

WYROK

Warszawa, dnia 19 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2024 r. przez wykonawcę URB Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. P.J. w Zamościu

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00 groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- 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 343/24

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła

II w Zamościu, dalej: „Zamawiający” prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Przebudowa i zmiana sposobu użytkowania pomieszczeń Stacji Dializ na parterze bloku „C” mająca na celu utworzenie Oddziału Pediatrii”, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 grudnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00545334.

W dniu 31 stycznia 2024 r. wykonawca URB Constructions Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- (1) Art. 226 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne i nieuprawnione przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu a to z tej przyczyny, że oferta Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy;
- (2) Art. 223 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podjęcia czynności polegającej na zwróceniu się do Odwołującego celem złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń;
- (3) Art. 462 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne i nieuprawnione przyjęcie, że Odwołujący w ramach oferty zamierzył powierzyć wykonanie przedmiotowego zamówienia w całości podwykonawcom;
- (4) art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W konsekwencji powyższych, na podstawie art. 554 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł o:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Zamawiającego w dniu 25.01.2024 roku, w ramach której Zamawiający wskazał ofertę „Zakładu Remontowo-Konserwacyjnego Sp. z o.o.” ul. Hetmana Jana Zamoyskiego 51, 22-400 Zamość;
- b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- c) zobowiązanie Zamawiającego do ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z dnia 25 stycznia 2024 r. stwierdził, że odrzuca ofertę Odwołującego z przyczyn następujących (op.cit): „Jednocześnie Zamawiający informuje, że odrzucono ofertę Wykonawcy URB Construction Sp. z o.o., Majdan 32, 22-400 Zamość Podstawa prawna: Art. 226 ust. 1 pkt 3)

ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jest niezgodna z przepisami ustawy.

Powód odrzucenia: Zamawiający w SWZ w rozdziale I ust. 6 informował, że zgodnie

z wyrokami KIO 862/18, 299/20, 3459/20 oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 5 maja 2021 r. (Sygn. akt XXIII Zs 11/21), ustawodawca w art. 462 ust. 1 ustawy PZP określił, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom. Wykładnia literalna przepisu nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w której Zamawiający de facto udzielałby zamówienia Podwykonawcom, a nie Wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. Taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, jak

i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego Wykonawcę przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, w przypadku złożenia przez Wykonawcę oświadczenia

o powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia, skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, jako niezgodna z przepisami ustawy (m.in. naruszenie art. 7 pkt 27 ustawy Pzp oraz art. 462 ust. 1 Pzp).

Wykonawca w złożonej ofercie, w formularzu "Oferta Wykonawcy" oświadczył, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom w następującym zakresie: -Markowi Michalik, prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług "STYL-PROJEKT" M.M. (Trzebowniko 53a, 36-00 Trzebowniko) - wykonanie robót remontowo – budowlanych i instalacyjnych w tym instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,

- Lubren Sp. z o.o. (ul. Niecała 3/6, 20-080 Lublin) - wykonanie robót remontowo – budowlanych i instalacyjnych w tym instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji.

Zauważyć zatem w tym miejscu należy, że zakres zamówienia, który Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, obejmuje w istocie całość przedmiotu zamówienia, które ma zostać udzielone w toku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem wszystkie branże,

w zakresie których Wykonawca deklaruje wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców. W istocie zatem, Wykonawca nie pozostawia sobie do realizacji żadnego

z zakresów przedmiotu zamówienia, co powoduje, że oferta złożona przez Wykonawcę pozostaje w sprzeczności z powyżej przywołanymi przepisami PZP. Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, że w ofercie Wykonawcy, znajdują się oświadczenia Marka Michalik prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług "STYL-PROJEKT" M.M., jak również Lubren Sp. z o.o., w treści których określono zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego. Obaj potencjalni podwykonawcy wskazali, że realizować będą pełen zakres umowy, przez cały czas jej trwania. Tym samym, Wykonawca zadeklarował w ofercie, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie części przedmiotu zamówienia, których zakres obejmuje

w rzeczywistości całość zamówienia: wykonanie robót remontowo-budowlanych

i instalacyjnych w tym instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji.

Przedmiot zamówienia nie obejmuje bowiem wykonania żadnych

dodatkowych zakresów robót, poza zakresy, których wykonanie deklarują wskazani przez Wykonawcę podwykonawcy.

