zwiększonego zakresu informacji, jak i do jego ograniczenia odpowiednio do swoich potrzeb.

Zamawiający, korzystając z uprawnień wynikających z ww. Rozdziału 4a ustawy Pzp, powinien każdorazowo wskazywać na podstawę prawną takiego żądania celem uniknięcia wątpliwości co do treści swoich wymagań. W niniejszym przypadku, Zamawiający w żadnym miejscu ogłoszenia o zamówieniu czy SIWZ nie przywołał art. 131g ust. 3 ustawy Pzp. Jak natomiast wynika z samej treści tegoż przepisu *(„Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w zakresie podwykonawstwa (...)”),* Zamawiający powinien był określić w opisie przedmiotu zamówienia, jakie są jego wymagania w zakresie podwykonawstwa. Opis przedmiotu zamówienia nie zawiera w tym względzie jednak żadnej wzmianki. Nie została zatem dopełniona formalna przesłanka skorzystania z przepisu art. 131g ust. 3 ustawy Pzp przez Zamawiającego i przepis ten nie może stanowić podstawy żądania od wykonawców podania nazw (firm) podwykonawców. W konsekwencji, nieuzasadnione jest stanowisko Zamawiającego, który tym przepisem tłumaczy spełnienie przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego.

W odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, zwrócić należy uwagę na istotną rozbieżność w dokumentacji przetargowej, która mogła wprowadzić w błąd wykonawców co do trybu, według jakiego Zamawiający postępuje. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu (punkt 11.1.7 Informacje na temat podwykonawstwa): *„Oferent ma obowiązek wskazać w swojej ofercie część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim oraz podać wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiot umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani. Oferent ma obowiązek poinformować o wszelkich zmianach na poziomie podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia”.* Jak wynika z cytatu, wykonawca składając ofertę nie musiał mieć już zawartych umów w sprawie podwykonawstwa ani wybranych kontrahentów, skoro postanowienie to - analogicznie do art. 36b ust.1 ustawy Pzp - wskazuje na zamiar zlecenia wykonania, a nie na powierzenie części zamówienia podwykonawcom.

Istotna jest bowiem różnica pomiędzy brzmieniem art. 36b ust. 1, a art. 131 g ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp, otóż:
- wg art. 36b ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy (...),
- wg art. 131 g ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp: Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania (...) w zakresie podwykonawstwa, dotyczące wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom (...).

Z treści ogłoszenia o zamówieniu jednoznacznie zdaniem Odwołującego wynika, że w niniejszym przypadku Zamawiający przywołał określenie właściwe dla art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, a zatem że wykonawca mógł zamierzać powierzyć podwykonawcom określoną część zamówienia, nie musiał natomiast mieć już wybranych podwykonawców, ani zawartych z nimi umów w chwili składania oferty. Przy zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcom oczywiste jest, że nie zostały sfinalizowane prace związane z wyborem podwykonawców i zawarciem z nimi umów, że te są w toku, i tym się ta sytuacja różni od tej, w której wiadomo już, że wykonanie zostanie powierzone określonym wykonawcom.

Wskazać należy, że stosownie do art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, zasadą jest, iż niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści SIWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. W związku z tym, punkt 11.1.7 ogłoszenia o zamówieniu nie może być zmieniany późniejszą treścią SIWZ, a postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane tak, aby pozostawały w sprzeczności z ogłoszeniem o zamówieniu. Nie jest zatem uzasadnione twierdzenie Zamawiającego, że niewskazanie w „Wykazie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom w załączniku nr 2 do SIWZ nazw (firm) podwykonawców stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ”. Odwołujący miał prawo nie podać nazw (firm) podwykonawców w świetle treści ogłoszenia o zamówieniu, biorąc pod uwagę, iż zgodnie z tym ogłoszeniem, nie miał jeszcze zawartych umów o podwykonawstwo, tj. nie miał jeszcze wybranych podwykonawców.

