Sygn. akt: KIO/UZP 877/08

WYROK
z dnia 4 września 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Barbara Bettman

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pn. Firma „Kaszub" Dariusz Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Gołdap, 19-500 Gołdap, Plac Zwycięstwa 14** protestu z dnia 8 sierpnia 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pn. Firma „Kaszub" Dariusz Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność**

---

gospodarczą pn. Firma „Kaszub" Dariusz Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4,

2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX

3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dariusza Kaszuby prowadzącego działalność pn. Firma „Kaszub" Dariusz Kaszuba, gospodarczą 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pn.: *„Moje Boisko - Orlik 2012 - zagospodarowanie boiska przy SP nr 1 w Gołdapi",* zostało wszczęte przez Urząd Miejski w Gołdapi, Gmina Gołdap, Plac Zwycięstwa 14, 19-500 Gołdap zwany dalej: *„Zamawiającym",* ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 157192-2008 z dnia 11.07.2008 r.

W dniu 07.08.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty firmy: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o., ul. Konstytucji 3 Maja 1A, 19-500 Gołdapi, zwanej dalej: „PGK *Sp. z o.o.".*

W dniu 08.08.2008 r. faxem (pisemnie 11.08.2008 r.) na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp" firma: Firma Kaszub, Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83 - 307 Kiełpino zwana dalej: „Protestującym" albo „Odwołującym" złożyła protest na uznanie za najkorzystniejszą oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez

Wykonawcę, którego należało wykluczyć z postępowania i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust.1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Protestujący wskazał, iż poniósł uszczerbek prawny, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę w celu uzyskania zamówienia, a w tym stanie faktycznym naruszenia Pzp przez Zamawiającego uniemożliwiają Protestującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Wniósł o dokonanie ponownej oceny ofert, wykluczenie Wykonawcy PGK Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Protestujący podniósł, iż PGK Sp. z o.o. bezprawnie wykazało w ofercie jako podwykonawcę Protestującego. Działanie powyższe dyskwalifikuje PGK Sp. z o.o., jako wiarygodnego Wykonawcę oraz wyczerpuje przesłanki wykluczenia podmiotu z postępowania o zamówienie publiczne oraz odrzucenia oferty.

Wyjaśnił, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z postępowania wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przedłożenie przez PGK Sp. z o.o. oferty wskazującej występowanie Protestującego jako podwykonawcy stanowi poświadczenie nieprawdy w trakcie procedury o zamówienie publiczne (por. *Wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 13 kwietnia 2006 r.).* Powyższa czynność dokonana została bezprawnie, bez porozumienia z Protestującym.

W tym miejscu przytoczył jedno z orzeczeń KIO:
„Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż nie ma podstawy prawnej do kwestionowania i ewentualnej weryfikacji składanych przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów, ani też - co oczywiste - nie ma obowiązku zwracania się o wyjaśnianie treści tych dokumentów w przypadku, gdy treść ta nie budzi u niego żadnych wątpliwości. Jak również, nie zgadza się z tezą , iż za zbyt daleko sformułowany należy uznać wniosek, że Zamawiający jest zobowiązany do podjęcia czynności wyjaśniających w przypadku zgłoszenia przez wykonawcę zarzutów odnośnie innych ofert, względnie zanegowania prawdziwości dokumentów do tych ofert załączonych (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 stycznia 2008 r.).

Protestujący podnosił, iż zgodnie z powyższym wyrokiem Zamawiający nie może zasłaniać się niewiedzą, brakiem obowiązku wyjaśniania oświadczenia złożonego przez Wykonawcę lub brakiem obowiązku wnikania w relacje podmiotów wskazanych w ofercie. Dokumenty przedłożone przez PGK Sp. z o.o. poświadczają, że Wykonawca nie zamierza samodzielnie zrealizować zamówienia. W sytuacji braku możliwości zmiany treści oferty, co wynika wprost z art. 87 ust. 1 Pzp, jego zdaniem, nie istnieją prawne możliwości dokonania wyboru oferty PGK Sp. z o.o.