Wobec powyższego, złożona przez Wykonawcę oferta, jako niezgodna z powyżej wyszczególnionymi przepisami PZP, podlega odrzuceniu".

Odwołujący zaprzeczył powyższemu stanowisku Zamawiającego bowiem z informacji zawartych w ofercie Odwołującego nie sposób jakkolwiek wywnioskować, że wskazani przez Odwołującego podwykonawcy tj. Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług „Styl-Projekt” M.M. czy też Lubren Sp. z o.o. będą podwykonawcami realizującymi całość zamówienia z pominięciem Wykonawcy czy przy jego rzekomo pozornym udziale. Twierdzenie takie można ocenić wyłącznie w kategorii nieuprawnionego domniemania Zamawiającego i które nijak się ma do rzeczywistości oraz zakresu zobowiązań wynikających z oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że nie jest prawdą, że „zakres zamówienia, który Wykonawca zamierza

powierzyć podwykonawcom, obejmuje w istocie całość przedmiotu zamówienia, które ma zostać udzielone w toku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Niewiadomym jest, z jakich przyczyn i na jakiej podstawie Zamawiający wytwarza takie domniemanie i to w oderwaniu od rzeczywistego zakresu przedmiotu umowy.

Odwołujący podkreślił, że należy zwrócić uwagę, iż szczegółowy zakres zobowiązań uczestników postępowania określony został przez Zamawiającego w „Opisie przedmiotu zamówienia”, stanowiącego Załącznik Nr 1 do Specyfikacji

Warunków Zamówienia, ale również w „Projektowanych postanowieniach umowy” stanowiących Załącznik Nr 4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia. Nawet pobieżna lektura Opisu przedmiotu zamówienia dowodzi, że w skład przedmiotu zamówienia wchodzi następujące zadania: roboty budowlane, roboty elektryczne, instalacje sanitarne w branży wodnej, instalacje sanitarne – centralne ogrzewanie, instalacje ciepła technologicznego (CT) instalacje sanitarne – wentylacja mechaniczna, opracowanie harmonogramu, raportowanie, zorganizowanie zaplecza robót i przejęcie terenu robót, zapewnienie kierownictwa robót, opracowanie dokumentacji powykonawczej, uczestnictwo w odbiorach, udzielenie gwarancji i rękojmi, wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz wiele innych świadczeń przewidzianych w dokumentacji projektowej, przetargowej i umownej.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w Specyfikacji Warunków Zamówienia ani w Opisie przedmiotu zamówienia nie zastrzegł by całość czy część zamówienia miała zostać wykonana przez wykonawcę osobiście a zatem nie skorzystał

z uprawnienia wynikającego z art. 60 PZP dlatego też Odwołujący posiada wszelkie uprawnienia do skorzystania ze wsparcia wskazanych przez siebie podwykonawców

w zakresie, który rodzajowo wskazał w formularzu ofertowym tzn. co do wykonania robót remontowo-budowlanych i instalacyjnych w tym instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji. Odwołujący w żadnym wypadku nie określił w swej ofercie, że udział podwykonawców w wykonaniu przedmiotu zamówienia będzie wynosił równo po 50%. Zamawiający nadinterpretuje przy tym oświadczenia wskazanych podwykonawców, iż będą wykonywali „cały zakres umowy, na cały okres jej trwania”, a które należy oczywiście rozumieć w ten sposób, że będą wykonywali prace

w obrębie całego zakresu umowy w wybranych branżach, które wskazał Odwołujący w ofercie.

Powyższe okoliczności w sposób oczywisty wskazują, że Zamawiający przejawiając wątpliwości co do treści oferty Odwołującego oraz zawartych w nich oświadczeń winien

w pierwszej kolejności zwrócić się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie przewidzianym w art. 223 Pzp zamiast opierać swe rozstrzygnięcie w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego na własnych domysłach. Wreszcie – Odwołujący zauważył, iż przed złożeniem oferty zapoznał się z treścią Specyfikacji Istotnych Zamówienia, w tym także z zastrzeżeniem poczynionym w pkt V ust. 6 dotyczącym niepowierzania całości zamówienia podwykonawcom. Oczywistym jest zatem, że gdyby nie respektował tego warunku wówczas odstąpił by od ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 25 stycznia 2024 roku dokonana została z rażącym naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp i wskazał, że nie sposób