Konieczne jest wskazanie na cel regulacji, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa informacji niejawnych. W zamówieniach z dziedziny obronności i bezpieczeństwa kluczową sprawą jest ochrona informacji niejawnych, a to wymaga posiadania poświadczeń i świadectw bezpieczeństwa od osób (fizycznych i prawnych), które do tych informacji uzyskują dostęp. W związku z tym, nie tylko wykonawca musi takie świadectwo i poświadczenia posiadać, ale również jego podwykonawcy i ich personel. Zamawiający zatem ma prawo wiedzieć, kto uzyskał dostęp do informacji niejawnych, a informację tę pozyskuję m.in. poprzez wskazanie przez wykonawcę w ofercie, kim są podwykonawcy. W przypadku jednak, w którym podwykonawcy nie zostali wybrani, nie zachodzi takie ryzyko i interes Zamawiającego nie zostaje zagrożony. Nie ma innego celu wskazania podwykonawcy z nazwy (firmy) w ofercie.

W związku z powyższym, nie jest konieczne, aby wykonawca na etapie składania ofert musiał mieć już wybranych podwykonawców, jeśli natomiast miałby ich już wybranych - musiałby podać w ofercie ich nazwę (firmę). Takiego wymagania Zamawiający nie zawarł też ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ. Co więcej, we wzorze umowy (par. 9) Zamawiający przewidział możliwość powołania nowych podwykonawców (ust. 4) lub zmianę

podwykonawców (ust. 7). Istotne jest zatem, aby Zamawiający wiedział, jakie części zamówienia są przewidziane do powierzenia podwykonawcom i w tym zakresie możliwe będzie powołanie tychże podwykonawców na podstawie postanowień umowy.

W rozumieniu Odwołującego, miał on prawo wskazać na zamierzony zakres podwykonawstwa, nie musiał on jednak wskazywać nazw (firm) podwykonawców, jeżeli ci nie zostali jeszcze wybrani. Rozumienie to jest zgodne z treścią dokumentacji przetargowej, ustawą Pzp oraz ratio przepisu art. 131g ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej, należy jednak zauważyć, że przyjęcie odmiennej interpretacji tegoż wymagania Zamawiającego nie może skutkować uznaniem oferty Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ i w konsekwencji odrzuceniem jej, jako że Zamawiający w SIWZ sam przewidział sankcję mniej dotkliwą za taką sytuację.

W SIWZ Zamawiający żądał oświadczenia pt. „Wykaz części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom lub oświadczenie wykonawcy, że wykona zadanie własnymi siłami (wzór - zał. Nr 2)" (punkt 8.2.4. SIWZ). Tytuł ww. wykazu wskazuje na rozbieżność w stosunku do wymagania określonego w punkcie II.1.7. ogłoszenia o zamówieniu, jako że używa określenia „której wykonanie powierzy", co wskazuje na wewnętrzną nieścisłość dokumentacji przetargowej, przy czym nazwa tytułu załącznika ma drugorzędne znaczenie w świetle punktu II.1.7. ogłoszenia o zamówieniu. W dalszej części tego punktu Zamawiający precyzuje, że: *„w przypadku niewypełnienia lub niedołączenia ww. dokumentu do oferty, Zamawiający uzna, że wykonawca wykona zadanie własnymi siłami".* Zamawiający przewidział zatem sankcję za niewypełnienie lub niedołączenie ww. dokumentu mniej dotkliwą i bardziej adekwatną aniżeli odrzucenie oferty. Podkreślić przy tym należy, że niepodanie nazw (firm) podwykonawców Zamawiający w takim przypadku powinien był potraktować jako niewypełnienie dokumentu, gdyż tym to w istocie jest. Tymczasem, Zamawiający zastosował bardziej dotkliwą sankcję za mniej dotkliwe „przewinienie" i odrzucił ofertę.

Tym samym, mając na względzie wnioskowanie a maiori ad minus nie sposób zgodzić się z stanowiskiem Zamawiającego.

