

Sygn. akt: KIO 1794/18  
KIO 1816/18

## WYROK

z dnia 28 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska  
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 i 28 września 2018 r. w Warszawie odwołań  
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2018 r. przez:

A. wykonawcę: A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą  
Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HYDROBUD” A. D., ul. Górna 3B, 78-111  
Ustronie Morskie,

B. wykonawcę: Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni,  
ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia,

przy udziale wykonawcy: STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków  
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO  
1794/18, KIO 1816/18 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy: Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zgłaszającego  
przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1794/18 po stronie  
zamawiającego,

przy udziale wykonawcy: PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa zgłaszającego  
przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1794/18, KIO  
1816/18 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża odwołujących: A. D. prowadzący działalność  
gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HYDROBUD” A. D.,  
ul. Górna 3B, 78-111 Ustronie Morskie i Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040  
Warszawa, i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 40 000 zł  
00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez  
odwołujących się, w tym:

A wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero  
groszy) uiszczony przez wykonawcę: A. D. prowadzący działalność  
gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe  
„HYDROBUD” A. D., ul. Górna 3B, 78-111 Ustronie Morskie (sygn. akt KIO

1794/18);

B wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę: Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (sygn. akt KIO 1816/18).

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1794/18  
KIO 1816/18

#### Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa-Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni, prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania inwestycyjnego pod nazwą „Ochrona brzegów morskich w rejonie Półwyspu Helskiego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 marca 2018 r. pod nr 2018/S 058-127416.

W dniu 31 sierpnia 2018 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie. Oferta złożona przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie uzyskała drugą pozycję w rankingu ofert. Oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Hydrobud” A. D. z siedzibą w Ustroniu Morskim została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

KIO 1794/18

Wykonawca, A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „Hydrobud” A. D. z siedzibą w Ustroniu Morskim wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny;

2) art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego oparte na całkowicie dowolnym ustaleniu, że ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) art. 90 ust. 3 w związku z art. 7 Pzp, poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny i przedstawienie w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty niepełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, co uniemożliwia prawidłową kontrolę jego decyzji;

4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz załączonych dowodów, co skutkowało przyjęciem, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, w sytuacji gdy prawidłowa ocena wyjaśnień wraz z załączonymi do nich dowodami prowadzi do wniosku, że cena ofertowa Odwołującego została skalkulowana w sposób rzetelny i pokrywa wszelkie

koszty wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności odrzucenia jego oferty, wskazując jako podstawę prawną odrzucenia oferty art. 89 ust. 4 Pzp (zamiast prawidłowo - art. 89 pkt 1 ust. 4 Pzp) oraz jako przepis powiązany - art. 90 ust. 3 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, wbrew wymaganiom ustawy Zamawiający nie przeprowadził rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie oceny oferty i wyjaśnień Odwołującego czym Zamawiający naruszył przepisy art. 90 ust. 2 w związku z art. 7 Pzp.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia z dnia 19 czerwca 2018 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 czerwca 2018 r. potwierdzają, że cena jaką zaoferował w niniejszym postępowaniu nie może być potraktowana jako rażąco zaniżona.

Odwołujący podniósł, że nie został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie większości z punktów, które stanowiły podstawę do uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, natomiast w zakresie punktów, odnośnie których został wezwany, Odwołujący udzielił wyjaśnień wyczerpujących i pozostających w stopniu szczegółowości adekwatnym do otrzymanego wezwania (z dnia 11 czerwca 2018 r.).

Odwołujący wskazał, że udzielając wyjaśnień działał z podwyższoną starannością wymaganą od przedsiębiorcy, odpowiadając na wszystkie poruszone przez Zamawiającego w wezwaniu kwestie. Dowodem pośrednim na tę okoliczność jest fakt, iż po zadaniu przez Zamawiającego dodatkowych pytań (w wezwaniu z dnia 27 czerwca 2018 roku) Odwołujący w sposób równie szczegółowy ustosunkował się do wszystkich poruszonych kwestii. Niejasności wywołane działaniem Zamawiającego, np. w postaci sformułowania treści wezwania, nie można interpretować na niekorzyść wykonawcy, a treść wezwania Zamawiającego musi być wystarczająco jasna.

Ponadto, sam fakt wezwania do złożenia wyjaśnień nie daje podstaw do uznania, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Wezwanie z dnia 11 czerwca 2018 r. zostało skierowane do Odwołującego nie z powodu wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, lecz w związku ustawowym obowiązkiem wynikającym z art. 90 ust. 1a Pzp. Formalne przesłanki wystąpienia przez Zamawiającego z żądaniem wyjaśnień w tym zakresie, rozumiane jako ponad trzydziestoprocentowa różnica w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia ustalonego przez Zamawiającego, nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do takich ustaleń.