w okolicznościach niniejszej sprawy uznać, iż Odwołujący naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, iż zamierza powierzyć całość przedmiotu zamówienia wskazanym przez siebie podwykonawcom bowiem okoliczność taka - nie wystąpiła. Przesłanka przewidziana w art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp będzie miała zastosowanie, gdy na podstawie innych szczegółowych przesłanek nie można oferty odrzucić, a jednocześnie naruszanie przez nią przepisów o zamówieniach publicznych sprawia, że nie może być przyjęta. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 27 maja 2010 roku (sygn. akt I C 3/09) o ocenie czy postępowanie prowadzone jest zgodnie z zasadami ustalonymi ustawą decyduje treść dokumentów, bowiem jedną z najważniejszych cech postępowania w sprawach udzielenia zamówienia publicznego jest pisemność i jawność.

Wola stron postępowania o udzielenie zamówienia jest jego istotnym elementem, ale nie jest dopuszczalne interpretowanie zgodnego zamiaru stron, czy dokonywanie interpretacji złożonych oświadczeń wbrew ich treści.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

jest postępowaniem sformalizowanym i ze względu na swój charakter musi takim pozostać dla zapewnienia maksymalnej kontroli realizacji celów gospodarczych za środki publiczne.

W ślad za aktualnymi tezami doktryny prawa zamówień publicznych Odwołujący przywołał

w pierwszej kolejności art. 462 ust. 1 Pzp (podobnie zresztą jak i art. 36a ust. 1 p.z.p. z 2004 r.). Komentowany przepis w swoim literalnym brzmieniu stanowi o dopuszczalności powierzenia części zamówienia podwykonawcy, a nie o zakazie powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Wyraża zatem wyłącznie normę prawną, w myśl której dany podwykonawca może realizować część zamówienia. Za najszerszą dopuszczalnością uczestnictwa podwykonawcom w realizacji zamówień przemawia treść art. 60 Pzp, który stanowi, że zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących:

1) zamówień na roboty budowlane lub usługi oraz

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

Jeżeli zatem zamawiający nie skorzysta z uprawnienia wyznaczonego postanowieniami art. 60 Pzp, to trudno wskazać normę prawną zobowiązującą wykonawcę do osobistego świadczenia części, której nie mogą wykonać podwykonawcy. Odwołujący stwierdził, że z tego też powodu należy się przychylić do bardziej literalnego nurtu w orzecznictwie KIO, który przyjmuje, że: „Jeżeli zamawiający, po pierwsze nie wskazuje kluczowych części zamówienia, a po drugie nie zastrzega obowiązku ich osobistego wykonania przez wykonawcę, to nie sposób uznać, iż wykonawca nie jest uprawniony do posłużenia się podwykonawstwem

w zakresie całego przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z 19.06.2018 r., KIO 1107/18, LEX nr 2559000).

Odwołujący wskazał także, że artykuł 462 ust. 8 Pzp potwierdza odpowiedzialność wykonawcy za podwykonawców. Stanowi bowiem jednoznacznie, że powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia. Norma wyrażona w tym przepisie powtarza zatem regułę kodeksową płynącą z art. 474 k.c., że dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w piśmie z 14 lutego 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionych w treści odwołania zarzutów.

W uzasadnieniu pisma odnosząc się do zarzutów odwołania, Zamawiający wskazał, że są one nieuzasadnione z następujących przyczyn:

1. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez błędne i nieuprawnione przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z tej przyczyny, że niezgodna jest z przepisami ustawy

Odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie sposób uznać, że Odwołujący naruszył przepisy Pzp wskazując, że zamierza powierzyć realizację całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom, bowiem okoliczność taka nie wystąpiła.

Tymczasem stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego nie znajduje uzasadnienia zarówno w świetle oświadczenia złożonego przez samego Odwołującego, jak również

w świetle oświadczeń złożonych przez wskazanych przez Odwołującego Podwykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wskazał, że podkreślenia wymaga fakt, na co Zamawiający zwrócił uwagę

w uzasadnieniu odrzucenia złożonej przez Wykonawcę oferty, iż przedmiot zamówienia udzielanego w ramach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, obejmuje wykonanie robót remontowo-budowlanych i instalacyjnych, w tym instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji.