Odwołujący w sposób jednoznaczny wykazał brak zasadności zastosowania przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż przepisy szczególne w zakresie realizacji zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przewidują możliwość określenia przez Zamawiającego przesłanek odrzucenia oferty innych niż przesłanki, o których mowa w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazuje na to wprost regulacja przewidziana w art. 131l ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przy czym ustawodawca warunkuje ich określenie już w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Zasadami, które w tym zakresie ustawodawca uznał za wiodące jest konieczność zabezpieczenia przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez określenie

tychże przesłanek w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie skorzystał z normy prawnej wynikającej z art. 131l ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko wzmacnia interpretacja postanowień art. 131g ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, z której to wynika, iż zastosowanie przewidzianego w tym przepisie mechanizmu wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz podania nazw (firm) podwykonawców wraz z przedmiotem umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani, możliwe jest dopiero w przypadku, w którym wykonawca nie jest zobowiązany przez zamawiającego do wyboru podwykonawców zgodnie z procedurą określoną w rozdziale 4a działu II ustawy Pzp. Celem opisania całego mechanizmu określonego przez ustawodawcę, należy prześledzić przepisy tegoż rozdziału. Przewidziana ostatnio przywołanym przepisem ustawy procedura została sprecyzowana w art. 131m i 131n ustawy Pzp. Procedurę tą należy ocenić jako konstrukcję kwalifikowaną, rygorystyczną w swym zamyśle, w kontekście swobody spełnienia świadczenia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy te określają procedurę zobowiązania wykonawcy do zawarcia umowy o podwykonawstwo przez zamawiającego, wskazując już w treści ogłoszenia o zamówieniu procentowy przedział wartości, który może być przedmiotem umowy o podwykonawstwo; przy czym łączna wartość takich umów nie może przekroczyć 30 % wartości zamówienia. Stosownie do art. 131m ust. 5 ustawy Pzp, jak wskazał ustawodawca, gdy zamawiający tego zażąda, wykonawca zobligowany jest wskazać w ofercie część zamówienia, którą powierzy podwykonawcom w celu spełnienia obowiązku zawarcia umowy o podwykonawstwo. Porównanie tejże regulacji, w której ustawodawca wskazuje w sposób kategoryczny obowiązek wykonawcy poprzez użycie zwrotu: „wskazuje w ofercie część zamówienia, którą powierzy (...)", z treścią art. 131 g ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, w której wskazano „części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie (...) są oni proponowani", pokazuje ewidentną różnicę pomiędzy przewidzianą konsekwencją zastosowania obu regulacji. Kwalifikowana procedura wyłonienia podwykonawców (art. 131m ust. 1 ustawy Pzp), nakłada ponadto na wykonawcę obowiązek wszczęcia postępowania w sprawie wyboru podwykonawców, poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na podwykonawstwo, w zakresie którego wykonawca, czyli niejednokrotnie podmiot niezobligowany do stosowania przepisów ustawy Pzp, ma obowiązek stosowania odpowiednio jej przepisów dotyczących ogłoszenia o zamówieniu. Wskazuje to na szczególny charakter reglamentacji prowadzonego postępowania zmierzającego do wyłonienia podwykonawców, przy czym skutek przeprowadzonej procedury o udzielenie zamówienia na podwykonawstwo, może okazać się taki, iż wykonawca nie udzieli zamówienia na podwykonawstwo żadnemu podmiotów, który będzie się ubiegał o takie zamówienie. W takim wypadku, należy mieć na względzie normę prawną wynikającą z treści art. 131m ust. 7 ustawy Pzp, stosownie do