Zamawiający, wzywając Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, skupił się na ściśle określonych elementach realizacji. Wezwanie obejmowało określone aspekty przedmiotu zamówienia (a nie jego całość), tym samym w oparciu o powyższe nie można było od samego początku przyjąć, iż po ocenie poszczególnych elementów składowych (wybranych) można będzie uznać, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Odwołujący wyjaśnił, że jest doświadczonym wykonawcą obiektów hydrotechnicznych, służących ochronie brzegu morskiego.

Podsumowując, Odwołujący podkreślił, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niska i nie grozi nieprawidłowym wykonaniem zamówienia, jak również nie jest tak, że oferta zawiera zaniżone koszty jej znaczących części, o czym świadczą przedłożone szczegółowe wyjaśnienia i dowody. Wyżej wskazane okoliczności potwierdzają, że cena oferty jest wynikiem kompleksowej i szczegółowej analizy przedmiotu zamówienia, optymalizacji sposobu jego wykonania oraz sprzyjających warunków dostępnych wykonawcy, co czyni niniejsze odwołanie zasadnym.

W dniu 13 września 2018 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie. Wskazał, że w jego ocenie zarzuty odwołania są nieuzasadnione, a Zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert.

W dniu 13 września 2018 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie. Wskazał, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, który nie obalił domniemania

rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie. Podkreślił, że krytycznie do wyjaśnień Odwołującego odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 sierpnia 2018 r. o sygn. akt KIO 1358/18.

W dniu 13 września 2018 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca PORR S.A., z siedzibą w Warszawie. Wskazał, że w jego ocenie zarzuty odwołania są bezzasadne, a Zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2018 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 19 czerwca 2018 r., z których wynika, że wykonawca zastosował ceny nie występujące na rynku, nie gwarantujące wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Brak było także podstaw do kolejnego wezwania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

KIO 1816/18

Wykonawca Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru oferty PORR S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty PORR S.A. z uwagi na niezgodność oferty z ustawą oraz z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 9b Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR jako niezgodnej z ustawą, pomimo złożenia przez tego wykonawcę oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcom;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, w sytuacji gdy nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie odnoszącym się do powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcom;
3. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty PORR.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zobowiązał wykonawców do wskazania w Formularzu ofertowym części zamówienia, które zamierzają powierzyć do wykonania podwykonawcy, co stanowiło wyraz respektowania wymogu nałożonego art. 36b ust. 1 Pzp. Jednocześnie, Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia (vide: Rozdział III ust. 9 SIWZ).

Wykonawca PORR w Formularzu oferty w punkcie F „Podwykonawcy” złożył oświadczenie o treści: „Podwykonawcom zamierzam powierzyć poniższe części zamówienia (jeżeli jest wiadome, należy podać również dane proponowanych podwykonawców)

- 1) Cały zakres robót. Dane podwykonawców nie są znane na etapie składania oferty.”

Zdaniem Odwołującego, powyższe oświadczenie stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 36a ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca ma możliwość powierzenia podwykonawcom wykonania części zamówienia. Literalna treść ww. przepisu wskazuje, że podzlecenie wykonania całości zamówienia jest prawnie niedopuszczalne. Za słownikiem języka polskiego PWN można zauważyć, że „część” definiuje się jako jeden z elementów, na które dzieli się jakaś całość, pewna ilość z całości; przedmiot stanowiący jakiś dający się samodzielnie wyodrębnić element większej całości. W tym kontekście, należy zwrócić uwagę na odmienną konstrukcję przepisu art. 36a ust. 1 Pzp i jego poprzednika w postaci art. 36 ust. 5 Pzp, który traktował o możliwości powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom bez doprecyzowania, czy chodzi o jego całość, czy tylko oznaczoną część.

W oparciu o literalne brzmienie przepisów, tak przedstawiciele doktryny, jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzają, że niedopuszczalnym jest powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcom, przy czym dla wyprowadzenia powyższego wniosku irrelewantne jest, czy zamawiający dokonał zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia co do kluczowych jego części.