Powyższy zakres prac wynika bowiem jednoznacznie z Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego Załącznik

nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (str. 4-8). Zauważyć przy tym należy, że Opis Przedmiotu Zamówienia nie wskazuje na żadne dodatkowe branże, które pozostałyby nieuwjęte w oświadczeniach Odwołującego oraz poszczególnych podwykonawców.

W złożonym przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia oświadczeniu, Odwołujący jednoznacznie zadeklarował, że cały podzielony na poszczególne

branże budowlane zakres prac realizowany będzie przez podwykonawców - Lubren Sp. z o.o. oraz M.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług “STYL-PROJEKT” M.M.

Powyższa deklaracja Odwołującego znalazła potwierdzenie w oświadczeniach złożonych przez obu podwykonawców.

W oparciu zatem o omawiane dokumenty przedłożone Zamawiającego, tj. oświadczenie Odwołującego oraz oświadczenia wskazanych przez Odwołującego podwykonawców Zamawiający stwierdził, że przeciwnie do zapatrywania wyrażonego przez Odwołującego - iż całość przedmiotu zamówienia realizowana będzie przez podwykonawców, ponieważ z treści złożonej oferty nie wynika, aby jakkolwiek część przedmiotu zamówienia, którego przedmiot stanowią roboty budowlane, miała być realizowana przez Odwołującego.

Uwypuklenia wymaga przy tym okoliczność, że niedopuszczalne jest powierzenie podwykonawcom części zamówienia, które łącznie stanowiłyby tzw. „lwią część” wielkości lub

wartości robót budowlanych. Takie działanie wykonawcy należałoby uznać za czynność prawną mającą na celu obejście przepisów art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W takim przypadku zamawiający biorąc po uwagę zakres rzeczowy robót, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, powinien dokonać oceny czy de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy.

W wyroku z dnia 5 maja 2021 r., XXIII Zs 11/21 Sąd Okręgowy w Warszawie zwrócił uwagę, że „ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. jak

i w nowelizacji z dnia 11 września 2019 r. w art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Podkreślić należy, że wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie

odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w której poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że mając na względzie powyższe, w stanie faktycznym niniejszej sprawy, był zobligowany do odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, jako, że pozostawała ona w sprzeczności z art. 462 ust. 1 Pzp, a także art. 7 pkt 27 Pzp.

2. zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie podjęcia czynności polegającej na zwróceniu się do Odwołującego celem złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń

W ocenie Zamawiającego, zarzut jest zarzutem chybionym. Podkreślenia wymaga bowiem okoliczność, że zgodnie z treścią powyższego przepisu, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Tym samym, instytucja wyjaśnienia treści złożonych ofert umożliwia oczywiście Zamawiającemu wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, przy czym skierowane do

Wykonawcy wezwanie nie może służyć jej uzupełnieniu lub zmianie.

W ocenie Zamawiającego, w stanie faktycznym niniejszej sprawy, na skutek skierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia treści oferty w zakresie dotyczącym zakresu podwykonawstwa, Zamawiający najpewniej dowiedziałby się, że Wykonawca zamierzał jednak powierzyć podwykonawcom pewien określony zakres podwykonawstwa, pozostawiając sobie do wykonania część robót budowlanych w ramach poszczególnych branż. Powyższe stanowiłoby zaś, w ocenie Zamawiającego, nieuprawnioną zmianę treści złożonej przez Wykonawcę oferty.

Pogląd powyższy Zamawiający uzasadnia odwołując się do trafnego, w ocenie Zamawiającego, stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) wyrażonego w Wyroku KIO z dnia 14 marca 2023 r., KIO 539/23, w treści którego KIC wyraziła analogiczne zapatrywanie.

3. zarzut naruszenia art. 462 ust. 1 Pzp poprzez błędne i nieuprawnione przyjęcie, że Odwołujący w ramach oferty zamierzał powierzyć wykonanie zamówienia w całości podwykonawcom

Zamawiający zauważył, iż w art. 462 ust. 1 Pzp, jest mowa o powierzeniu podwykonawcom części przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, że wykonawca – gdy wymaga tego zamawiający – winien dołożyć należytej staranności i jednoznacznie wskazać w ofercie przedmiot części zamówienia, która zostanie powierzona do realizacji podwykonawcy.

