Sygn. akt:KIO 883/24
KIO 896/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Maria Kacprzyk
Joanna Gawdzik-Zawalska
Małgorzata Jodłowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A.w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 883/24),
B.w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 896/24),
w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich

przy udziale:

1.uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 883/24 - wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,
2.uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 883/24 - wykonawcy Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
3.uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 896/24 - wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,

orzeka:

KIO 883/24

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie;
2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

KIO 896/24

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

poniesioną przez odwołującego Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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.

Przewodnicząca:……

……

……

Sygn. akt:KIO 883/24
KIO 896/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Rozbudowa al. Śmigłego-Rydza na odcinku od skrzyżowania z ul. Dąbrowskiego do skrzyżowania z ul. Broniewskiego i ul. Niższej na odcinku od skrzyżowania z ul. Broniewskiego do skrzyżowania z ul. Śląską wraz z budową pętli tramwajowo-autobusowej przy skrzyżowaniu ul. Niższej i ul. Śląskiej*", numer referencyjny: ZIM-DZ.2621.15.2023, dalej zwane: „Postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 198-619486 z dnia 13 października 2023 roku. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp".

KIO 883/24

W dniu 18 marca 2024 roku Odwołujący – wykonawca Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Trakcja" lub „Trakcja") działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego: odrzucenia oferty złożonej przez Trakcja na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp, wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie („Strabag") oraz – ewentualnie - zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie prac lub robót, które faktycznie wykonają podwykonawcy w ramach zakresów określonych w treści Formularza Oferty.

Odwołujący Trakcja zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Trakcja z uwagi na jej niezgodność z przepisami ustawy Pzp (tj. art. 462 ust. 1 Pzp) polegającą na rzekomym zamiarze powierzenia podwykonawcom do wykonania całości przedmiotu zamówienia, pomimo że, jak wynika zarówno z treści oferty Odwołującego Trakcja oraz udzielonych wyjaśnień, nigdy nie było to zamiarem lub intencją Odwołującego Trakcja, w szczególności zaś nie znajduje potwierdzenia w złożonych przez niego oświadczeniach i dokumentach,
2) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Strabag w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta złożona przez Odwołującego Trakcja, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego odrzucenia oferty Trakcji.

Odwołujący Trakcja podniósł także następujące zarzuty ewentualne:

3) art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zastosowania względem oferty złożonej przez Trakcję procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 223 ust. 1 Pzp w celu ustalenia, jaka część prac lub robót – w ramach zakresów wskazanych w pkt 11 Formularza Oferty złożonego przez Odwołującego oraz załączniku nr 1 do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 2 lutego 2024 r. – ma zostać wykonana przez podwykonawców;
4) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący Trakcja wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Trakcja, dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Trakcja (w tym wezwanie Trakcji do złożenia podmiotowych środków dowodowych), a ewentualnie: wezwanie Trakcji do złożenia wyjaśnień, na podstawie

art. 223 ust. 1 Pzp, w zakresie zamiaru powierzenia podwykonawcom konkretnych części zamówienia w ramach zakresów wskazanych w pkt 11 Formularza Oferty oraz załączniku nr 1 do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 2 lutego 2024 r. złożonych przez Trakcję.

Trakcja podała, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z treścią Pzp oferta złożona przez Trakcję zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym uzyskałby on zamówienie objęte Postępowaniem.

W uzasadnieniu zarzutów Trakcja przytoczyła stan prawny dotyczący możliwości zlecenia części zamówienia podwykonawców. Wskazała, że ustawodawca (zarówno krajowy, jak i unijny) nie zdecydował się na określenie (zdefiniowanie) pojęcia „części" zamówienia poprzez odwołanie się do określonego procentu zakresu całego zamówienia, co oznacza, że pozostawił on wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówieni swobodę w kształtowaniu relacji z potencjalnymi podwykonawcami. Ponadto podkreślił doniosłą rolę udziału podwykonawców w realizacji zamówień oraz odpowiadający jej nadrzędny charakter uprawnienia generalnych wykonawców do zlecania części zamówienia, a także pozytywny wpływ na konkurencyjność inwestycji publicznych, w szczególności poprzez zaangażowanie małych i średnich przedsiębiorstw. Odwołujący Trakcja zwrócił także uwagę, że uprawnienie do zlecania podwykonawcom doznaje ograniczenia jedynie w art. 121 Pzp, z którego dyspozycji Zamawiający nie skorzystał, nie zastrzegając kluczowych zadań do osobistego wykonania przez wykonawcę. Zdaniem Trakcji, obecnie nie może on więc stawiać tak zaostrzonych wymagań, skutkujących odrzuceniem oferty, na tym etapie Postępowania, ponieważ takie działanie godzi w zasady związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący Trakcja dostrzegł, że stanowisko Zamawiającego co do zasadności odrzucenia jego oferty opiera się w bardzo dużej mierze na stanowisku wyrażonym przez J. E. Nowickiego w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych (wyd. V, Warszawa 2023, art. 462.). Komentarz odsyła do wyroków oraz stanowisk, które przywołał Zamawiający w swoim piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego. Przywołane stanowisko odnosi się jednak zasadniczo do zagadnienia powierzenia podwykonawcom całości zamówienia, zaś Trakcja zwróciła uwagę, że w Postępowaniu z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia – sam Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego dostrzega, że Odwołujący nie zamierza zlecić podwykonawcom całości zamówienia. Trakcja zwróciła także uwagę na zróżnicowanie poglądów doktryny i orzecznictwa co do dopuszczalności (czy też zakazie) powierzenia całości zamówienia podwykonawcom, jednocześnie podkreślając że kluczowym dla rozstrzygnięcia sprawy jest stwierdzenie, że Trakcja nie zamierza zlecić całości zamówienia podwykonawcom.