Zakaz powierzania realizacji całości zamówienia podwykonawcom wynika też z wykładni celowościowej przepisów ustawy Pzp. Łączna interpretacja przepisów ustawy Pzp prowadzi do jednoznacznych wniosków, iż zamówienie winno być realizowane przez podmiot należycie zweryfikowany, dający rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia, o czym najdobitniej świadczy treść art. 7 ust. 3 Pzp. Zaaprobowanie podzlecenia realizacji całości zamówienia prowadziłoby bowiem do obejścia omawianych przepisów i wypaczenia ich celu, ponieważ zamówienie realizowane byłoby de facto przez podmiot, którego kompetencje i rzetelność w żaden sposób nie zostały zweryfikowane w toku procedury przetargowej. Możliwą konsekwencją takiej interpretacji przepisów dotyczących podwykonawstwa byłoby również funkcjonowanie na rynku podmiotów, których wyłączną rolą byłoby wygrywanie przetargów, nie zaś realizacja zakontraktowanych z zamawiającym zamówień (vide: wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1075/14).

Powyższa analiza celowościowa omawianych przepisów jest o tyle istotna, iż wykonawca PORR wykazywał spełnianie warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, w oparciu o własny potencjał (vide: dokument JEDZ, Część II, Sekcja C).

Innymi słowy, Zamawiający podejmował decyzję o udzieleniu zamówienia temu wykonawcy w oparciu o jego kwalifikacje i doświadczenie, które następnie powinny być wykorzystane w toku realizacji zamówienia. Deklaracja PORR o podzleceniu całości robót podwykonawcom powoduje, że realizacja zamówienia powierzona zostanie de facto podmiotom w żaden sposób nie zweryfikowanym, stanowiąc tym samym wyraz obejścia przepisów ustawowych.

Niezależnie od powyższych rozważań, w przedmiotowym postępowaniu zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcom wynikał wprost z treści SIWZ. Zgodnie bowiem z treścią SIWZ oraz załączonym do niej wzorem umowy, stanowiącym jej integralną część, roboty będące przedmiotem zamówienia będą wykonywane zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego (FIDIC 1999, 4-te wydanie angielsko-polskie 2008). W kwestii podwykonawców oraz możliwego zakresu podzlecenia robót powołany FIDIC zawiera postanowienia Klauzuli 4.4. zgodnie z którą:

„Wykonawca będzie odpowiedzialny za działania lub uchybienia każdego Podwykonawcy, jego przedstawicieli lub pracowników tak, jakby to były działania lub uchybienia Wykonawcy. O ile w Warunkach Szczególnych nie ustalono inaczej, to:

- (a) nie będzie się wymagało od Wykonawcy uzyskania zgody na dostawców Materiałów, ani na podzlecenie, dla którego Podwykonawca jest wymieniony w Kontrakcie, dla innych proponowanych Podwykonawców będzie wymagana uprzednia zgoda Inżyniera;
- (b) Wykonawca powiadomi Inżyniera z wyprzedzeniem nie mniejszym niż 28 dni o zamierzonej dacie rozpoczęcia pracy przez każdego Podwykonawcę i o rozpoczęciu takiej pracy na Terenie Budowy;
- (c) każde podzlecenie będzie zawierało postanowienia upoważniające Zamawiającego do wymagania, aby podzlecenie zostało scedowane na Zamawiającego na mocy klauzuli 4.5 [Cesje korzyści z podzlecenia] jeżeli lub kiedy zajdą okoliczności tam przewidziane, lub w przypadku wypowiedzenia Kontraktu na mocy klauzuli 15.2 [Rozwiązanie Kontraktu przez Zamawiającego].

W Warunkach Szczególnych Kontraktu, będących załącznikiem do umowy Zamawiający nie dokonał modyfikacji ww. klauzuli, pozostawiając jako wiążące ww. zapisy, wykluczające możliwość powierzenia całości robót podwykonawcom. W Warunkach Szczególnych Kontraktu wskazano, że „postanowienia klauzul niezmienionych w Warunkach Szczególnych będą obowiązywać w formie podanej w Warunkach Ogólnych”.

Zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia przez podwykonawców pośrednio wynika też z § 7 ust. 1 i kolejnych Wzoru Umowy, gdzie wskazano, iż „Wykonawca może wykonać przedmiot umowy własnymi siłami lub przy udziale podwykonawców”, co oznacza, że o ile bezsprzecznie dopuszczalny jest udział podwykonawców w realizacji zamówienia, to udział ten nie może doprowadzić do braku realizacji po stronie wykonawcy, a taki skutek odniosłoby powierzenie podwykonawcom całego zakresu robót.

Wobec powyższych okoliczności, oferta PORR pozostaje w sprzeczności

z postanowieniami SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp. Deklaracja wykonawcy PORR, jednoznaczna w swej treści, nie respektuje bowiem postanowień ustawy oraz wytycznych SIWZ.