Na powyższą okoliczność również zwróciła uwagę KIO w przywołanym powyżej orzeczeniu.

Zamawiający podkreślił, że w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, co zauważył sam Odwołujący w treści złożonego przeciwko czynności Zamawiającego środka zaskarżenia, że Zamawiający nie tylko zaznaczył, że należy wskazać w ofercie zakres podwykonawstwa, ale również zwrócił wszystkim Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia uwagę, że w przypadku gdy z treści złożonej oferty wynikać będzie zamiar powierzenia całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom, oferta podlegała będzie odrzuceniu jako niezgodna z przepisami Pzp (por. Sekcja V, ust. 6 SWZ).

Pomimo powyższego, Odwołujący skonstruował swoją ofertę, z której treści wynika, że całość przedmiotu zamówienia realizowana będzie przez podwykonawców.

Powyższe powoduje, że również trzeci z podniesionych przez Odwołującego zarzutów jest zarzutem nietrafionym.

4. zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości

W odniesieniu do ostatniego z podniesionych przez Odwołującego zarzutów Zamawiający wskazał, że Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił na czym miałyby polegać uchybienie przez Zamawiającego powyższemu przepisowi.

Zamawiający podkreśla, że postępowanie

o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało z poszanowaniem wszystkich zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w treści art. 16 ust. 1 Pzp.

W ocenie Zamawiającego, przejawem naruszenia powyższych zasad, w tym, w zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, byłoby właśnie zwrócenie się do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp z prośbą o doprecyzowanie zakresu zamówienia, którego część Odwołujący miałby zrealizować bez udziału podwykonawców, pomimo jednoznacznego wskazania w treści SWZ konsekwencji powierzenia całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom i pomimo jednoznacznego brzmienia oświadczenia Odwołującego i załączonych do niego

oświadczeń podwykonawców.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego w terminie przewidzianym w ustawie Pzp nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa

w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz dokumenty złożone podczas rozprawy.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Przebudowa i zmiana sposobu użytkowania pomieszczeń Stacji Dializ na parterze bloku „C” mająca na celu utworzenie Oddziału Pediatrii”.

Zamawiający w pkt V ppkt 5 i 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia przewidział:

„5. Zamawiający dopuszcza powierzenie części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom na zasadach i w granicach określonych w ustawie PZP. W takim przypadku Wykonawca ma obowiązek wskazać w ofercie część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom. Brak takiego wskazania oznacza, że Wykonawca nie zamierza korzystać z podwykonawstwa przy realizacji zamówienia. Zmiana podwykonawcy podczas realizacji umowy możliwa będzie jedynie za zgodą Zamawiającego w formie pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności.

6. Zgodnie z wyrokami KIO 862/18, 299/20, 3459/20 oraz wyrokiem Sądu Okręgowego

w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia

5 maja 2021 r. (Sygn. akt XXIII Zs 11/21), ustawodawca w art. 462 ustawy PZP określił, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom. Wykładnia literalna przepisu nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuacje, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego Podwykonawcom, Zamawiający de facto udzielałby zamówienia Podwykonawcom, a nie Wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. Taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego Wykonawcę przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, w przypadku złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia, skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp jako niezgodna z przepisami ustawy (m.in. naruszenie art. 7 pkt 27 ustawy Pzp).”

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, pkt 5 Opis przewidzianych robót wskazywał:

- a) Roboty budowlane,
- b) Roboty elektryczne,
- c) Instalacje sanitarne wodna,
- d) Instalacje sanitarne – centralne ogrzewanie,
- e) Instalacja ciepła technologicznego (CT),
- f) Instalacje sanitarne – wentylacja mechaniczna.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt 6. Ogólne zasady wykonywania robót wskazano m.in.: protokolarne przekazanie wykonawcy terenu budowy, pkt 7 określał etapy wykonywania prac, harmonogram wykonywanych prac oraz warunki wykonania robót, pkt 8 – raportowanie.

Odwołujący zadeklarował w formularzu ofertowym, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia

podwykonawcom i określił zakres części zlecanej dla obu podwykonawców jako: wykonanie robót remontowo-budowlanych i instalacyjnych w tym instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji.

Wskazani przez Odwołującego podwykonawcy złożyli oświadczenia, iż realizować będą pełen zakres umowy, przez cały czas jej trwania.

Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Zakładu Remontowo-Konserwacyjnego Sp.

z o.o. z siedzibą w Zamościu, natomiast oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – pismo Zamawiającego z 25 stycznia 2024 r.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał:

„Jednocześnie Zamawiający informuje, że odrzucono ofertę Wykonawcy URB Construction Sp. z o.o., Majdan 32, 22-400 Zamość Podstawa prawna: Art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jest niezgodna z przepisami ustawy”.

Powód odrzucenia: Zamawiający w SWZ w rozdziale I ust. 6 informował, że zgodnie

z wyrokami KIO 862/18, 299/20, 3459/20 oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 5 maja 2021 r. (Sygn. akt XXIII Zs 11/21), ustawodawca w art. 462 ust. 1 ustawy PZP określił, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom. Wykładnia literalna przepisu nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w której Zamawiający de facto udzielałby zamówienia Podwykonawcom, a nie Wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. Taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego Wykonawcę przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, w przypadku złożenia przez Wykonawcę oświadczenia

o powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia, skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, jako niezgodna z przepisami ustawy (m.in. naruszenie art. 7 pkt 27 ustawy Pzp oraz art. 462 ust. 1 Pzp).

Wykonawca w złożonej ofercie, w formularzu "Oferta Wykonawcy" oświadczył, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom w następującym zakresie: -Markowi Michalik, prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług "STYL-PROJEKT" M.M. (Trzebowisko 53a, 36-001 Trzebowisko) wykonanie robót remontowo – budowlanych i instalacyjnych w tym instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,

- Lubren Sp. z o.o. (ul. Niecała 3/6, 20-080 Lublin) - wykonanie robót remontowo – budowlanych i instalacyjnych w tym instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji.

Zauważyć zatem w tym miejscu należy, że zakres zamówienia, który Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, obejmuje w istocie całość przedmiotu zamówienia, które ma zostać udzielone w toku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem wszystkie branże, w zakresie których Wykonawca deklaruje wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców. W istocie zatem, Wykonawca nie pozostawia sobie do realizacji żadnego

z zakresów przedmiotu zamówienia, co powoduje, że oferta złożona przez Wykonawcę pozostaje w sprzeczności z powyżej przywołanymi przepisami PZP. Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, że w ofercie Wykonawcy, znajdują się oświadczenia Marka Michalik prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług "STYL-PROJEKT" M.M., jak również Lubren Sp. z o.o., w treści których określono zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego. Obaj potencjalni podwykonawcy wskazali, że realizować będą pełen zakres umowy, przez cały czas jej trwania. Tym samym, Wykonawca zadeklarował w ofercie, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie części przedmiotu zamówienia, których zakres obejmuje

wrzeczywistości całość zamówienia: wykonanie robót remontowo-budowlanych

i instalacyjnych w tym instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji.

Przedmiot zamówienia nie obejmuje bowiem wykonania żadnych

dodatkowych zakresów robót, poza zakresy, których wykonanie deklarują wskazani przez Wykonawcę podwykonawcy.

Wobec powyższego, złożona przez Wykonawcę oferta, jako niezgodna z powyżej wyszczególnionymi przepisami PZP, podlega odrzuceniu”.

W dniu 31 stycznia 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

(1) Art. 226 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne i nieuprawnione przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega

odrzućeniu a to z tej przyczyny, że oferta Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy;

(2) Art. 223 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podjęcia czynności polegającej na zwróceniu się do Odwołującego celem złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń;

(3) Art. 462 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne i nieuprawnione przyjęcie, że Odwołujący w ramach oferty zamierzył powierzyć wykonanie przedmiotowego zamówienia w całości podwykonawcom;

(4) art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust.

1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony

i uczestników postępowania odwoławczego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, odwołanie okazało się niezasadne.

Odnosząc się do zarzutów 1-3 odwołania, Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Stosownie do art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

Izba wskazuje, iż nie jest możliwe powierzenie podwykonawcom całości zamówienia. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia, (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia

5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 11/21). Stanowisko powyższe, w ocenie Izby nadal aktualne, Izba w pełni akceptuje.

Zamawiający dopuścił możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom na zasadach i w granicach określonych w ustawie Pzp.