---

której powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcy nie zwalnia wykonawcy wobec zamawiającego z odpowiedzialności za wykonanie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. A zatem, nawet przeprowadzenie skomplikowanej procedury wyłonienia podwykonawców, nie zwalnia wykonawcy od spełnienia świadczenia na rzecz zamawiającego.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę również na regulację przewidzianą w art. 131p ustawy Pzp, odnosi się ona do zakresu robót, które nie zostały przewidziane poprzez określenie zakresu wartości umowy przy zastosowaniu formuły wyłonienia podwykonawców w myśl art. 131m ust. 1 ustawy Pzp. Sytuacja taka może mieć miejsce z inicjatywy wykonawcy, poprzez zawarcie stosownej propozycji w ofercie, wskazującej część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom oraz nazwy (firmy) podwykonawców, jeżeli zostali wybrani. Żądanie przez zamawiającego, by pewien procent zamówienia był przez nie realizowany podwykonawców, ogranicza wykonawcy w powierzeniu podwykonawcom większej części zamówienia. Jeśli podwykonawcy zostali wybrani, zamawiający, znając ich nazwy, nie ma władztwa zezwalającego mu na odmowę ich zaakceptowania, chyba że zajdzie okoliczność, o której mowa w art. 131r. Jeśli natomiast podwykonawcy nie zostali wybrani - ich wybór następuje na zasadach odmiennych w zależności od tego, czy podwykonawstwo zawiera się w części procentowo narzuconej przez zamawiającego, czy też nie. Wyłącznie do tej części wykonawca musi wybrać podwykonawcę według reguł określonych w art. 131n. Do pozostałej części wybór następuje w sposób dowolny (tj. bez konieczności ogłaszania o naborze), jednak każdy podwykonawca na żądanie zamawiającego musi wykazać spełnianie warunków przewidzianych dla wykonawcy. Podkreślić należy, iż opisana powyższej szczegółowa regulacja określająca

procedurę wyboru podwykonawców, jak również żądanie sprecyzowane w oparciu o art. 131g ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, nie ograniczają uprawnień zamawiającego wynikających z art. 131r ust.1-4.

Powyższe uwagi i skutki przewidziane ustawą Pzp należy odnieść do kwestionowanych przez Odwołującego czynności Zamawiającego, które w żadnej mierze nie opierają się o dyspozycje obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Odmienna ocena zaistniałego stanu faktycznego prowadziłaby do sytuacji, w której Odwołujący, który samodzielnie spełnia wszelkie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, a ponadto gwarantuje samodzielną realizację zamówienia (Zamawiający mógłby przecież odmówić wyrażenia zgody na zaproponowane firmy podwykonawcze stosownie do art. 131r ustawy Pzp), nie mając na etapie składania ofert wyłonionych podwykonawców na wskazane w ofercie części zamówienia i tym samym nie mogąc ich zaproponować, pozbawiony będzie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

12

Podsumowując, Odwołujący uważa, iż dopuszczalne jest w świetle art. 131g ust. 3 pkt 1, art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, punktu 11.1.7 ogłoszenia o zamówieniu oraz § 9 wzoru umowy przyjęcie, iż na etapie składania ofert wykonawca nie musi mieć wybranych (wszystkich) podwykonawców, musi jednak wskazać części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, aby takie powierzenie podwykonawstwa było dopuszczalne w świetle umowy. Oferta Odwołującego, w której wskazany został zakres podwykonawstwa, pozostaje zatem w zgodzie z SIWZ.

Z ostrożności procesowej, w razie uznania, iż Odwołujący niewłaściwie zrozumiał dokumentację przetargową wskazano, iż bezpodstawne było odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie podwykonawstwa, skoro w SIWZ przewidziana została inna sankcja za niezgodność oferty z SIWZ w zakresie podwykonawstwa.

Bez względu na przyjęty sposób oceny obowiązków wykonawców co do wskazania zakresu podwykonawstwa, w żadnym przypadku nie aktualizują się przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten został przez Zamawiającego naruszony i zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na powyższe, odwołanie zdaniem Odwołującego zasługuje na uwzględnienie w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Przystępującego po stronie Zamawiającego, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

13

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie.** Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości przedstawiając szczegółową argumentację merytoryczną.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że **odwołanie nie mogło być uwzględnione.**