Dodatkowo wskazał, że oferta podlega odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Czynność złożenia oferty przez PGK Sp. z o.o. jest działaniem nieważnym w myśl art. 58. § 1 i 2 kc. W sytuacji, w której Zamawiający dysponuje wiedzą w zakresie oświadczenia PGK Sp. z o.o., ewentualne przyjęcie oferty uznać należy za działanie pozorne. Pozorność jako wada oświadczenia woli powoduje jego nieważność. Powyższe, zdaniem Protestującego, skutkuje tym, iż oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Protestujący załączył także pismo producenta nawierzchni syntetycznej, z którego wynika, iż w przedmiotowym postępowaniu Protestujący występuje samodzielnie, autoryzacja DESSO SORTS SYSTEMS została wydana dla Protestującego jako głównego Wykonawcy, a PGK Sp. z o.o. nie posiada uprawnień i autoryzacji koniecznej do wbudowania nawierzchni z trawy syntetycznej DESSO SORTS SYSTEMS.

W dniu 08.08.2008 r. Zamawiający pocztą za zwrotnym potwierdzeniem odbioru przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Do postępowania protestacyjnego przystąpiła w dniu 14.08.2008 r. firma: PGK Sp. z o.o., jednakże z uwagi na przekroczenie ustawowego terminu na niniejszą czynność, Zamawiający uznał przystąpienie za nieskuteczne.

Rozstrzygniecie protestu nastąpiło faxem w dniu 13.07.2008 r. poprzez jego oddalenie. Zamawiający stwierdził, iż po wnikliwej analizie czynności w postępowaniu oraz uwzględnieniu wniosków i żądań zawartych w złożonym proteście, Protestujący błędnie zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 2, art., 24 ust. 2 pkt, 2, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zgodnie bowiem z art. 36 ust. 4 Pzp Zamawiający zażądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. W myśl tego przepisu, jak podniósł, Zamawiający może żądać od Wykonawcy przedstawienia informacji, jaką część zamówienia chce powierzyć podwykonawcy lub podwykonawcom, a jaką wykona samodzielnie. Wyłącznie w toku realizacji umowy od zgody Zamawiającego będzie zależało zawarcie umowy z konkretnym podwykonawcą przez wykonawcą. Na etapie dokonywania oceny prawidłowości złożonej oferty, nie jest zatem istotne kto będzie podwykonawcą, a wyłącznie jaką część zamówienia wykonawca powierzy podwykonawcom. Zawarte w proteście informacje i oświadczenia Protestującego wskazują, że Zamawiający nie będzie mógł wyrazić zgody na zawarcie umowy Wykonawcy z Protestującym, ponieważ Protestujący nie wyraził na to zgody. Wskazał, iż informację o okoliczności ujęcia Protestującego jako podwykonawcy w ofercie złożonej przez PGK Sp. o.o. w Gołdapi bez jego zgody Zamawiający uzyskał z informacji zawartych w złożonym proteście.

Zamawiający podniósł, iż ponieważ to Wykonawca jest odpowiedzialny za prawidłową realizację zamówienia, czyli prawidłowe wykonanie ciążącego na nim zobowiązania, na nim spoczywa obowiązek wyboru podwykonawców zapewniających prawidłową realizację powierzonych im zadań. Z tego samego względu, nawet jeśli Wykonawca w ofercie poda nazwy proponowanych podwykonawców, nie oznacza to braku możliwości ich zmiany w trakcie wykonywania zamówienia. Zamawiający natomiast w drodze postanowień umowy może zapewnić sobie dostęp do informacji o podwykonawcach wykonujących określone prace w ramach zamówienia (por. komentarz do art. 36 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, [w;] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III),

W związku z powyższym, Zamawiający uznał, iż nie miał podstaw domniemywać, że oferta złożona przez firmą PGK Sp. z o.o. zawiera nieprawdziwe informacje, a tym samym nie miał podstaw do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej złożone dokumenty np.: informacji o podwykonawcach.

Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, iż w myśl art. 24 ust 2 pkt. 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Oświadczenie Protestującego o tym, że PGK Sp. z o.o. wskazał Protestującego jako podwykonawcę, świadczy że Wykonawca zawarł w ofercie informacje nieprawdziwe. Jednakże, jak zauważył za Protestującym Zamawiający, przesłanką wykluczenia jest złożenie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania. Jeżeli informacje nieprawdziwe mają wpływ na wynik postępowania - a więc dotyczą warunków zarówno podmiotowych, jak i w związku z przedmiotem zamówienia - Zamawiający ma obowiązek wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Zamieszczenie Protestującego jako podwykonawcy, z którego można by przypuszczać, że Protestujący wyraził zgodą na wykonanie wraz z wykonawcą zamówienia jest informacją nieprawdziwą, jak zgodził się Zamawiający. Nie ma ona jednak wpływu na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ Wykonawca wykazał, że spełnia warunki samodzielnego udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 Pzp) poprzez przedstawienie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czego Protestujący nie kwestionuje.

W dniu 18.08.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Podtrzymał

wszystkie zarzuty i żądania zawarte w proteście, wnosząc o:
1. wykluczenie przez Zamawiającego PGK Sp. z o.o.,
2. odrzucenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez PGK Sp. z o.o.,
3. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

5

Odwołujący podtrzymał bezprawny charakter wykazania jego w ofercie PGK Sp. z o.o., jako podwykonawcę. Działanie powyższe, jego zdaniem, dyskwalifikuje PGK Sp. z o.o. jako wiarygodnego wykonawcę oraz wyczerpuje przesłanki wykluczenia podmiotu z postępowania o zamówienie publiczne oraz odrzucenia oferty. Wykonawca bowiem złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, skutkiem powyższej czynności, jego zdaniem, winno być odrzucenie oferty.

Odwołujący podniósł, iż obowiązkowi równego traktowania przez Zamawiających wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada uprawnienie potencjalnych Wykonawców do traktowania ich w toku postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. W tym celu Zamawiający jest obowiązany, jego zdaniem, przy dołożeniu należytej staranności eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503) zwanej dalej: *„ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”* bądź naruszające postanowienia ustawy z 15.12. 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080) zwanej dalej: *„ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”.* Aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego, niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: po pierwsze - działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą, po drugie - czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po trzecie - działanie to musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy. W przedmiotowym przypadku wszystkie przesłanki zostały spełnione.

PGK Sp. z o.o., jak wskazał Odwołujący, złożyło oświadczenie woli w celu uzyskania kontraktu, niewątpliwie w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Po drugie, czyn - poświadczenia nieprawdy - jest sprzeczny z prawem, co więcej stanowi przestępstwo. Po trzecie, działanie takie narusza interes Odwołującego wprowadzając w błąd i to nie tylko uczestników przedmiotowego postępowania. Zgodnie z art. 5 ustawy z 16.04.1993 r. przesłanka wprowadzenia w błąd jest spełniona, chociażby wystąpiła jedynie możliwość wprowadzenia w błąd, bez względu na to, czy skutek ten rzeczywiście nastąpił lub nastąpi. Chroni się w ten sposób, jak podniósł Odwołujący, nie tylko aktualną pozycję rynkową przedsiębiorcy, jego istniejącą klientelę, lecz także możliwość ekspansji przedsiębiorcy w celu zdobycia nowych odbiorców (zob. M. Kępiński, w: J. Barta, M. Kępiński, R. Markiewicz, M. Poźniak-Niedzielska, R. Skubisz, T. Skoczny, S. Sołtysiński, J. Szwaja, J. Wiszniewska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz,* J. Szwaja (red.), Warszawa 1994, s. 65).