W dniu 13 września 2018 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

W dniu 13 września 2018 r. wykonawca PORR S.A., z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że zarzuty Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w treści oferty

Przystępującego. Zdaniem Przystępującego, twierdzenia Odwołującego stanowią jednostronną interpretację postanowień SIWZ, a także pomijają prezentowaną w orzecznictwie oraz piśmiennictwie odmienną od przedstawionej w odwołaniu interpretację przepisów prawa Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący wykazali posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy: Budimex S.A., Strabag sp. z o.o. i PORR S.A. skutecznie przystąpili do niniejszego postępowania odwoławczego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

KIO 1794/18

Zarzuty przedstawione w odwołaniu nie potwierdziły się. Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp jest prawidłowa i nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Pismo Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2018 r. przedstawiające informację o czynności odrzucenia oferty Odwołującego, faktycznie zawiera omyłkę pisarską - Zamawiający wskazał jako podstawę prawną przepis art. 89 ust. 4 Pzp w części „Uzasadnienie prawne”, ewidentnie na skutek omyłki - zamiast art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, co jednak nie miało żadnego wpływu na możliwość skutecznego wniesienia odwołania przez Odwołującego wobec danej czynności Zamawiającego. Treść odwołania wprost potwierdza, że Odwołujący prawidłowo zrozumiał podstawę prawną odrzucenia jego oferty. Należy przy tym zauważyć, że na wstępie „Uzasadnienia faktycznego” w tym samym piśmie Zamawiający podał ponownie przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 jako podstawę odrzucenia oferty. Wskazana omyłka nie miała i nie może mieć zatem jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną spośród czterech złożonych ofert. Cena oferty Odwołującego stanowi 49,94% wartości zamówienia oraz 65,02% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, co wyczerpuje przesłanki zastosowania procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ust. 1a Pzp.

W wyniku stwierdzenia przez Zamawiającego, że cena oferty Odwołującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia i średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, Odwołujący został w dniu 11 czerwca 2018 r. wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp. W wezwaniu Zamawiający powołał się na ten przepis, przytaczając jego treść, a także

sformułował szczegółowe zagadnienia istotne z punktu widzenia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które powinny zostać wyjaśnione przez wykonawcę w oparciu o dowody, w tym oferty lub inne dokumenty potwierdzające w szczególności wysokość ponoszonych przez wykonawcę kosztów.

Pismem z dnia 19 czerwca 2018 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, które w ocenie Zamawiającego były niepełne i niewystarczające. W celu doprecyzowania i uściślenia złożonych wyjaśnień Zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2018 r. ponownie zwrócił się z wezwaniem do Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Czynność wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2018 r. została zaskarżona w postępowaniu odwoławczym przez wykonawcę PORR S.A. Wniesione odwołanie zostało w powyższym zakresie uwzględnione przez Izbę - wyrokiem z dnia 6 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1358/18. W ramach tego rozstrzygnięcia Izba dokonała oceny złożonych przez Hydrobud wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2018 r., wskazując, że wyjaśnienia te „mają charakter bardzo ogólny, pozbawiony konkretnych danych i wyliczeń, które indywidualizowałyby sytuację Hydrobud. Jedyne konkretami są ceny jednostkowe usunięcia i wbicia pała, lista posiadanego sprzętu i numery uprawnień zawodowych części personelu przewidzianego do wykonania zamówienia”.

Zdaniem KIO, na podstawie wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego „brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że cena oferty Hydrobud wynika z możliwości dostępnych wyłącznie temu wykonawcy”. KIO w ww. wyroku z dnia 6 sierpnia 2018 r. (KIO 1358/18) podkreśliła, że „w sytuacji, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, nierzeczowe, nieoparte faktami, postępuje wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 90 ust. 2 Pzp. Miara należytej staranności oczekiwanej od Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia zakłada, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego w sposób rzetelny wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny oferty. Ponowne wezwanie Wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, w sytuacji gdy Wykonawca nie podał informacji żądanych przez zamawiającego, prowadzi bowiem do obejścia prawa i naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. KIO wskazała, że „taka sytuacja zaistniała w badanym postępowaniu, gdyż Hydrobud wezwany w sposób szczegółowy i konkretny przez zamawiającego podał jedynie ogólne stwierdzenia, nieoparte konkretnymi kwotami i wyliczeniami żdanymi przez zamawiającego, wskazującymi na sposób obliczenia ceny oferty. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Pismo z 19 czerwca 2018 r. nie zawiera żadnych konkretnych informacji na temat zastosowanej przez Hydrobud wyceny oferty i poziomu zastosowanych przez niego cen jednostkowych za poszczególne elementy realizacji przedmiotu zamówienia, jak choćby kosztów robocizny czy materiałów. Złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 Pzp nie odnosi się jedynie do przedstawienia zamawiającemu pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia”, ale do przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolą na dokonanie przez zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny globalnej, w tym poprzez weryfikację cen jednostkowych i kosztów wykonania zamówienia występujących po stronie Wykonawcy. Pismo Hydrobud w widoczny sposób takich informacji nie zawiera, zatem pomimo tego, że zostało ono złożone w odpowiedzi na Wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, nie stanowi wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 Pzp w żadnym zaś razie złożonego pisma nie można uznać za złożenie wyjaśnień co do poziomu ceny ze względu na brak w nim jakiegokolwiek kalkulacji, nawet w najbardziej ograniczonym zakresie, czy też wskazania, w jaki sposób wskazane okoliczności wpłynęły na cenę oferty”.