Odwołujący w ofercie wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, natomiast zakres części zlecanej każdemu z podwykonawców określił jako: wykonanie robót remontowo-budowlanych i instalacyjnych w tym instalacji elektrycznych, teletechnicznych, sanitarnych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji.

Wskazany powyżej zakres prac, który Odwołujący zamierzał powierzyć podwykonawcom odpowiadał robotom wyspecyfikowanym w „Opisie robót przewidzianych w zamówieniu” w Załączniku nr 1 do SWZ, a zatem całemu zakresowi zamówienia.

Obaj wskazani przez Odwołującego podwykonawcy oświadczyli, że realizować będą pełen zakres umowy, przez cały czas jej trwania.

Odwołujący zaprzeczył, że cały zakres zamówienia będzie wykonywany przez podwykonawców i wskazał, że w skład przedmiotu zamówienia wchodzi ponadto jeszcze następujące zadania: opracowanie harmonogramu, raportowanie, zorganizowanie zaplecza robót i przejęcie terenu robót, zapewnienie kierownictwa robót, opracowanie dokumentacji powykonawczej, uczestnictwo w odbiorach, udzielenie gwarancji i rękojmi, wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz wiele innych świadczeń przewidzianych w dokumentacji projektowej, przetargowej i umownej.

Izba ustaliła, że powyższe zadania zostały wyodrębnione w SWZ przede wszystkim jako zadania związane z ogólnymi zasadami prowadzenia robót oraz poszczególnymi etapami wykonywania prac.

I tak: w Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt 6. Ogólne zasady wykonywania robót zostały wskazane: protokolarne przekazanie wykonawcy terenu budowy, w pkt 7. Etapy wykonywania prac, harmonogram wykonywanych prac oraz warunki wykonania robót: przedstawienie harmonogramu prac czy też w pkt 8. Raportowanie: przekazywanie Zamawiającemu raportu o stanie prac.

Podkreślenia wymaga, że w treści art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, mowa jest o powierzeniu podwykonawcom części

zamówienia. A zatem to na wykonawcy, który zamierza powierzyć część zamówienia spoczywa obowiązek wskazania w sposób, który nie budzi wątpliwości, jakie części zamówienia zamierza podwykonawcom powierzyć, szczególnie, gdy takie wymaganie zostało sformułowane przez zamawiającego.

Zamawiający, który ma wątpliwości co do treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, może na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, żądać od wykonawców wyjaśnień.

Jednak, jak stanowi art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba wskazuje, że treści oświadczeń podwykonawców z dnia 13 lutego 2024 r., wskazanych przez Odwołującego jako dowód na rozprawie w dniu 16 lutego 2024 r. wynika, że jeden z nich wykona przebudowę CO i WOD-KAN oraz instalację gazów medycznych i wentylacji, a swoje zaangażowanie w realizację całości inwestycji ocenia na poziomie 25%, natomiast drugi z podwykonawców zadeklarował wykonanie elektryki oraz teletechniki, a swoje zaangażowanie w realizację całości inwestycji ocenił na poziomie ok. 15 %.

Tym samym, zakres zamówienia, który Odwołujący zamierzał powierzyć każdemu z podwykonawców został po złożeniu oferty przez Odwołującego zawężony w stosunku do zakresu pierwotnie wskazywanego w ofercie oraz oświadczeniach składanych przez podwykonawców i oznacza niedozwoloną zmianę w treści oferty Odwołującego.

W związku ze wskazanymi powyżej okolicznościami, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty nr 1, 2 oraz 3 odwołania, zatem odwołanie w powyższym zakresie podlegało oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 – zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, Izba wskazuje, że odwołanie nie może być oparte jedynie na zarzucie naruszenia ogólnych zasad udzielania zamówienia. Zasady te podlegają konkretyzacji na gruncie dalszych przepisów Pzp, określających uprawnienia i obowiązki zamawiającego. Prawidłowo skonstruowany zarzut powinien polegać na wskazaniu przez odwołującego zasady i konkretnego przepisu ustawy Pzp. Ponadto odwołanie, zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania, a Odwołujący w zarzucie nr 4 takich okoliczności nie wskazał.

Z tego względu powyższy zarzut podlegał również oddaleniu.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz

w oparciu o § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, mając na uwadze wynik postępowania i obciążyła tymi kosztami Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....