6

Odwołujący stwierdził także, iż mógł zostać uznany za podmiot występujący w dwóch ofertach. W rezultacie, jak wskazał Odwołujący bez swojej wiedzy wystąpił, jako Wykonawca sporządzający w zakresie ułożenia nawierzchni syntetycznej dwie różne oferty.

W dalszym zakresie Odwołujący powtórzył argumentacje zawarta w proteście odnośnie art. 87 ust.1, 89 ust.1 pkt 8 oraz 24 ust.2 pkt 2 Pzp.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, iż zaistniała sytuacja, jako sprzeczna z zasadami systemu zamówień publicznych nie może zostać uznana jako prawidłowa i wskazał na możliwość zastosowania art. 191 ust. 3 Pzp.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia faxem Zamawiający.

Z uwagi na brak przystąpień na etapie protestu, Zamawiający nie wzywał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, po przeanalizowaniu oświadczeń woli, jak i stanowiska strony na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”* Rozdz. II Opis przedmiotu zamówienia, pkt 5 Informacje o podwykonawcach zawarł zapis, iż: *„Zamawiający dopuszcza składanie ofert z udziałem podwykonawców ze wskazaniem przez Wykonawcę części zamówienia powierzonej podwykonawcy załącznik nr 4 do SIWZ”.* Zgodnie z Rozdz. VI Spis załączników, pkt 4 załącznikiem nr 4 do SIWZ jest Informacją

o podwykonawcach. Z kolei na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 10 znajduje się oświadczenie, w ramach którego Wykonawcy składający ofertę określają poprzez skreślenie niepotrzebnego, że: *„prace objęte zakresem zamówienia wykonamy we własnym zakresie bez udziału podwykonawców / z udziałem podwykonawców (informację o podwykonawcach zawarliśmy w treści oferty na załączniku nr 4)”.* SIWZ określa także w Rozdz. III Instrukcja dla Wykonawców, pkt 1, iż: *„(….) Oferta stanowi wypełniony formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 1 wraz z załączonymi wymaganymi dokumentami, zaświadczeniami, oświadczeniami oraz drukami sporządzonymi przez Zamawiającego. Wykonawca może złożyć ofertę na własnych formularzach, ale ich treści muszą być zgodne z formularzami załączonymi do specyfikacji (…..).”*

W ramach załącznika nr 4 do SIWZ konieczne było wskazanie nazwy (firmy) proponowanych podwykonawców, rodzaju powierzonej części zamówienia, wartości powierzonej części zamówienia. Ponadto, Zamawiający wymagał wpisania na niniejszym załączniku wartości zamówienia – wynikającej z zaoferowanej ceny oraz wartości części zamówienia powierzonych podwykonawcom – stanowiącej łączną wartość wartości wykazanych w tabelce.

Ponadto, we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ w § 9 Podwykonawstwo, Zamawiający zawarł następujące zapisy: *„1. Dopuszcza się, aby roboty, do których wykonania Wykonawca nie ma przygotowania techniczno-organizacyjnego, były wykonane przy pomocy podwykonawców pod warunkiem, że posiadają oni kwalifikacje do ich wykonania. 2. Wykonawca ponosi wobec Zamawiającego pełną odpowiedzialność za roboty, które wykonuje przy pomocy podwykonawców i przyjmuje wobec nich funkcję koordynacyjną. 3. W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z Podwykonawcą. 4. Jeżeli w terminie określonym w umowie z Podwykonawcą Wykonawca nie dokona w całości lub w części zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, a Podwykonawca zwróci się z żądaniem zapłaty tego wynagrodzenia bezpośrednio przez Zamawiającego na podstawie art. 647¹ § 5 kc i udokumentuje zasadność takiego żądania fakturą zaakceptowaną przez Wykonawcę i dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, Zamawiający zapłaci na rzecz Podwykonawcy kwotę będącą przedmiotem jego żądania. 5. Zamawiający dokona potrącenia powyższej kwoty z kolejnej płatności przysługującej Wykonawcy”.* Niniejszy wzór umowy, jak i SIWZ były przedmiotem akceptacji ze strony Wykonawców składających ofertę w ramach oświadczenia zawartego w pkt 1 i 5 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech Wykonawców, z których jeden

został skutecznie wykluczony. Jako fakt niebudzący wątpliwości należy uznać także, iż