W oparciu o powyższą analizę i ocenę wyjaśnień dokonaną przez Izbę, w wyroku z dnia 6 sierpnia 2018 r. (KIO 1358/18) KIO uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności powtórnego wezwania Odwołującego do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę - z dnia 27 czerwca 2018 r. Izba stwierdziła wprost, że

„trafność tej oceny potwierdza treść drugiego wezwania zamawiającego dokonanego pismem z 27 czerwca 2018 r., gdzie stwierdzono, że nie przedstawiono istotnych części składowych kosztów, zaś w treść udzielonych przez Hydrobud wyjaśnień jest niepełna, niewystarczająca i występują w niej nieścisłości. Tego rodzaju stwierdzenia w myśli poglądu wyrażanego w orzecznictwie Izby stanowią uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył rzetelnych wyjaśnień. W konsekwencji nie mogą stanowić uzasadnienia dla kierowania ponownego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 do wykonawcy, który zlekceważył pierwsze wezwanie. Izba stwierdziła, iż w ustalonym stanie rzeczy nie spełnione pozostały przesłanki, które mogłyby skutkować ponownym wezwaniem do złożenia wyjaśnień przez Hydrobud”.

W konsekwencji powyższego rozstrzygnięcia, Zamawiający przy ocenie oferty

Odwołującego z dnia 31 sierpnia 2018 r. był zobowiązany do uwzględnienia dokonanej przez

Izbę oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego pismem z dnia 19 czerwca 2018 r. Stosownie do orzeczenia Izby, czynność dodatkowego wezwania do złożenia wyjaśnień podlegała unieważnieniu, a zatem złożone przez Odwołującego ponowne wyjaśnienia nie mogły być oceniane przez Zamawiającego w ramach końcowej oceny oferty. Ocena wyjaśnień dokonana przez Izbę w wyroku z dnia 6 sierpnia 2018 r. stała się dla Zamawiającego wiążąca.

Podkreślić przy tym należy, że Odwołujący nie wniósł na powyższe orzeczenie KIO skargi do sądu okręgowego.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, należało uznać, że zarzuty zawarte w pkt 2-4 odwołania, dotyczące naruszenia:

- art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oparte na całkowicie dowolnym ustaleniu, że ocena jego wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp, poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny i przedstawienie przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty niepełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego podstaw, co uniemożliwia prawidłową kontrolę jego decyzji;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz załączonych dowodów, co skutkowało przyjęciem, że Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,

podlegały oddaleniu w niniejszym postępowaniu z uwagi na fakt, że okoliczności dotyczące oceny prawidłowości wezwania z dnia 11 czerwca 2018 r., oceny wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2018 r. i czynności wezwania z dnia 27 czerwca 2018 r. nie mogły stanowić ponownie przedmiotu badania i rozpoznania przez Izbę w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Czynności Zamawiającego (prawidłowość postępowania wyjaśniającego oraz ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 19 czerwca 2018 r.) były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1358/18, w którym Izba nie stwierdziła podstaw do dalszego postępowania wyjaśniającego w zakresie ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Przepis art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, gdy wykonawca wezwany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie złożył wyjaśnień albo złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niski charakter ceny oferty. Złożenie wyjaśnień niedostatecznych, zbyt ogólnych, nieadekwatnych do wezwania zamawiającego jest równoważne do sytuacji, w której wykonawca nie złożył wyjaśnień. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym przypadku w odniesieniu do oferty Odwołującego, co znalazło jednoznaczne potwierdzenie w treści ww. wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2018 r. (KIO 1358/18).