Trakcja podkreśliła, że nie jest sporne między stronami, iż zamierza on wykonać ok. 6,25% prac i robót objętych zakresem zamówienia. Dalej, skoro ustawodawca nie określił (procentowo czy też kwotowo) minimalnego poziomu zaangażowania wykonawcy w osobiste wykonanie prac składających się na przedmiot zamówienia, to ustalenie, że Odwołujący Trakcja wykona ponad 6% zamówienia samodzielnie przekreśla całkowicie możliwość uznania, że całość zamówienia zostanie zlecona podwykonawcom. Zamawiający dopuszcza się w tym zakresie rażącej nadinterpretacji przepisów Pzp.

Odwołujący Trakcja podkreśli, że zamierza on ponieść także koszty ogólne budowy oraz wykonać naprawy gwarancyjne, co szacuje na ok. 5.85%. Do kosztów ogólnych należy zaliczyć m.in. koszt zatrudnienia kadry (kierownika budowy, kierowników robót, inżynierów budowy), obsługi administracyjno-prawnej kontraktu (rozliczeniowiec, materiałowiec, prawnik), koszty zaplecza budowy, wynajmu placów składowych oraz biura budowy. Naprawy gwarancyjne są zaś związane m.in. z usunięciem wad stwierdzonych w wykonanych robotach budowlanych. Są to koszty obligatoryjne dla Odwołującego. Sumując wartości procentowe wskazane powyżej należy stwierdzić, że Trakcja zrealizuje minimum ponad 12,10% prac i robót objętych kontraktem. Jednocześnie podkreśla, że zakres ten może ulec zwiększeniu, bowiem może on samodzielnie wykonać część lub cały zakres prac wskazanych do realizacji przez podwykonawców w formularzu oferty. W konsekwencji, mając na uwadze przywołane powyżej orzecznictwo oraz treść przepisów Pzp, należy stwierdzić, że Trakcja ma zamiar wykonać samodzielnie znaczną część zamówienia.

Trakcja zwróciła także uwagę na kwestie związane z korzystaniem z potencjału podmiotu trzeciego oraz z wykorzystaniem zasobów Mosty Łódź S.A. w Postępowaniu. Powyższe powoduje, że Trakcje nie może wykonać samodzielnie robót zastrzeżonych do wykonania przez podmiot udostępniający zasoby (w związku z udostępnieniem potencjału na okoliczność wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu). Trakcja przedstawiła tabelaryczne zestawienie obrazujące zakres:

l.p.	**Zakres procentowy prac zleconych Mosty Łódź (Podmiotowi Udostępniającemu Zasoby)**	**75,41%**

1	Roboty drogowe (z wyłączeniem rozbiórek) - koszty bezpośrednie	**28,25%**
2	Roboty torowe - koszty bezpośrednie	**33,74%**
3	Oświetlenie uliczne - koszty bezpośrednie	**1,59%**
4	Sieć trakcyjna - koszty bezpośrednie	**5,53%**
5	Odwodnienie torowiska - koszty bezpośrednie	**5,53%**
6	Odwodnienie jezdni - koszty bezpośrednie	**0,77%**

Odwołujący Trakcja podkreślił także aspekt wykładni wyjaśnień, której dokonał Zamawiający i zajął stanowisko, że w razie stwierdzenia jakichkolwiek niezgodności w treści oferty wykonawcy (które mogłyby przykładowo skutkować koniecznością odrzucenia złożonej przez niego oferty) prymarnym obowiązkiem Zamawiającego jest co najmniej wezwanie wykonawcy (Odwołującego) do złożenia wyjaśnień. Innymi słowy Zamawiający, przed odrzuceniem oferty (w szczególności tej, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu) zobowiązany jest do rzetelnego ustalenia, czy takie działanie jest zasadne i mieści się w ramach granic wyznaczonych przez przesłanki odrzucenia, o których mowa w art. 226 Pzp. Odniósł się także do wątku związanego z wyjaśnieniami ceny oraz wskazał, że pomimo tego, że w treści wezwania Zamawiający wprost zapytał o okoliczności związane z zakresem zamówienia, który Trakcja zamierza wykonać samodzielnie, to w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający bazuje nie na przywołanej powyżej odpowiedzi, lecz na (skrajnie niekorzystnej) wykładni wyjaśnień udzielonych w kontekście ceny ofertowej (dokonując w tym zakresie nawet własnych wyliczeń, bez udziału Trakcji jako autora oferty).