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wskazał, jako podwykonawcę w swojej ofercie - Wykonawcę, który został sklasyfikowany przez Zamawiającego w rankingu oceny złożonych ofert na drugim miejscu.

Izba zważyła, co następuje:

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny. Zgodnie ze wskazanym przepisem: *„Z postępowania o udzielnie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania".* Warunkiem koniecznym jest więc nie tylko oświadczenie nieprawdy, ale także okoliczność tego rodzaju, aby niniejsza czynność miała wpływ na wynik postępowania. Izba zgadza się, co przyznał sam Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, iż: *„Zamieszczenie protestującego jako podwykonawcy, z którego można by przypuszczać, że protestujący wyraził zgodę na wykonanie wraz z wykonawcą zamówienia jest informacją nieprawdziwą".* Powyższe, tzn. nie wyrażenie zgody na wykonanie wraz z Wykonawcą zamówienie, zdaniem Izby potwierdza także fakt, iż Odwołujący składając sam ofertę w przedmiotowym postępowaniu, nie zamierzał wziąć udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy w ramach oferty wybranej. Istotne jest również to, iż wybrany Wykonawca oświadczył zgodnie z SIWZ, że określoną część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy – co jest prawdą. Z kolei sam fakt wskazania *„propozycji"* podwykonawcy z nazwy, który nic o tym nie wie nie jest od razu oświadczeniem nieprawdy. Nie jest wykluczone, iż wybrany Wykonawca liczył, że uda mu się nawiązać ten stosunek.

Jednakże, prawdą jest również, to co napisał Zamawiający, iż: *„Nie ma ona jednak wpływu na wynik prowadzonego postępowania (….)".*

Izba zwraca uwagę, iż po pierwsze inny jest status podwykonawcy, a inny Wykonawcy składającego ofertę, w związku z powyższym nie można uznać, iż mamy do czynienia ze złamaniem zakazu wynikającego z art. 82 ust.1 Pzp powtórzonego przez Zamawiającego w Rozdz. III SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, pkt 1, tzn., iż: *„(….) Każdy Wykonawca może złożyć jedną ofertę. Wykonawca, który przedłoży więcej niż jedną ofertę zostanie wyłączony z postępowania(..)".* Podwykonawca wykazany w ofercie innego Wykonawcy nie ma statusu Wykonawcy w znaczeniu art.2 pkt 11 Pzp, nie jest to także wspólne ubieganie się o zamówienie w rozumieniu art. 23 Pzp. W związku z powyższym, ewentualny fakt występowania w jednej ofercie jako podwykonawca (co w przedmiotowym stanie faktycznym nie miało de facto miejsca), a w innej jako Wykonawca składający własną ofertę nie wiązałby się z negatywnymi konsekwencjami dla takiego Wykonawcy.

Po drugie, Zamawiający nie żądał w żadnym miejscy SIWZ, aby ewentualnych podwykonawców łączyła z Wykonawcą składającym ofertę umowa cywilnoprawną, czyli

stosunek prawny. Co więcej z uwagi na brzmienie art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp, w którym stwierdza się, iż: *„O udzielnie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia".* Fakt *„dysponowania"* jest wystarczający do realizacji zamówienia. *„sądanie, żeby Wykonawca dołączył zobowiązanie do współpracy potencjalnych również nie znajduje oparcia ani w przepisach ustawy, ani podwykonawców, w rozporządzeniu w sprawie dokumentów"* (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-543/05).