Izba nie podzieliła opinii Odwołującego, że w wezwaniu z dnia 11 czerwca 2018 r. Zamawiający nie sformułował pytań zawartych w unieważnionym wezwaniu z dnia 27 czerwca 2018 r., a tym samym pierwsze wezwanie było nieprawidłowe i nie może wywoływać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Jak wynika bowiem z treści wezwania z dnia 11 czerwca 2018 r. Zamawiający przedstawił jasno w wezwaniu zakres wymaganych wyjaśnień, zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1a Pzp oraz dodatkowo przedstawił szczegółowe pytania, na które w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 19 czerwca 2018 r. nie otrzymał pełnych i wyczerpujących odpowiedzi. Wobec unieważnienia czynności wezwania do wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2018 r. na mocy wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2018 r. (KIO 1358/18) kwestie dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, które nie zostały dostatecznie wyjaśnione przez Odwołującego w piśmie z 19 sierpnia 2018 r. stanowiły zatem podstawę do uznania, że Odwołujący tych kwestii nie wyjaśnił, a w konsekwencji - że oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu.

Powyższe okoliczności zostały następnie przywołane w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 31 sierpnia 2018 r. Podkreślić należy w szczególności, że odrzucenie oferty Odwołującego nie nastąpiło z powodu braku udzielenia wyjaśnień w przedmiocie, co do którego Odwołujący nie został wezwany, lecz z uwagi na niezłożenie szczegółowych, pełnych i przekonujących wyjaśnień - w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, tj. wezwanie z dnia 11 czerwca 2018 r. Obowiązek złożenia szczegółowych, rzetelnych i pełnych wyjaśnień, popartych dowodami, spoczywa bowiem na wykonawcy w każdym przypadku, gdy Zamawiający wszczyna procedurę z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp. W takim przypadku, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania i przekonania Zamawiającego o rzetelności ceny oferty, a zatem wykonawca musi dołożyć wszelkich starań, aby wyczerpująco przedstawić swoje wyjaśnienia.

W niniejszej sprawie kwestia prawidłowości sformułowania wezwania z dnia 11 czerwca 2018 r. nie budziła żadnych wątpliwości Izby, zarówno w postępowaniu o sygn. akt KIO 1358/18, jak i w niniejszym. Wezwanie to nie zawierało niejasności, treść wezwania była wystarczająco zrozumiała i przejrzysta. Ponadto, czynność samego wezwania do wyjaśnień nie była kwestionowana przez Odwołującego w stosownym terminie w odrębnym postępowaniu odwoławczym. Sam Odwołujący wskazał natomiast w odwołaniu, że pismem z dnia 11 czerwca 2018 r. Zamawiający „wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny”, co oznacza, że należało przedstawić szczegółowe kalkulacje kosztów koniecznych do poniesienia przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należało stwierdzić, że w pełni uzasadniona była negatywna ocena wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2018 r. dokonana przez Zamawiającego z zastosowaniem dyrektyw wynikających z art. 90 ust. 2 Pzp oraz z wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2018 r. W konsekwencji zasadna była decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

KIO 1816/18

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 9b Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR jako niezgodnej z ustawą oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (pkt II.2.4 Opis zamówienia), Przedmiotem zamówienia jest wykonanie ochrony brzegów morskich w rejonie Półwyspu Helskiego polegającej na usunięciu istniejących drewnianych ostróg oraz budowie nowego systemu ostróg na odcinku brzegu morskiego kmH 0,0-12,3 Półwyspu Helskiego. Teren, na którym realizowane będą roboty budowlane będące przedmiotem niniejszego zamówienia jest ogólnie dostępny, w związku z czym, wykonawca ma możliwość dokonania oględzin tego terenu, przed złożeniem oferty. Roboty będą realizowane według warunków kontraktowych FIDIC na budowę dla robót inżynierijno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego. Zamawiający wskazał w ogłoszeniu, że nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Zamawiający powtórzył to oświadczenie w pkt III.9.

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu główny kod CPV 45243300 Roboty budowlane w zakresie opaski brzegowej oraz dodatkowy kod CPV 71322000 Usługi inżynierii projektowej w zakresie inżynierii wodnej i lądowej. W SIWZ (pkt III.6) zostały wskazane kody CPV 45243000-2 Roboty budowlane w zakresie ochrony przybrzeżnej, 45111300-1 Roboty rozbiórkowe, 71322000-1 Usługi inżynierii projektowej w zakresie inżynierii lądowej i wodnej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w załączniku nr 4 do SIWZ.

Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców w ofercie wypełnionego Formularza ofertowego, w którym w pkt F należało złożyć oświadczenie co do części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy, stosownie do art. 36b ust. 1 Pzp.