Trakcja zajęła także stanowisko, że zakres prac, który może zostać powierzony podwykonawcom, ma w Postępowaniu charakter wyłącznie informacyjny – a nie jakby sugerował to Zamawiający „wiążący" i jednoznaczny, co umożliwia odrzucenie oferty w trybie art. 226 Pzp. Ponadto podkreślił, że Strabag również zamierza korzystać z podwykonawców w znacznej części przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Z kolei jeszcze inny wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia poprzestał na stwierdzeniu, iż podwykonawcom powierzy następujący zakres prac i robót (który składa się praktycznie na całość zamówienia). Trakcja dostrzegła, że Zamawiający względem ww. podmiotów nie przeprowadził ani procedury wyjaśniającej określonej dyspozycją art. 223 ust. 1 Pzp ani nie dokonał odrzucenia złożonych przez nich ofert, mimo że wypełnili oni formularz ofertowy w sposób zbliżony do tego, jak uczynił to Odwołujący.

W dniu 21 marca 2024 r., wykonawca Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W dniu 22 marca 2024 r., wykonawca Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (O.B.) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 27 marca 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Podkreślił, że Zamawiający przyjmuje, zgodnie z aktualną linią orzeczniczą, że wykonawca nigdy nie powinien powierzać całości zamówienia podwykonawcy/podwykonawcom, odmiennie od stanowiska Odwołującego Trakcja, który taką możliwość dopuszcza. Wskazał, że wykonawcy mogą powierzyć podwykonawcom dowolne części zamówienia, również w bardzo szerokim zakresie, jednak swoboda ta nie jest absolutna, lecz ograniczona przepisami prawa - art. 462 ust 1 Pzp w zw. z art. 7 pkt 27 Pzp. Zamawiający szeroko przytoczył poglądy orzecznictwa oraz doktryny w zakresie zakazu powierzenia całości zamówienia podwykonawcom, wyszczególniając także opinie przeciwne. Zaakcentował jednocześnie, że jego zdaniem, tak wydzielone marginalne prace, które Trakcja zadeklarowała do osobistego wykonania są wystarczające do uznania, że mimo wszystko doszło do powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Wydzielenie „części" jest pozorne, bo całość zamówienia, realizują inni podwykonawcy, a rola Trakcji S.A. zostanie sprowadzona jedynie do realizacji minimalnego zakresu robót, oraz nadzoru, koordynacji kontraktu, prowadzenia zaplecza budowy, biura budowy oraz finansowania wynagrodzeń, gwarancji). Zamawiający określił powyższe jako pełnienie roli „wydmuszki". Porównał także wartość 6,35 % zamówienia do całości jego wartości.

Zamawiający zaakceptował, że na etapie wyjaśnień Odwołujący dostrzegł własny błąd polegający na powierzeniu całości zamówienia podwykonawcom i niejako próbował go konwalidować, co stanowiło niedozwoloną zmianę treści oferty. Przyrównując zakres zadeklarowanych do przekazania podwykonawcom branż do Tabeli elementów scalonych w Formularzu ofertowym ustalił, że udział Trakcji jako wykonawcy jest pozorny, zaś udział osobistej realizacji będzie znikomy. Przedstawił tabelaryczne zestawienia obrazujące powyższe. Podkreślił nadto, że przez sam fakt, że Zamawiający nie zastrzegł osobistego obowiązku realizacji określonych zadań (art. 121 Pzp) nie wynika, że w przypadku zamówienia na roboty budowlane możliwe jest odróżnienie robót budowlanych od innych czynności procesu budowlanego (finansowanie, nadzór, koordynacja) i zakwalifikowanie tych drugich jako „cześć", która w przypadku, gdy całość robót budowlanych (wykonawstwo) będzie realizowana przez podwykonawców, wystarczy do przyjęcia, że nie doszło do niedozwolonego powierzenia całości zamówienia podwykonawcom.

Zamawiający na bazie przepisów o poleganiu na zasobach trzecich i orzecznictwie wydanym na ich podstawie przytoczył argumentację, że skoro od podmiotu trzeciego (który ma odpowiednią wiedzę i doświadczenie) wymaga się osobistego udziału, czyli faktycznego wykonywania robót budowlanych, to tym bardziej takiego faktycznego udziału

wymagać należy od wykonawcy, któremu przypadać będzie pozostały zakres robót. W niniejszej sprawie Trakcja polega na wiedzy i doświadczeniu Mostów S.A., ale ta cześć robót budowlanych, która nie przypada Mostom S.A. jest przekazana innym podwykonawcom. Trakcja S.A. zachowała marginalną ilość robót, a tym samym „wykonawstwo" Odwołującego w ramach inwestycji jest pozorne, zaś Zamawiający nie ma żadnej pewności, że zamówienie zostanie zrealizowane przez podmiot doświadczony.
Zamawiający przytoczył także orzecznictwo, zgodnie z którym dane dotyczące podwykonawstwa stanowią element oferty, a tym samym każda zmiana tych informacji, po terminie składania ofert, jest niedozwoloną zmianą oferty. Przytoczył w tym zakresie definicję oferty oraz odwołał się do przepisów unijnych.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymali dotychczas wyrażone stanowiska.
Odwołujący Trakcja wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ofert przystępującego Strabag oraz innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu na fakt funkcjonującej praktyki rynkowej w zakresie wypełniania formularza oferty w zakresie podwykonawcy.