Po trzecie, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego znajdujące oparcie także w § 9 i 12 wzoru umowy, iż: *„Wyłącznie w toku realizacji umowy od zgody Zamawiającego będzie zależało zawarcie umowy z konkretnym podwykonawcą przez wykonawcą. Na etapie dokonywania oceny prawidłowości złożonej oferty, nie jest zatem istotne kto będzie podwykonawcą, a wyłącznie jaką część zamówienia wykonawca powierzy podwykonawcom.".* Za trafne, Izba uznała także stanowisko Zamawiającego, iż: *„Ponieważ to Wykonawca jest odpowiedzialny za prawidłową realizację zamówienia, czyli prawidłowe wykonanie ciążącego na nim zobowiązania, na nim spoczywa obowiązek wyboru*

podwykonawców zapewniających prawidłową realizację powierzonych im zadań. Z tego samego względu, nawet jeśli Wykonawca w ofercie poda nazwy proponowanych podwykonawców, nie oznacza to braku możliwości ich zmiany w trakcie wykonywania zamówienia. Zamawiający natomiast w drodze postanowień umowy może zapewnić sobie dostęp do informacji o podwykonawcach wykonujących określone prace w ramach zamówienia". Powyższe wynika także, że SIWZ. W samym załączniku nr 4 do SIWZ mówi się tylko o *„proponowanych"* podwykonawcach, żądając wskazania rodzaju i wartości powierzonej im części zamówienia. Powyższe stanowi wypełnienie dyspozycji wynikającej z art. 36 ust. 4 Pzp, gdzie mówi się, iż: *„Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom".* Izba zgadza się, iż Zamawiający miał prawo znać ewentualnego podwykonawcę już na etapie wyboru oferty, jednakże niniejszy stan rzeczy, tj. wskazani podwykonawcy mogą ulec zmianie przy zawarciu umowy – lista proponowanych podwykonawców nie ma charakteru zamkniętego. Niniejsze potwierdza także stanowisko doktryny, której pogląd podzieliła Izba: *„Wskazać należy na różny zakres obowiązków wynikających dla wykonawcy z art. 36 ust. 3 p.z.p. (obecnie ust. 4 i 5 Pzp – dopisek autora) oraz art. 647 1 § 2 k.c. Przepis Prawa zamówień publicznych stanowi jedynie o zakresie prac powierzanych podwykonawcom i to nawet bez jakiegokolwiek powiązania prezentacji go z dokumentacją projektową opisującą zamówienie (przyszłą robotę budowlaną). Z kolei art. 647 1 § 2 k.c. nakazuje wykonawcy poinformować inwestora tak o zakresie prac powierzanych podwykonawcy, również o osobie podwykonawcy i wreszcie o treści umowy mającej łączyć podwykonawcę z wykonawcą.*

Postanowienia Prawa zamówień publicznych nie kreują więc instytucji "pre-zgody" lub zobowiązania jej udzielenia. Zawarta w treści oferty przetargowej informacja o zakresie prac powierzonych podwykonawcom jest w naszej ocenie tylko oświadczeniem wiedzy wykonawcy i co do uzyskania zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Aby doszło do zawarcia umowy pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą wybranym w trybie Prawa zamówień publicznych niezbędna jest zgoda inwestora (zamawiającego) wyrażana na identycznych zasadach jak w przypadku każdej innej umowy o roboty budowlane." (Jerzykowski Jarosław, Koźmińska Katarzyna, Radca Prawny.2005.5.58, artykuł: *„Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę (generalnego) umowy z podwykonawcą".* Teza nr 3). W tym miejscu, Izba dla rozwiania wszelkich wątpliwości przypomina także, iż zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielnie zamówienia stosuje się przepisy KC, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl, natomiast § 12 ust.2 wzoru umowy: *„W sprawach nieuregulowanych niniejsza umową stosuje się obowiązujące przepisy w szczególności ustawę Prawo Zamówień Publicznych, Prawo budowlane oraz Kodeks Cywilny".* Nawet, gdyby przyjąć, iż mamy do czynienia ze świadczeniem przez osobę trzecią, to zgodnie z art. 391 Kc: *„Jeżeli w umowie zastrzeżono, ze osoba trzecia zaciągnie określone zobowiązanie albo spełni określone świadczenie, ten, kto takie przyrzeczenie uczynił, odpowiedzialny jest za szkodę, którą druga strona ponosi przez to, ze osoba trzecia odmawia zaciąganie zobowiązania albo nie spełnia świadczenia. Może jednak zwolnić się od obowiązku naprawienia szkody spełniając przyrzeczone świadczenie, chyba że sprzeciwia się to umowie lub właściwości świadczenia"* .