Wykonawca PORR w Formularzu oferty w punkcie F „Podwykonawcy” złożył oświadczenie o treści: „Podwykonawcom zamierzam powierzyć poniższe części zamówienia (jeżeli jest wiadome, należy podać również dane proponowanych podwykonawców):

1) Cały zakres robót. Dane podwykonawców nie są znane na etapie składania oferty.”

W ocenie Izby, w ustalonym stanie faktycznym, powyższe oświadczenie nie jest sprzeczne z art. 36a ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie z ust. 2 pkt 1 tego artykułu, zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

Słuszne jest stanowisko Odwołującego, że przez „część zamówienia” należy rozumieć element zamówienia jako całości możliwy do wyodrębnienia w ramach przedmiotu zamówienia. Niesporny był także fakt, że zgodnie z art. 36a ust. 1 Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie kilku części zamówienia kilku podwykonawcom. Przepis powyższy nie określa w jakim zakresie, tj. w ilu procentach, zamówienie może być powierzone do wykonania podwykonawcom. Należy przyjąć zatem, że ograniczenie tego zakresu wynika z treści ustępu 2 tego artykułu, który wskazuje, że zamawiający może określić część (kluczową) zamówienia, której wykonanie nie może być powierzone podwykonawcom, gdyż wymaga osobistego jej wykonania przez wykonawcę. W sytuacji zatem, gdy zamawiający takiego ograniczenia nie

wprowadzi, to nie można przyjąć, że możliwość powierzenia podwykonawcom realizacji części zamówienia została ograniczona. Jednocześnie z treści przepisu art. 36a ust. 1 Pzp wynika jednoznacznie, że wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy wykonania całości zamówienia. Z pewnością część zamówienia, to nie całość i w świetle literalnego brzmienia ustawy Pzp oraz dyrektyw nie ma możliwości powierzenia całości zamówienia do realizacji podwykonawcom. Określenie tego, co należy rozumieć przez część zamówienia - czy zlecenie podwykonawcom np. 80% prac będzie zleceniem części, a 99% prac to już całość, należy rozpatrywać w konkretnym przypadku, przez pryzmat konkretnego przedmiotu danego zamówienia publicznego.

Zatem przepis art. 36a ust. 1 Pzp nie pozwala na zastąpienie wykonawcy, który potwierdza spełnianie warunków udziału w danym postępowaniu - podwykonawcą, któremu zostanie powierzona realizacja całości zamówienia. Celowościowa wykładnia przepisów ustawy Pzp prowadzi jednoznacznie do wniosku, że zamówienie powinno być zrealizowane przez podmiot należycie zweryfikowany, dający rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Zatem, tylko powierzenie wykonania całości zamówienia jednemu podwykonawcy w 100% należy uznać za sprzeczne z ustawą, a czynność taka byłaby nieważna w świetle art. 58 k.c., jako stanowiąca wyraz obejścia przepisów ustawy. Biorąc także pod uwagę wykładnię językową przepisu art. 36a ust. 1 Pzp oraz art. 36b ust. 1 Pzp, należy przyjąć, że ustawodawca dopuścił możliwość powierzenia jednemu podwykonawcy jedynie pewnego fragmentu zamówienia. Wykładnia ta jest także spójna z brzmieniem definicji umowy o podwykonawstwo w art. 2 pkt 2b Pzp, zgodnie z którą jest to umowa której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia. Za niedopuszczalne zatem należy uznać ustanowienie 100% podwykonawstwa jednego podmiotu dla zamówienia publicznego, a o które ubiega się dany wykonawca.

Powierzenie natomiast wykonania części zamówienia podwykonawcom, nawet w przeważającym zakresie, wówczas, gdy jest możliwe wyodrębnienie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, jako części, nie jest sprzeczne z art. 7 ust. 3 Pzp, który wymaga, aby zamówienie było udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W takiej bowiem sytuacji wykonawca nadal jest podmiotem, który zawiera umowę i jest odpowiedzialny za działania podwykonawców, jak za swoje własne. Zgodnie z art. 36ba ust. 4 Pzp, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia, co znajduje wyraz w przedmiotowym postępowaniu w § 7 ust. 10 wzoru umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania, w którym przedmiot zamówienia składa się w zasadniczej części z robót budowlanych, których rozdzielenie na fragmenty jest możliwe, czemu Zamawiający dał wyraz w Opisie przedmiotu zamówienia w pkt 3 (Zakres robót) Załącznika nr 4 do SIWZ, jest możliwe powierzenie podwykonawcom całego zakresu tych robót, co jednocześnie nie stanowi powierzenia podwykonawcom realizacji całości zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem, oprócz robót budowlanych, szerszy zakres prac, opisany w pkt 6 OPZ, który będzie zrealizowany przez wykonawcę.