KIO 896/24

W dniu 18 marca 2024 roku Odwołujący – Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Balzola" lub „O.B.") działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec nieprawidłowego badania i oceny oferty Odwołującego i odrzucenie jej ze względu na rzekomą niezgodność z przepisami Pzp oraz warunkami zamówienia z uwagi na przekroczenie dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa w realizacji przedmiotu zamówienia.
Balzola zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 121 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp poprzez niezasadne uznanie, że treść oferty Balzola jest niezgodna z przepisami ustawy, ponieważ przewidziany w pkt III.11 Formularza oferty 95-procentowy zakres zaangażowania podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia jest zbyt wysoki biorąc pod uwagę ograniczenie z art. 462 ust. 1 Pzp, podczas gdy z przepisu tego wynika jedynie ograniczenie zakresu podwykonawstwa do części przedmiotu zamówienia, bez sprecyzowania jak duża część może być przez nich faktycznie wykonana, co dopuszcza zamiar podzlecenia przez Odwołującego nawet przeważającej części przedmiotu zamówienia podmiotom trzecim, pod warunkiem, że zakres wykonywanych przez nich prac nie będzie odpowiadał całości przedmiotu zamówienia oraz że prace te nie będą stanowić części przedmiotu zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę;
2)art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 16 1) i 3) Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Odwołującego Balzola jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz, że O.B. dokonał sprzecznej z warunkami zamówienia zmiany pierwotnej treści oferty oraz, że w ramach wyjaśnień złożonych w dniu 2 lutego 2024 r. próbował dostosować jej treść do wymagań określonych w Pzp poprzez wskazanie, że przewidziany w pkt III.11 Formularza oferty 95-procentowy zakres podwykonawstwa w ramach realizacji przedmiotu zamówienia stanowi jedynie maksymalny próg ich zaangażowania, podczas gdy Balzola w treści pkt III.11 Formularza oferty zobowiązany był jedynie do wstępnego poinformowania Zamawiającego o przewidywanym zakresie zaangażowania podwykonawców, która to informacja nie jest wiążąca na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, a także nie stanowi części merytorycznej oferty, tylko fakultatywną informację co do planowanego zakresu podzlecenia części przedmiotu zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty, Balzola wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 8 marca 2024 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Balzola, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny oferty Odwołującego Balzola i uznanie jej za niepodlegającej odrzuceniu.
O.B. podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jego oferta została uznana za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) i 5) Pzp. Zamawiający podejmując jednak tą decyzję w sposób nieprawidłowy zinterpretował ograniczenie zakresu podwykonawstwa z art. 462 ust. 1 Pzp, w związku z czym jego decyzja była bezpodstawna i powinna ulec unieważnieniu.
W uzasadnieniu zarzutów Balzola podał, że w dokumentacji Postępowania Zamawiający nie dokonał na mocy art. 121 Pzp zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem

zamówienia, pozostawiając tym samym dowolność wykonawcom w strategii oraz strukturze wykonania planowanego Zamówienia, ograniczoną wyłącznie przepisami prawa. Nie zgodził się, jakoby zamierzał powierzyć całość zamówienia podwykonawcom. Podkreślił, że Zamawiający celowo powołuje się jedynie na te fragmenty orzecznictwa, które są dla niego rzekomo korzystne, wybiórczo powołując się na orzecznictwo Izby, które ma uzasadniać tezę Zamawiającego o rzekomej niezgodności oferty z przepisami zamówienia. Przytoczył orzecznictwo Izby i sądów powszechnych dotyczące instytucji podwykonawstwa.

O.B. zarzucił, że Zamawiający ignoruje fakt, że duże inwestycje dotyczące robót budowlanych, takie jak ta będąca przedmiotem Zamówienia, są przedsięwzięciami złożonymi, w których zasadniczą rolą wykonawców jest koordynacja podwykonawców odpowiedzialnych za liczne szczegółowe elementy inwestycji. Korzystanie z usług podwykonawców nie oznacza braku doświadczenia czy możliwości realizacji zamówienia, ponieważ umiejętność doboru oraz zorganizowania odpowiednich przedsiębiorców do wykonania danej części robót stanowi kluczową zdolność wykonawców.