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała niezasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt. 2 Pzp.

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

Art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 58 § 1 i 2 kc: *„Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Nieważna jest czynność sprzeczna z zasadami współżycia społecznego".* Z kolei art. 82 § 1 Kc stanowi, iż: *„Nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozoru. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej*

czynności". Izba z uwagi na nie uznanie zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp stwierdza,

iż w stanie faktycznym będącym przedmiotem odwołania nie miały miejsca okoliczności które mogłyby być podstawą do uznania, iż mamy do czynienia z czynnością prawną sprzeczną z prawem albo mającą na celu obejście ustawy. Aktualnie obowiązujące przepisy Pzp, jak Kc wskazane przy rozpatrywaniu wcześniejszego zarzutu nie potwierdzają takiego stanowiska. Nie będzie też miał miejsca skutek tego rodzaju, iż przyjęcie oferty poprzez jej wybór, z uwagi na wiedzę Zamawiającego odnośnie oświadczenia, którego przedmiotem jest *„proponowany"* podwykonawca, spowoduje jej nieważność, z uwagi na jej pozorny charakter. Także teza o sprzeczności oświadczenia woli złożonego przez PGK Sp. z o. o. odnośnie *„proponowanego"* podwykonawcy z zasadami współżycia społecznego nie jest zasadna. Powyższa klauzula generalna, jako wyjątek od reguły ma zastosowanie w wyjątkowych sytuacjach raczej w stosunkach przedsiębiorca – konsument.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała niezasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny. Odwołujący w ramach protestu nie skonkretyzował naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, odnosząc następnie na etapie odwołania niniejsze naruszenie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp zdanie pierwsze: „Izba *nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście".* Wyrażony w art. 191 ust. 3 Pzp zdanie pierwsze zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, powinien być rozumiany jako zakaz orzekania ponad żądanie zawarte w proteście (tak Komentarz do art.191 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). W związku z powyższym Izba nie może odnosić się do dokonanej konkretyzacji naruszenia art.7 ust.1 Pzp na etapie odwołania. Uznając, iż Odwołujący nie wykazał na etapie protestu naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Ponadto, także z uwagi na nie uznanie wcześniejszych zarzutów, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp za bezzasadny.

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 2 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż wobec wybranego Wykonawcy otwarto likwidację lub ogłoszono upadłość. Wobec powyższego Izba uznała niezasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 2 Pzp z uwagi na jego nieudowodnienie.

Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż wybrany Wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tak podmiotowych, jak i przedmiotowych. Zamawiający na rozprawie podtrzymał stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu, iż PGK Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez niego. Wobec powyższego Izba uznała niezasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp także w kontekście art. 24 ust.2 pkt 2 oraz art. 36 ust. 4 Pzp.

Jednocześnie, wobec nie potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 2, art. 89 ust.1 pkt. 8, art. 7 ust. 1, art. 24 ust.1 pkt 2 Pzp oraz art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, nie uwzględniając odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie.**

Przewodniczący:
……

Członkowie:
……
……

_____

* *niepotrzebne skreślić*