Dla porównania jedynie należy wskazać, że Odwołujący w Formularzu oferty w pkt F (Podwykonawcy) wskazał jako części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawco

„Wszystkie roboty z wyłączeniem części robót kafarowych oraz koordynacji i kierowania robotami w ramach generalnego wykonawstwa.” Oświadczenie powyższe nie odbiega w sposób znaczący od treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę PORR, w szczególności co do zakresu robót, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, a już z pewnością nie w stopniu, który przesądzałby o uznaniu, że PORR zaoferował realizację zamówienia w całości przez podwykonawców. Wyłączenie „części robót kafarowych” w świetle tego sformułowania, może stanowić bowiem niewielki, a nawet jedynie „symboliczny” zakres robót, wobec braku sprecyzowania przez Odwołującego, jakiego faktycznie procentu robót kafarowych dotyczy to wyłączenie.

Izba nie stwierdziła również, że oferta PORR S.A. w przedmiotowym postępowaniu jest sprzeczna z treścią SIWZ, która zawiera zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcom, w szczególności z klauzulą 4.4 Warunków Kontraktowych dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego (FIDIC 1999, 4-te wydanie angielsko-polskie 2008) oraz § 7 ust. 1 i kolejnych wzoru umowy.

Klauzula 4.4. wskazuje, że:

„Wykonawca będzie odpowiedzialny za działania lub uchybienia każdego Podwykonawcy, jego przedstawicieli lub pracowników tak, jakby to były działania lub uchybienia Wykonawcy. O ile w Warunkach Szczególnych nie ustalono inaczej, to:

- a) nie będzie się wymagało od Wykonawcy uzyskania zgody na dostawców Materiałów,

ani na podzlecenie, dla którego Podwykonawca jest wymieniony w Kontrakcie, dla innych proponowanych Podwykonawców będzie wymagana uprzednia zgoda Inżyniera;

b) Wykonawca powiadomi Inżyniera z wyprzedzeniem nie mniejszym niż 28 dni o zamierzonej dacie rozpoczęcia pracy przez każdego Podwykonawcę i o rozpoczęciu takiej pracy na Terenie Budowy;

c) każde podzlecenie będzie zawierało postanowienia upoważniające Zamawiającego do wymagania, aby podzlecenie zostało scedowane na Zamawiającego na mocy klauzuli 4.5 [Cesje korzyści z podzlecenia] jeżeli lub kiedy zajdą okoliczności tam przewidziane, lub w przypadku wypowiedzenia Kontraktu na mocy klauzuli 15.2 [Rozwiązanie Kontraktu przez Zamawiającego]."

Postanowienie § 7 ust. 1 Wzoru Umowy ma treść następującą: „Wykonawca może wykonać przedmiot umowy własnymi siłami lub przy udziale podwykonawców”.

Postanowienia powyższe zawarte w dokumentacji przetargowej nie umożliwiają powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy, jednak nie wykluczają możliwości powierzenia podwykonawcom „całego zakresu robót” (w odróżnieniu od całości zamówienia). Podkreślić należy fakt, że przedmiot zamówienia w analizowanym postępowaniu obejmuje roboty budowlane, których zakres został określony w pkt 3 Załącznika nr 4 do SIWZ (OPZ), ale także inne czynności, które zostały wskazane przez Zamawiającego w pkt 6 OPZ. Z treści oświadczenia wykonawcy PORR zawartego w formularzu ofertowym wynika jednoznacznie, że zamiar powierzenia podwykonawcom realizacji zamówienia dotyczy „całego zakresu robót”, a nie całego zamówienia oraz jednoznacznie wskazuje na udział podwykonawców w wykonaniu zamówienia, a nie jednego podwykonawcy, który miałby zastąpić wykonawcę PORR w realizacji przedmiotowego zamówienia. Okoliczność, że wykonawca PORR nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia na skutek powierzenia „całego zakresu robót” podwykonawcom nie wynika w żaden sposób z treści oferty PORR oraz nie została wykazana przez Odwołującego za pomocą jakichkolwiek środków dowodowych.

Z uwagi na powyższe, w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma podstaw do przyjęcia, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 36a ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp lub treścią SIWZ, a zatem za bezpodstawne należało uznać żądania odrzucenia oferty wykonawcy PORR S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp.

Izba nie stwierdziła w przedmiotowym postępowaniu naruszenia przez Zamawiającego w ramach dokonanej oceny ofert naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z niezachowaniem w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).