W zakresie zarzutu dotyczącego błędów w kosztorysie ofertowym ustalono, że w dniu 6 marca 2015 roku Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 13 zmienił treść SIWZ w odniesieniu do pozycji 54, 55, 56 kosztorysu robót elektrycznych wewnętrznych. Z opisu pozycji 54 kosztorysu ofertowego Odwołującego wynika, że przedstawił on pozycję 54 w brzmieniu sprzed zmiany SIWZ. Dodatkowo w zestawieniu materiałów w pozycji 12 wskazał – filtr elektroenergetycznej emisji ujawniającej klasy TEMPEST 20A/250V, a więc urządzenie wymagane pierwotnymi zapisami SIWZ. W ocenie Zamawiającego wykonawca nie wskazał w ofercie wymaganego filtra o parametrze prądu znamionowego 32A. Zamawiający nie posiadał żadnych danych wyjściowych do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z uwag natury ogólnej dostrzec należy, że stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższe brzmienie przepisu zostało nadane ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008 roku.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy*

- Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W *projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (…). Należy również podkreślić,* że *proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami (…)”.*

Bezspornym było między Stronami to, że oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ, w zakresie pozycji 54 kosztorysu inwestorskiego. Należało więc rozważyć, czy poprawienie oferty było możliwe przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Sam fakt, że poprawa dotyczyła składowych ceny, a więc *essentialia negotii* przyszłej umowy nie przemawiał jeszcze za brakiem dopuszczalności poprawy omyłki. Przypomnienia wymaga, że Sąd Najwyższy w uchwałach z 20.10.2011 r. wydanych w sprawach o sygn. akt III CZP 53/11 i III CZP 54/11 wyraził pogląd, że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą być poprawiane niezgodności oferty z SIWZ w obszarze ceny ofertowej.

Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez

Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści SIWZ; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa. Granicą dopuszczalności zastosowania przedmiotowej regulacji prawnej jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą niedozwolonych negocjacji oraz możliwość samodzielnego działania Zamawiającego, który bez udziału wykonawcy zna sposób poprawienia stwierdzonej omyłki.

Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek Zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający prawidłowo nie zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do oferty Odwołującego, ponieważ przekroczone zostałyby granice dopuszczalności poprawiania omyłek.

Przede wszystkim zauważyć należy, że w ofercie Odwołującego nie znajduje się żadna informacja potwierdzającą okoliczność wyceny wymaganego urządzenia. Odwołujący nie załączył do oferty wymaganych kart katalogowych potwierdzających, że filtry wskazane w kosztorysie spełniają parametry określone przez Zamawiającego. W zestawieniu materiałowym również ujęto urządzenie o parametrach sprzed zmiany SIWZ. Złożenie kart katalogowych wraz z wyjaśnieniami, dotyczącymi innych pozycji kosztorysowych, nie mogło być uznane za potwierdzenie prawidłowej wyceny pozycji 54 kosztorysu. Zdaniem składu orzekającego omyłka w pozycji 54 nie polegała na niedokonaniu prostej technicznej czynności zmiany opisu tej pozycji. Za niewystarczające do potwierdzenia prawidłowości treści oferty uznano także złożone oświadczenie w formularzu oferty, w punkcie 3, w którym Odwołujący zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ. Oświadczenie to nie potwierdza wyceny prawidłowego urządzenia. Oświadczenie ma bowiem charakter ogólny, z treści samego oświadczenia nie można wyprowadzić wniosku o prawidłowości sporządzenia kosztorysu ofertowego odpowiadającego wymaganiom przedmiarów robót. Odwołujący zarówno w pozycji 54 kosztorysu ofertowego, jak też w zestawieniu materiałów wskazał aparat o parametrze 20A, zamiast wymaganych 32A. Zamawiający nie miał więc żadnych wątpliwości, że Odwołujący zaoferował urządzenie nie odpowiadające wymogom SIWZ.