Balzola ponadto wskazał, że Zamawiający błędnie zinterpretował oświadczenie zawarte w pkt. III.11 Formularza oferty. W pkt III.11 Formularza oferty Balzola jedynie poinformował Zamawiającego, że zamierza zlecić część takiego zamówienia podwykonawcom, tj. odpowiadającą 95% jego zakresowi. Z informacji tej nie wynika natomiast w żaden sposób, że O.B. zamierza podzlecić całość przedmiotu zamówienia podwykonawcom (tj. 100% jego zakresu), czy też że jest to sztywna i niezmienialna skala ich zaangażowania. Zdaniem Balzola w ofercie wskazano jedynie górną granicą planowanego do powierzenia podwykonawcom zakresu prac, nie podając przy tym szczegółowych danych, ponieważ informacje zawarte w pkt III.11 Formularza oferty mają na obecnym etapie Postępowania charakter wyłącznie informacyjny i niewiążący, zaś 95% to nie jest to samo, co 100%. Dodatkowo Balzola zaakcentował różnicę pomiędzy „całym zamówieniem", a „całym zakresem robót", ponieważ realizacja zamówienia nie sprowadza się bowiem wyłącznie do wykonania „konkretnych robót budowlanych", ale obejmuje również cały proces realizacji zamierzenia budowlanego, w tym kwestie organizacyjne, techniczne czy zaopatrzeniowe.

O.B. zakwestionował też, jakoby wyjaśnieniami zmienił treść oferty, co skutkowało odrzuceniem z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Dostrzegł jednocześnie, że w żadnym miejscu uzasadnienia tej decyzji nie wskazał, jaki konkretny warunek zamówienia został naruszony przez działanie Odwołującego. Podkreślił, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wymaga wykazania, że oferta jest niezgodna z merytorycznymi wymaganiami dotyczącymi cech oferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania, jasno określonymi w dokumentach zamówienia, a niezgodność ta ma charakter niewątpliwy i niepodlegający poprawieniu. Podkreślił także, że ustalenie zakresu prac przewidzianych do wykonania przez podwykonawcę w sytuacji braku szczególnych wymagań zamawiającego, w tym zastrzeżenia części prac do osobistego wykonania, ma charakter informacyjny i jednocześnie przytoczył orzecznictwo w tym aspekcie.

W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie przewidział w treści SWZ wymogu osobistego wykonania przez wykonawców pewnych kluczowych zadań, co oznacza, że dane podawane w pkt III.11 Formularza oferty należało traktować wyłącznie informacyjnie i w sposób niewiążący. O.B. stoi na stanowisku, że posiadał oraz wciąż posiada możliwość modyfikowania zakresu podwykonawstwa, zarówno zwiększając, jak i zmniejszając jego zakres, pod warunkiem jednak, aby nie zlecić podmiotom trzecim całości przedmiotu zamówienia (tj. 100%), co mogłoby być potraktowane jako naruszenie art. 462 ust. 1 Pzp, oraz aby nie dotyczyło to zadań zastrzeżonych w trybie art. 121 Pzp (co jednak nie miało miejsce w ramach Postępowania). Zamawiający nie miał zatem racji twierdząc jakoby Odwołujący wskazując w treści wyjaśnień, że przewidziany 95% udział podwykonawców traktuje jako maksymalny próg, który może ulec zmianie, dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

W dniu 21 marca 2024 r., Strabag zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 27 marca 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przytoczył tożsamą argumentację, jak w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 883/24. Obrazując tabelarycznie zakres prac, podkreślił, że Balzola Polska sp. z o.o. nie będzie samodzielnie wykonywać żadnych robót budowlanych. Zdaniem Zamawiającego, tak wydzielone czynności pozostawione dla wykonawcy są wystarczające do uznania, że mimo wszystko doszło do powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Wydzielenie „części" jest pozorne, bo całość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane - realizują inni podwykonawcy, a rola Balzola sprowadzi się zdaniem Zamawiającego jedynie do: figurowania jako „wydmuszka" w dokumentach, oraz do koordynacji, nadzoru i kontaktu z Zamawiającym.

Zdaniem Zamawiającego, żadne z w/w czynności nie dotyczą faktycznej realizacji przedmiotu zamówienia tj. żadna z tych czynności nie jest realizacją robót budowlanych. Należy pamiętać, że przedmiotem zamówienia jest natomiast robota budowlana określona głównym kodem CPV: 45000000-7. Podkreślił, że Zamawiający ma na celu rozbudowę drogi wraz pętlą tramwajowo - autobusową i tym samym poszukuje wykonawcy robót budowlanych, a nie inwestora zastępczego – koordynującego i zarządzającego robotami drogowymi, ponieważ to inwestor zastępczy na podstawie

umowy z inwestorem bezpośrednim realizuje za niego wszystkie czynności, które ten winien wykonać w ramach procesu budowlanego, czyli koordynuje, nadzoruje, prowadzi logistykę przedsięwzięcia etc.
Zamawiający zakwestionował także rozróżnienie „całości zamówienia" od „całości robót" i na przykładzie orzeczenia wskazanego przez Balzola dostrzegł różnice w stanie faktycznym względem niniejszej sprawy, a mianowicie formułę „zaprojektuj i wybuduj". Nie zgodził się z logiką takiej argumentacji, gdzie w zamówieniu na roboty budowlane wydziela się sztucznie „roboty budowlane sensu stricte" i „pozostałe roboty/prace" i przez te drugie rozumie się nadzór, koordynację, procedury techniczne, dostawy etc.
Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.
Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:
Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest rozbudowa al. Śmigłego-Rydza na odcinku od skrzyżowania z ul. Dąbrowskiego do skrzyżowania z ul. Broniewskiego i ul. Niższej na odcinku od skrzyżowania z ul. Broniewskiego do skrzyżowania z ul. Śląską wraz z budową pętli tramwajowo-autobusowej przy skrzyżowaniu ul. Niższej i ul. Śląskiej. W ramach przedmiotowego zadania do obowiązków przyszłego wykonawcy należeć będzie wykonanie kompleksowych, wielobranżowych robót budowlanych związanych m.in. z budową lub przebudową ulic, torowisk tramwajowych, chodników, ścieżek pieszo-rowerowych oraz urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia („OPZ") został określony w załącznikach do Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") sporządzonej dla zadania.
W dokumentach zamówienia Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia mającego za przedmiot roboty budowlane (art. 121 Pzp). Zamawiający nie zastrzegł badania podmiotowego podwykonawców (art. 462 ust. 5 i nast. Pzp).
W treści Formularza oferty, którego wzór stanowił załącznik nr 3 do SWZ, w pkt III.11 zostało wskazane miejsce na złożenie przez wykonawców oświadczenia dotyczącego zaangażowania podwykonawców w realizacji określonych części zamówienia, gdzie wykonawcy mieli wskazać firmę podwykonawcy (jeśli jest znana) oraz opis części zamówienia, które będą zlecone podwykonawcom ze wskazaniem ich przewidywanej wartości/zakresu.
W toku Postępowania Zamawiający wezwał Trakcję w dniu 26 stycznia 2024 roku, w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zakresu podwykonawstwa. Trakcja w dniu 2 lutego 2024 roku złożyła wyjaśnienia, w którym z zakresie realizacji zamówienia siłami własnymi oświadczyła, że cały zakres prac wskazany w pkt 11 formularza ofertowego zostanie wykonany przez podwykonawców z zastrzeżeniem prac poniżej, które Trakcja wykona siłami własnymi:

1. Prace rozbiórkowe - część:
   a. Zdjęcie warstwy ziemi urodzajnej,
   b. Rozbiórki konstrukcji jezdni (z wyłączeniem frezowania nawierzchni bitumicznej),
   c. Rozbiórki konstrukcji chodników, opasek, ścieżek rowerowych i zjazdów,
   d. Rozbiórki ław betonowych krawężników, oporników i obrzeży,
   e. Rozbiórki ogrodzeń i wygrodzeń chodnikowych.
2. Wycinki drzew i krzewów – część (przesłana oferta podwykonawcy zawiera również ten zakres):
   a. Wycinki drzew i krzewów (z wyłączeniem transportu dłużyc),
   b. Ręczne ścinanie i karczowanie rzadkich krzaków i podszycia.
3. Przebudowa kolizji elektroenergetycznych (przesłana oferta podwykonawcy zawiera również ten zakres):
   a. Kolizje elektroenergetyczne nN.

Zamawiający wezwał także Balzola, w dniu 26 stycznia 2024 roku, w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień w tożsamym zakresie. Balzola w dniu 2 lutego 2024 roku złożył wyjaśnienia, informując Zamawiającego w zakresie drugiej części wezwania, że wykona on osobiście następujące zadania:

1) zapewni wszystkie koszty finansowe, w tym pozyskanie gwarancji;
2) poniesie koszty ogólne, w tym koszty kadry zgodnie z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w SWZ, zapewni koordynację robót budowlanych, a także udostępni know how i zapewni uzgodnienia z zarządcami uzbrojenia podziemnego oraz służbami miejskimi w zakresie kolizji;
3) zakupi materiały kosztogenne – w tym m.in. szyny, płyty torowe, masy zalewowe, słupy trakcyjne, czy maty wibroizolacyjne (koszty w tym zakresie będzie ponosił zgodnie z Załącznikiem nr 5 do niniejszych Wyjaśnień), co ważne przykładowo w zakresie robót torowych ok. 80% kosztu stanowić będą koszty zakupu materiałów, w przypadku których Wykonawca sam dokona tych zakupów oraz skoordynuje niezbędne dostawy oraz harmonogram wbudowania tychże materiałów);
4) zapewnił własne referencje - nie podwykonawcze;

5)przeprowadzi całkowite rozliczenie kontraktu z Zamawiającym oraz z podwykonawcami;
6)poniesie całość odpowiedzialności gwarancyjnej jakości po wykonanych przez siebie oraz podwykonawcach pracach;
7)uzgodni projekty technologiczne;
8)dokona wyceny oraz przeprowadzi roboty dodatkowe na rzecz Zamawiającego;
9)uzgodni rozwiązania zamienne z projektantem oraz inżynierem lub Zamawiającym.