Także złożone wyjaśnienia dotyczące pozycji 55 i 56 nie mogły sanować błędów oferty Odwołującego. Opisy wymienionych pozycji wskazywały, że Odwołujący zaoferował urządzenia zgodne w wymaganiami SIWZ, nie podał jedynie części parametrów tych urządzeń i nie załączył kart katalogowych. Wobec tego Zamawiający zdecydował się na wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oferty. Złożone karty katalogowe potwierdziły wymagane parametry, nie mogły jednak one potwierdzić prawidłowości sporządzenia kosztorysu w odniesieniu do pozycji 54, ponieważ co innego wynikało z zapisów tej pozycji. W żadnej części oferty nie zostało wymienione urządzenie, o którym wspominał Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2015 roku. Słusznie w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Zamawiający twierdził, że tam, gdzie wykonawca wskazał materiały

i urządzenia, ale brakowało pewnych elementów pozycji do potwierdzenia prawidłowości oferty, możliwe było zastosowanie art. 87 ust. 1, a następnie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Istniały bowiem w ofercie informacje pozwalające na dokonanie stosowanych poprawek. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że poprawa pozycji 54 prowadziłaby do zmiany urządzeń niezgodnych z SIWZ na urządzenia zgodne z wymaganiami Zamawiającego, to zaś przekroczyłoby granicę dopuszczalności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. O omyłce, do której można zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp można mówić jedynie wtedy, kiedy Zamawiający posiada wszelkie dane niezbędne do samodzielnego poprawienia

omyłki. Taka poprawa może być poprzedzona wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień, jednakże składane wyjaśnienia nie mogą zmienić istoty treści oferty. Zamawiający nie miał przesłanek do samodzielnego poprawienia pozycji 54, gdyż dopiero w wyjaśnieniach Odwołujący wskazał urządzenie, którego Zamawiający wymagał, podczas gdy treść oferty przeczyła spełnieniu określonych wymagań. Samodzielne poprawienie treści oferty przez Zamawiającego, przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, byłoby zdaniem składu orzekającego przekroczeniem uprawnień do poprawiania w ofercie innych omyłek, dokonana poprawa niewątpliwie wiązałaby się z istotną zmianą treści oferty. Choć art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozwala na korygowanie różnego rodzaju niedoskonałości ofert, to ocena istotności zmiany niewątpliwie wpływa na możliwość działań Zamawiającego. Ponownie podkreślić należy, że jeżeli żadna część oferty nie wskazywała na zastosowanie urządzenia o wymaganych parametrach, to Zamawiający takiej omyłki nie mógł poprawić. Co warte dostrzeżenia, Odwołujący na rozprawie nie przedstawił też dowodów potwierdzających jego stanowisko, choćby w zakresie ceny urządzenia, że możliwe jest zakupienie urządzenia o wymaganych parametrach w zaoferowanej w pozycji 54 cenie. Złożone przez Przystępującego zestawienie cenowe, będące dokumentem o charakterze prywatnym, nie miało istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, ponieważ to nie zagadnienie rażąco niskiej ceny było przedmiotem rozpoznania przed Izbą, tym niemniej udowodnienie przez Odwołującego prawidłowości swojej wyceny, mogłoby zmienić jego sytuację procesową. Odwołujący tymczasem zaniechał jakiegokolwiek postępowania dowodowego. Zaoferowanie zatem innego urządzenia niż wymagał tego Zamawiający uznać należało za złożenie oferty o treści nie odpowiadającej treści SIWZ, co rodziło po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia takiej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego

przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy, usługi bądź też roboty budowlanej, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, parametrów minimalnych, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. W ocenie Izby taką ofertę złożył w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący, ponieważ nie wykazał, że parametry urządzenia wymaganego w pozycji 54 kosztorysu ofertowego zostaną spełnione przez oferowany produkt przy wykonywaniu zamówienia.

Co do zarzutu braku podania nazw (firm) podwykonawców w oświadczeniu załączonym do oferty Odwołującego, ustalono że z punktu II.1.7 ogłoszenia o zamówieniu (Informacje na temat podwykonawstwa) wynika, że oferent miał obowiązek wskazać w swojej ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim oraz podać wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiot umowy o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani.