Zamawiający w dniu 8 marca 2024 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił oferty Trakcji na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp i Balzola na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Zarówno w zakresie sprawy o sygn. akt KIO 883/24, jak i KIO 896/24, Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że każde odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Oba odwołania zostały uwzględnione w całości, zaś Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na tożsamość zarzutów odwołania dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp (zarzut nr 1) oraz art. 239 ust. 1 Pzp (zarzut nr 2) w przypadku KIO 883/24, jak również naruszeniaart. 226 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 121 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp - w przypadku KIO 896/24 (zarzut nr 1.1), oraz zbliżony stan faktyczny dla obu Odwołujących, motywy rozstrzygnięcia zostaną omówione łącznie, poniżej.

Tytułem uwag ogólnych należy wskazać, że instytucja podwykonawstwa, jest uregulowana w art. 462 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przewidzianą w ww. przepisie możliwość powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcy należy interpretować jako umożliwienie wykonywania pewnego zakresu przedmiotu zamówienia bezpośrednio przez inny podmiot niż wykonawca, z którym zamawiający zawiera umowę. Trzeba także podkreślić, że możliwość skorzystania z podwykonawców jest jednym z nadrzędnych uprawnień wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie wpływa na konkurencyjność inwestycji publicznych, w szczególności poprzez zaangażowanie małych i średnich przedsiębiorstw.

Wykonawcy, zobowiązani przez zamawiającego w dokumentach zamówienia do wskazania w ofercie, które części zamierzają powierzyć podwykonawcom, określają je przedmiotowo, wskazując na zakres, element zamówienia, jeśli zamawiający przewidział taki obowiązek. Ponadto, zgodnie z art. 121 Pzp, Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Przedmiotowa kwestia stanowi warunek zamówienia i w doniosły sposób modyfikuje sposób oceny treści oferty i jej zgodności z SWZ oraz przepisami prawa. Istotnym jest w przedmiotowej sprawie, że Zamawiający z tegoż uprawnienia nie skorzystał.

Izba podkreśla także, że zgodnie z art. 462 ust. 8 Pzp, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia. W takiej bowiem sytuacji wykonawca nadal jest podmiotem, który zawiera umowę i jest odpowiedzialny za działania podwykonawców, jak za swoje własne.

Na kanwie niniejszej sprawy poza sporem była kwestia zakazu powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Istota sporu sprowadzała się do interpretacji, czy zarówno Odwołujący Trakcja, jak i Balzola, zadeklarowali powierzenie całości, czy też części zamówienia podwykonawcom, co Strony interpretowały odmiennie.

W okolicznościach sprawy, Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił oświadczenia wykonawców, sprowadzając ich rolę do marginalnej i ubocznej. Stanowisku takiemu przeczy zarówno treść oświadczeń zawartych w formularzach ofert, jak i późniejszych wyjaśnień.

Przede wszystkim, każdy z Odwołujących, we własnym zakresie pozostawił do realizacji czynności związane z prowadzeniem przedmiotowego zamówienia, polegającego na wykonaniu robót budowlanych, takie jak przykładowo finansowanie kosztów ogólnych, zapewnienie gwarancji, kadry zarządzającej budową, zaplecza budowy – co ogólnie można sprowadzić do faktycznego prowadzenia inwestycji budowlanej. Dodatkowo, Odwołujący Trakcja zadeklarował także wykonanie części robót budowlanych.

Izba w tym zakresie za nieprawidłowe uznała stanowisko Zamawiającego, jakoby była to marginalna, nieznacząca rola. Prowadzenie inwestycji budowlanej jest procesem złożonym, wielowątkowym i nie polega jedynie na fizycznym wykonaniu robót wskazanych w projekcie. Jest to proces wymagający koordynacji, uzgodnień z wieloma podmiotami, jego dokumentowania i dokonywania szeregu czynności przewidzianych przepisami, ale i wynikającymi z istoty tego procesu. Nie można zatem tak, jak to czynił Zamawiający, sprowadzać inwestycji budowlanej do samych tylko robót

budowlanych, których chronologiczne fizyczne wykonanie zagwarantuje sukces w postaci osiągnięcia zamierzenia budowlanego.
Sam Zamawiający, sięgając chociażby do projektowanych postanowień umowy, wskazał w § 2, że wykonawca zobowiązany jest na własny koszt w ramach przedmiotu umowy do szeregu czynności niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, a nie wpisujących się stricte w robotę budowlaną, takich jak przykładowo do: obsługi laboratoryjnej dla wykonywania badań przewidzianych STWiORB, zapewnienia obsługi geodezyjnej, nadzoru archeologicznego i wykonania interwencyjnych badań archeologicznych, nadzoru saperskiego i nadzoru ornitologicznego (jeśli będą wymagane na podstawie odrębnych przepisów), wykonania i uzgodnienia z organem zarządzającym ruchem projektu tymczasowej organizacji ruchu, aktualizacji projektu stałej organizacji ruchu, naprawienia na swój koszt wszelkich wyrządzonych szkód wyrządzonych z winy wykonawcy, zorganizowania i zabezpieczenia terenu robót itd.
Zgodnie z § 4 PPU,wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy z materiałów własnych (nowych), zapewni kompetentne kierownictwo, pracowników i sprzęt niezbędny do wykonania robót w zakresie zapewniającym prawidłowe pod względem jakościowym i terminowe wykonanie przedmiotu umowy. Wszystkie powyższe obowiązki towarzyszą faktycznej realizacji robót budowlanych i składają się na całość przedmiotu zamówienia, ale także – stanowią jego potrzebny i dostrzegalny element.
Izba co do zasady podziela stanowisko, m.in. wyrażone w wyroku z dnia 7 grudnia 2020 r. (sygn. akt KIO 2971/20, KIO 2976/20), utrzymanym w mocy następnie przez wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, z dnia 5 maja 2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 11/21), które sprowadza zarządzanie realizacją umowy i wystawianie faktur do marginalnego udziału w realizacji zamówienia, o tyle podkreślić należy, że stanowisko to nie dotyczyło robót budowlanych, lecz usług z obszaru IT.
Okoliczność ta zgoła odmiennie rzutuje na interpretację realizacji zamówienia, ponieważ w przypadku usług, jeśli cały ich zakres został powierzony podwykonawcy, rola wykonawcy jako strony umowy staje się rzeczywiście marginalna i uboczna. W przypadku z kolei robót budowlanych, tak jak Izba wskazała powyżej, realizacja zamówienia, oprócz fizycznych robót budowlanych, obejmuje również cały, szeroko ujęty proces realizacji zamierzenia budowlanego, w tym kwestie organizacyjne, techniczne czy zaopatrzeniowe.
Stanowisko Zamawiającego naruszało prawo wykonawcy do posługiwania się podwykonawcami i nie znajdowało uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy – każdy z wykonawców ponosi odpowiedzialność za realizację całego zamówienia, jak również będzie koordynował wykonanie wszystkich prac.
Za niepotrzebne w tym zakresie Izba uznaje sprowadzanie zakresu zaangażowania podwykonawcy do procentowego odzwierciedlenia wartości – istota sprowadza się do oceny, jaki faktycznie zakres został powierzony i nie musi on zostać wyrażony w najprostszym matematycznym ujęciu, które nie oddaje ani doniosłości roli prowadzenia budowy, ani stosunku robót budowlanych sensu stricte, do pozostałych czynności podejmowanych w ramach realizacji inwestycji.

Podsumowując, co do odwołania KIO 883/24, Izba uznała, że zarzuty odwołania oznaczone jako główne, tj. numerem 1 oraz 2 w petitum potwierdziły się, zaś odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości.
Co do zarzutów ewentualnych, jako podniesionych na wypadek nieuwzględnienia zarzutów głównych, Izba nie orzekała.
Co do odwołania KIO 896/24, także z powyższych przyczyn Izba uznała, że zarzut odwołania oznaczony w petitum numerem 1.1, potwierdził się.
Co do zarzutu nr 1.2, tj. dotyczącego naruszenia art. 266 ust. 1 pkt. 5 Pzp (w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 16 1) i 3) Pzp), Izba wskazuje, że zarzut ten nie potwierdził się. Nie istnieje w przedmiotowym Postępowaniu warunek, z którym oferta Balzola byłaby niezgodna – Zamawiający nie zastrzegł, która z części zamówienia ma zostać wykonana osobiście, a tym samym pozostawił wykonawcom dowolność (limitowaną przepisami prawa powszechnie obowiązującego) co do części zamówienia.
Izba ponadto stoi na stanowisku, że oświadczenie w tym przedmiocie nie stanowi treści oferty sensu stricte, 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 Pzp oraz następne, w ramach których określony jest mechanizm zgłaszania oraz zmian umów podwykonawczych, bez ograniczenia co do pierwotnie zadeklarowanego zakresu. Potwierdzają to także projektowane postanowienia umowy stanowiące załącznik do SWZ w Postępowaniu, zgodnie z którymi zmiana podwykonawcy nie stanowi zmiany umowy (§ 7 PPU), jak również przewidziany jest tryb zgłaszania podwykonawców i dalszych podwykonawców i inne kwestie związane z tą instytucją.
W konsekwencji, 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. Z mocy art. 223 ust. 1 zdanie drugie Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany jej treści – a tym samym oferty sensu stricte, dotyczącej przyszłego zobowiązania wykonawcy, jakie na siebie przyjmie składając ofertę.

Warto także wskazać, że zgodnie z art. 123 Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Przepis ten wyraźnie dotyczy jedynie sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zaś zakresu podwykonawstwa.

W okolicznościach sprawy Izba nie dostrzega także, aby O.B. zmienił swoje oświadczenie zawarte pierwotnie w formularzu oferty – wobec sposobu skonstruowania informacji o zamiarze powierzenia określonych robót, należy postawić, że niewskazane w tejże części formularza ofertowego części zamówienia, oznacza, że dany wykonawca – przynajmniej na dzień jego składania – zamierza tę część wykonać samodzielnie.

Z powyższych powodów Izba uznała, że także odwołanie o sygn. akt KIO 896/24 podlegało uwzględnieniu w całości.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 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 od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Do kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z § 5 ww. rozporządzenia, Izba zaliczyła wpis oraz stosownie do pkt 2 uzasadnione wydatki strony na podstawie przedłożonych do akt rachunków, obejmujących wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……

……

……