W załączniku nr 2 do SIWZ (Oświadczenie o podwykonawcach), Zamawiający zobowiązał do podania w pkt 1 oświadczenia zakresu zamówienia, jaki zostanie powierzony podwykonawcom oraz nazwy (firm) podwykonawców. We wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, w § 9 ust. 1, Zamawiający wskazał: *„Wykonawca będzie wykonywał przedmiot umowy siłami własnymi i za pomocą podwykonawców (nazwa lub firma podwykonawców) w zakresie…… zgodnie z oświadczeniem wykonawcy złożonym w oparciu o art. 131g ust. 3 pkt 1 ustawy pzp (…)”.*

Wykonawca załączył oświadczenie, w którym wskazał trzy zakresy zamówienia, jakie zostaną powierzone podwykonawcom (roboty budowlane, roboty elektryczne, roboty sanitarne). Wykonawca nie wypełnił kolumny pn. Nazwa wykonawcy.

Wezwany do złożenia wyjaśnień, wskazał, że zgodnie z art. 36b ustawy Pzp obowiązek podania nazw podwykonawców odnosi się wyłącznie do tych podmiotów, na których zasoby wykonawca się powołuje w oparciu o art. 26 ust.2b. w przypadku oferty

wykonawcy z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Z tego też względu, fakt umieszczenia przez Zamawiającego w formularzu oferty rubryki dotyczącej nazw podwykonawców czy sformułowanie takiego żądania w ogłoszeniu o zamówieniu w brzmieniu nieodpowiadającym zakresowi ustawowemu, zdaniem wykonawcy należy interpretować ściśle w kontekście art. 36b ustawy Pzp. Co do zasady, obowiązek wykonawcy wynikający z art. 36b ogranicza się do informacji o częściach zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Inna, rozszerzająca interpretacja powołanego przepisu, jest, zdaniem wykonawcy sprzeczna z intencją ustawodawcy.

18

W ocenie Izby zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w oparciu o Dyrektywę 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (dalej jako „dyrektywa obronna"). Zamawiający wobec powyższego w postępowaniu stosował przepisy rozdziału 4a ustawy Pzp – zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W tym zakresie przepisy o podwykonawcach, to jeden z elementów wyróżniających zasady prowadzenia postępowań w dziedzinie obronności. Udzielając zamówień w dziedzinie obronności Zamawiający może zastosować szczególne wymagania dotyczące zasad korzystania przy realizacji zamówienia z podwykonawstwa. Warunkiem jest poinformowanie o powyższym fakcie wykonawców już na etapie ogłoszenia o zamówieniu.

W oparciu o art. 131g ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający może określić wymagania w zakresie podwykonawstwa, żądając wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający określił takie wymagania już w ogłoszeniu o zamówieniu, korzystając z druków standardowych formularzy zawierających wzory ogłoszeń określonych przez Komisję. Punkt II.1.7 tego wzoru pozwala na zaznaczenie odpowiednich punktów, gdy Zamawiający chce zastosować określone reguły. Zamawiający w postępowaniu zaznaczył, że *„oferent ma obowiązek wskazać w swojej ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim oraz podać wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiot umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani".*

Poddając analizie zapisy dokumentacji z postępowania, Izba zważyła, że między zapisami ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisami SIWZ, w tym wzoru umowy, nie zachodzą rozbieżności, które można byłoby tłumaczyć na korzyść Odwołującego. Tak ogłoszenie o zamówieniu, jak też SIWZ wymagało podania zarówno zakresu, który powierzony zostanie do wykonania podwykonawcy, jak też wskazania nazwy (firmy) tegoż podmiotu. Argumentacja Odwołującego, że zapisy ogłoszenia wskazują raczej na stosowanie art. 36b ustawy Pzp nie znajduje oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym. Kwestia użycia w ogłoszeniu sformułowania „zamierza zlecić", podczas gdy art. 131g ustawy Pzp używa sformułowania „wykonanie powierzone zostanie", jest kwestią odnoszącą się do korzystania z wzorów ogłoszeń ustalonych odgórnie oraz kwestią tłumaczenia samej dyrektywy obronnej. Obowiązek podania w ofercie kompletu informacji na temat podwykonawców, w tym także ich nazw (firm) nie pozostawiał, zdaniem składu orzekającego Izby, żadnych wątpliwości. Równie klarowna była treść załącznika nr 2 do SIWZ. Jeżeli natomiast

19

---

wykonawca uważał, że Zamawiający stosuje przepisy w sposób nieprawidłowy, to powyższe winien sygnalizować na wcześniejszym etapie postępowania, czego nie uczynił.

Konfrontując ze sobą treść złożonych w postępowaniu wyjaśnień oraz treść odwołania, również nie sposób nie zauważyć pewnej niespójności. W wyjaśnieniach wykonawca wskazuje, że jego zdaniem Zamawiający nie może od niego wymagać wskazania nazw podwykonawców, bo zastosowanie znajdą regulacje podstawowe Pzp, wymagające podania nazw podwykonawców tylko w przypadku posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. W odwołaniu natomiast Odwołujący wykazywał, że w momencie składania oferty nie musiał mieć wybranych podwykonawców, bo Zamawiający zrezygnował z procedury weryfikacyjnej w stosunku do podwykonawców na etapie badania

i oceny ofert, wyłączając zastosowanie specjalnej procedury wyłonienia podwykonawcy. Przedstawione argumenty są ze sobą sprzeczne, więc nie jest do końca znana przyczyna, dla której wykonawca nie wypełnił części załącznika nr 2 odnoszącej się do nazw podwykonawców. W ocenie Izby było to po prostu przeoczenie wykonawcy. Słusznie także zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że w przypadku gdyby Zamawiający wymagał od wykonawców wyboru podwykonawców zgodnie z procedurą określoną w rozdziale 4a, to żądanie podania w ofercie nazw podwykonawców byłoby po porostu nielogiczne. Dopiero właśnie, gdy Zamawiający rezygnuje z rygorystycznego trybu wyłaniania podwykonawców może żądać podania nazw podwykonawców, ponieważ wybór podmiotu gwarantującego prawidłową realizację zadania pozostaje całkowicie w gestii wykonawcy. Zamawiający zaś stosując jedynie art. 131g ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp ma prawo wymagać podania nazw (firmy) podwykonawców.

Nie sposób zgodzić się także z argumentacją Odwołującego, że niepełne wypełnienie dokumentu o podwykonawcach Zamawiający powinien potraktować jako dokument niewypełniony i przyjąć założenie, że wykonawca całe zadanie wykona samodzielnie. Takiemu rozumieniu przeczą informacje wynikające ze złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli. W oświadczeniu tym Odwołujący jasno i wyraźnie wskazał jaki zakres wykonywali będą podwykonawcy, skreślił również oświadczenia stanowiące, że zadanie wykona samodzielnie. Zatem sytuacja niewypełnienia dokumentu lub niezałączenia dokumentu nie może być brana pod uwagę. Odpowiednie oświadczenie zostało przez wykonawcę załączone do oferty i wypełnione (choć w sposób nieprawidłowy), w taki zakresie, w jakim wykonawca uznał za stosowane.

Podanie informacji o nazwach (firmach) podwykonawców niewątpliwie stanowi istotny element treści oferty, zwłaszcza przy zastosowaniu regulacji dyrektywy obronnej, którego to braku w treści nie można w żaden sposób sanować. W rozpatrywanym przypadku wskazanie nazw podwykonawców nie miało jedynie znaczenia informacyjnego. Zamawiający we wzorze umowy odnosił się do aspektu wykonywania umowy przy pomocy określonych

podmiotów, a więc informacje znajdujące się w ofercie mógł uznawać za wiążące. Powyższe potwierdza stanowisko orzecznictwa i doktryny przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Z uwagi na powyższe Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: