

WYROK

z dnia 22 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś** Członkowie: **Emil Kuriata**

Marzena Ordysińska Protokolant: **Adam**

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2017 r. przez wykonawcę: **rdGIS Sp. z o.o., ul. Tucholska 12, 01-608 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centralny Ośrodek Informatyki, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa**

przy udziale wykonawcy: **ESKOM IT Sp. z o.o., ul. Żmna nr 2 lok. 24, 00-138 Warszawa**,

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Centralny Ośrodek Informatyki w Warszawie unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy: rdGIS Sp. z o.o. w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania tej oferty;

2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: Centralny Ośrodek Informatyki, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: rdGIS Sp. z o.o., ul. Tucholska 12, 01-608 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Centralny Ośrodek Informatyki, ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa na rzecz wykonawcy: rdGIS Sp. z o.o., ul. Tucholska 12, 01-608 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 234/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest *„Zawarcie umowy ramowej na świadczenie przez Wykonawcę specjalistycznych usług w zakresie związanym z wytwarzaniem oprogramowania dla potrzeb Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców dla Centralnego Ośrodka Informatyki”*, nr referencyjny: COI-ZAK 3201.9.2016, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. Unii Europejskiej z dnia 25 listopada 2016 r. pod numerem 2016/S – 228-415384.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – wykonawca rdGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 179 ustawy Pzp odwołanie wobec dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oceny i badania oferty Odwołującego, w tym odrzucenia oferty Odwołującego.

I. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) polegającej na niepodaniu przez Odwołującego w ofercie, z jakich konkretnie podwykonawców będzie korzystał w realizacji zamówienia i w jakim zakresie;

2. Z ostrożności procesowej – naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia oświadczenia Odwołującego, że będzie korzystał z podwykonawców „w zakresie części z każdego zakresu

stanowiącego przedmiot umowy”.

II. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność oceny i badania ofert, w tym czynność odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie dokonał ponownie czynności oceny i badania ofert, w tym czynności wyboru oferty Odwołującego, jako jednej z pięciu najkorzystniejszych, w świetle kryteriów oceny ofert zawartych w SIWZ.

Odwołujący przedstawił: w pkt III i IV – informacje o zachowaniu terminu do wniesienia odwołania oraz o przekazaniu kopii odwołania Zamawiającemu; w pkt V – okoliczności świadczące o spełnieniu przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

1. (...). 2. Zamawiający w pkt XXXII SIWZ żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania firm podwykonawców. Zamawiający w SIWZ nie określił zakresu prac, które nie mogą być zlecone podwykonawcom. Zamawiający nie żądał również w SIWZ, na podstawie art. 25a ust. 5 ustawy Pzp, aby wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, składał JEDZ dotyczący tych podwykonawców.

Zamawiający do SIWZ załączył: a) wzór formularza oferty (załącznik 1 do SIWZ);

b) wzór oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, tj. JEDZ (załącznik 2 do SIWZ); c) wzór umowy ramowej (część III SIWZ).

Ad a) We wzorze formularza oferty Zamawiający wymagał określenia w pkt IV. 9, czy w przypadku uzyskania zamówienia całość prac objętych zamówieniem wykonawca wykona własnymi siłami, czy też zaangażuje podwykonawców do realizacji zamówienia. Dalej należało wskazać „Części zamówienia, którą Wykonawca zamierza zlecić podwykonawcy”. Zamawiający nie wskazał, jak precyzyjnie wykonawcy mają opisać zakres prac, które planują powierzyć podwykonawcom. Kolejny punkt formularza oferty (pkt IV. 10) został zatytułowany „Dane rejestrowe podwykonawców, którym Wykonawca powierzy realizację części zamówienia, o których mowa w pkt 11”;

Ad b) We wzorze JEDZ część II, sekcja D „Informacje o podwykonawcach, na których zdolności wykonawca nie polega” (k. 5) wymagane było podanie, czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia. „Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców: [...]”.

Ad c) We wzorze umowy ramowej Zamawiający poświęcił podwykonawcom § 15 wskazując, że wykonawca jest uprawniony do powierzenia wykonania części przedmiotu umowy ramowej i umów wykonawczych podwykonawcom (§ 15 ust. 1). W § 15 ust. 8 wzoru umowy określone zostało, że wykonawca zobowiązany jest do poinformowania Zamawiającego w formie pisemnej o każdej zmianie danych dotyczących podwykonawców, jak również „o ewentualnych nowych Podwykonawcach, którym zamierza powierzyć prace w ramach realizacji Umowy”. Dalej Zamawiający w ustępie 11 i 12 omawianego paragrafu precyzuje, że informacja o zamiarze powierzenia prac nowemu podwykonawcy powinna zostać przekazana Zamawiającemu nie później niż 14 dni przed planowanym powierzeniem mu realizacji prac, pod rygorem kary umownej oraz ryzyka, że Zamawiający nie będzie współdziałał z podwykonawcą, o którym nie otrzymał w stosownym czasie informacji.

Zatem, Odwołujący uznał, że Zamawiający dopuścił zmiany w katalogu podwykonawców realizujących umowę – Zamawiający w żaden sposób nie ogranicza prawa wykonawców do zlecenia prac podwykonawcom zostawiając im w tym zakresie pełną swobodę (nakłada jedynie na nich obowiązek informacyjny).

3. Do upływu terminu składania ofert zostało złożonych 12 ofert, w tym oferta Odwołującego. Odwołujący samodzielnie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie posiłkując się w tym zakresie zasobem podmiotów trzecich. Odwołujący wraz z ofertą złożył m.in. formularz oferty oraz JEDZ.

• W formularzu oferty Odwołujący pozostawił nieskreślone oświadczenie, że zaangażuje podwykonawców do realizacji zamówienia i wskazał, że zamierza zlecić podwykonawcom

„część z każdego zakresu stanowiącego przedmiot umowy”. Odwołujący nie wymienił potencjalnych podwykonawców.

• W oświadczeniu JEDZ Odwołujący wypełnił część II, sekcja D „Informacje o podwykonawcach, na których zdolności wykonawca nie polega” (k. 5) zaznaczając opcję, że zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo oraz wskazując, że będzie to „część z każdego zakresu stanowiącego przedmiot umowy”. Odwołujący nie podał wykazu podwykonawców.

4. Pismem z 27 stycznia 2017 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający w uzasadnieniu wyjaśnił, że przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego jest

„nie zawarcie w treści oferty zobowiązania do korzystania z konkretnych podwykonawców w konkretnym zakresie”.

W ocenie Zamawiającego taki obowiązek wynika z SIWZ oraz ustawy Pzp (art. 36b ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt XXXII ust. 1 SIWZ).

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając czynnościom Zamawiającego, co następuje:

Zarzut nr 1: Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z SIWZ polegającej na niepodaniu przez Odwołującego w ofercie, z jakich konkretnie podwykonawców będzie korzystał w realizacji zamówienia i w jakim zakresie.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w piśmie z 27 stycznia 2017 r. wskazał, że przyczyną odrzucenia jest fakt, że Odwołujący „nie zawarł w treści oferty zobowiązania do korzystania z konkretnych podwykonawców w konkretnym zakresie”. W ocenie Zamawiającego taki obowiązek wynika z SIWZ oraz ustawy Pzp (art. 36b ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt XXXII ust. 1 SIWZ).

Odwołujący uznał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w okolicznościach sprawy brak jest podstaw do oceny, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, a zatem za bezprawne należy uznać odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Treść oferty Odwołującego (oświadczenie woli realizacji zamówienia w sposób zgody z wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ) w pełni odpowiada SIWZ, za czym przemawiają niżej wskazane argumenty Odwołującego:

1. Podkreślenia wymaga, że żaden przepis ustawy Pzp (w tym art. 36b ust. 1), czy też SIWZ nie zawiera „zobowiązania” do realizacji przez wykonawcę zamówienia przy udziale podwykonawców, jeśli w ofercie zadeklarowano zamiar powierzenia części prac podwykonawcy. Oświadczenie zawarte w formularzu oferty oznacza jedynie, że wykonawca przewiduje, że wykonując umowę posłuży się podwykonawcami w określonym zakresie. Nie stanowi to jednak w ogóle obowiązku skorzystania z podwykonawców w realizacji zamówienia. Deklaracja wykonawcy w tym zakresie zatem to nie jego zobowiązanie, lecz informacja o planach dotyczących realizacji przyszłej umowy wykonawczej stanowiącej zamówienie publiczne.

2. Zaprezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie w brzmieniu załączników do SIWZ, tj. we wzorze JEDZ i wzorze umowy ramowej.

We wzorze JEDZ część II, sekcja D „Informacje o podwykonawcach, na których zdolności wykonawca nie polega” (k. 5) Zamawiający (w ślad za rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia) wymagał podania wykazu podwykonawców, o ile dane są wykonawcy znane. Zatem Odwołujący, który na moment składania ofert, nie dysponował informacjami, ze wsparcia dokładnie jakich podwykonawców będzie korzystał przy realizacji umów wykonawczych, nie podał ich nazw. Odwołujący postąpił w tej kwestii zgodnie z SIWZ (wzór JEDZ stanowiący załącznik nr 2).

Prawidłowość przedstawionego rozumienia postanowień SIWZ potwierdza wzór umowy ramowej. W jej § 15 ust. 8 określone zostało, że wykonawca zobowiązany jest do poinformowania Zamawiającego „o ewentualnych nowych Podwykonawcach, którym zamierza powierzyć prace w ramach realizacji Umowy”. Zatem, Zamawiający dopuścił zmiany w katalogu podwykonawców realizujących umowę. Jednocześnie, co trzeba zaznaczyć, Zamawiający w żaden sposób nie ogranicza prawa wykonawców do zlecenia prac podwykonawcom zostawiając im w tym zakresie pełną swobodę (nakłada jedynie na nich obowiązek informacyjny). Zamawiający w omawianym zakresie nie odwołuje się również do oferty wykonawcy.

3. Zamawiający w piśmie z 27 stycznia 2017 r. argumentuje, że o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ dowodzi brzmienie pkt XXXII SIWZ oraz formularza oferty. Zamawiający jednak bezpodstawnie pomija treść pozostałych części SIWZ, tj. załącznika nr

2 (wzór JEDZ) oraz części III SIWZ (wzór umowy). Za nieuprawnioną należy uznać proponowaną przez Zamawiającego wykładnię SIWZ polegającą na wybiórczym czytaniu jej postanowień. Owszem, w pkt XXXII SIWZ Zamawiający wymagał podania w ofercie (w formularzu oferty) danych podwykonawców. Jednak – jak wynika z formularza JEDZ – obowiązek ten dotyczy jedynie podwykonawców znanych wykonawcom na moment składania ofert. Inaczej musielibyśmy uznać, że SIWZ jest wewnętrznie sprzeczna. Nawet i w takim przypadku należałoby jednak przyznać rację Odwołującemu, bowiem – jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO i sądów powszechnych – niejasności SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy i pociągać dla niego negatywne skutki w postępowaniu o zamówienie publiczne.

4. Zaprezentowane stanowisko zgodne jest także z przepisem art. 36b ust. 1 ustawy Pzp. Z powołanego przepisu ustawy Pzp wynika, że zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Ustawa nie może być jednak odczytywana w oderwaniu od rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r.

ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Zgodnie z przywołanym rozporządzeniem (część II, sekcja D formularza JEDZ) wykonawcy mają obowiązek podania wykazu podwykonawców, o ile są znani. Za taką interpretacją przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp przemawia także brzmienie przepisu art. 36b ust. 1a ustawy Pzp. W przypadku zamówień na roboty budowlane i usługi wykonywane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego wykonawca, przed przystąpieniem do wykonywania zamówienia, zobowiązany jest podać m.in. nazwy podwykonawców, o ile są już znane. Wykonawca ma również obowiązek informować o nowych podwykonawcach, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

5. Odnosząc się do zakresu prac, które ewentualnie będą zlecane przez Odwołującego podwykonawcom, podkreślenia wymaga, że Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował, jak szczegółowo należy ów zakres opisać. Jest to zrozumiałe, gdyż Zamawiający nie postawił w SIWZ żadnych ograniczeń, co do dopuszczalnego zakresu prac, który może być wykonywany przy udziale podwykonawców. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że przedmiotowe postępowanie prowadzi nie do udzielenia zamówienia publicznego, lecz jedynie do zawarcia umowy ramowej. Zatem dopiero w postępowaniach wykonawczych będzie precyzyjnie określony przedmiot danego zamówienia publicznego, co pozwoli na skonkretyzowanie zakresu ewentualnego udziału podwykonawców.

6. Uwzględniając powyższe za niezrozumiałe uznać należy stanowisko Zamawiającego o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Kompleksowa analiza SIWZ odczytywana w świetle ustawy Pzp i rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7

z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia nie pozostawia wątpliwości, że po pierwsze – treść oferty (oświadczenia woli Odwołującego będącego w tym przypadku jego jednostronnym zobowiązaniem do wykonania przyszłych zamówień wykonawczych na warunkach zgodnych z SIWZ, a w konsekwencji i umową ramową), nie jest sprzeczna z żadnym postanowieniem SIWZ, gdyż w SIWZ (wraz z załącznikami) wymagano podania firm podwykonawców znanych na moment składania ofert. Po drugie – nawet, gdyby nazwy podwykonawców zostały podane, nie wiązałoby się to z obowiązkiem zlecenia im jakichkolwiek prac w ramach zamówień wykonawczych – podanie nazw miałoby wyłącznie walor informacyjny, a nie stanowiłoby treści oświadczenia woli wykonawcy (zobowiązania). Zatem *a contrario* – nie podanie tych nazw również nie może skutkować uznaniem niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Po trzecie – brak sprecyzowania zakresu prac, które być może zostaną zlecone podwykonawcom także nie oznacza niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż Zamawiający w SIWZ nie postawił żadnych wymagań co do szczegółowości oświadczenia zawartego w formularzu oferty w tej materii oraz dopuścił podwykonawstwo w każdym zakresie.

Analiza przedstawionego stanu faktycznego dowodzi, że Zamawiający w okolicznościach sprawy naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2: Z ostrożności procesowej – naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia oświadczenia Odwołującego, że będzie korzystał z podwykonawców „w zakresie części z każdego zakresu stanowiącego przedmiot umowy”. Jeżeli Zamawiający ocenił, że zawarta w formularzu oferty Odwołującego informacja dotycząca zakresu prac, które Odwołujący ewentualnie zleci podwykonawcom, wymaga sprecyzowania, powinien zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie. Zamawiający zobowiązany jest bowiem, zanim odrzuci ofertę, do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących jej treści, czego Zamawiający w tym postępowaniu bezprawnie zaniechał, co wskazuje na zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zważywszy na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej.

Wykonawca – ESKOM IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł w zgłoszeniu przystąpienia o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący – rdGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – spełnia przesłanki warunkujące legitymację czynną do wniesienia odwołania.

Wykonawca – ESKOM IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wobec skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem postępowania.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu i uwzględniając, że odwołanie dotyczy wyłącznie czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie prawnej i okoliczności faktycznych przedstawionych w piśmie z dnia 27 stycznia 2017 r. („Informacja o odrzuceniu ofert”), uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ” (pkt V.1) przedmiotem

zamówienia jest „zawarcie umowy ramowej na świadczenie przez Wykonawców specjalistycznych usług w zakresie związanym z wytwarzaniem oprogramowania (zwanych dalej „Usługami”), przez zespół Wykonawcy w miarę zgłaszanego przez Zamawiającego zapotrzebowania w ramach zawarcia umowy ramowej na podstawie umów wykonawczych, w modelu prac projektowych”.

W postępowaniu złożyło oferty 12 wykonawców. Zamawiający dokona wyboru 5 najkorzystniejszych ofert ramowych na podstawie kryteriów oceny ofert (pkt XXXIII 4 SIWZ), na dzień rozpoznania odwołania takiej czynności nie wykonał.

W celu wstępnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, określonych przez zamawiającego w rozdziale 10 i 11 SIWZ, a także celem dokonania wstępnej oceny punktowej, wykonawca został zobowiązany do załączenia do oferty, aktualnego na dzień składania ofert, oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) – o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp (pkt XII.1, 1.1 SIWZ).

W zakresie sposobu przygotowania ofert, zamawiający wymagał m.in., by oferta była przygotowana ściśle według wymagań określonych w SIWZ; wykonawca został zobowiązany do wypełnienia załączonego formularza ofertowego w sposób pozwalający na jednoznaczne dokonanie oceny zgodnie ze sformułowanymi w treści SIWZ kryteriami oceny ofert (pkt XVI.1, 1.2, 1.8 SIWZ).

Ofertę stanowił m.in. wypełniony Formularz Oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ; Załącznik nr 2 do SIWZ obejmujący oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do

wykluczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy w formie JEDZ (pkt XVI.3, 3.1, 3.2 SIWZ).

W pkt XXXII SIWZ zamawiający zamieścił opis wymagań dotyczący podwykonawstwa, wskazując w ppkt 1, że „Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania przez Wykonawcę firm podwykonawców. Wskazanie niniejszego m a nastąpić w Formularzu Oferty.” Dalsze podpunkty tego punktu (2 – 5) dotyczyły: przypadków zmiany albo rezygnacji z podwykonawcy, na którego zasoby powołał się wykonawca; powierzenia podwykonawstwa w trakcie realizacji zamówienia; zastąpienia podwykonawcy lub rezygnacji z podwykonawstwa w razie stwierdzenia podstaw wykluczenia podwykonawcy; oraz każdorazowego określenia postanowień dotyczących podwykonawców w cz. III SIWZ –wzór umowy (w zależności od rodzaju postępowania).

W § 15 wzoru umowy ramowej i wykonawczej (część III SIWZ) pt. „Podwykonawcy”, zamawiający przedstawił szczegółowo odpowiednie miejsca na wpisanie właściwych części przedmiotu zamówienia powierzanego do wykonania podwykonawcom, z podaniem firmy, danych kontaktowych, osób reprezentujących podwykonawcę – w konkretnym zakresie; w szczególności obowiązków stron związanych z podwykonawstwem, zmiany podwykonawców i wprowadzenia nowych podwykonawców w czasie realizacji zamówienia.

W formularzu oferty, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do SIWZ, w pkt 9 przedstawiającym alternatywny opis: „w przypadku uzyskania zamówienia: -całość prac objętych zamówieniem wykonam siłami własnymi; -zaangażuję podwykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia:”, odwołujący skreślając pierwsze zdanie (na zasadzie „niepotrzebne skreślić”) i pozostawiając zdanie drugie o zaangażowaniu podwykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia, złożył oświadczenie o wykonaniu zamówienia przy udziale podwykonawców.

W dalszej części tego punktu „Części zamówienia, którą Wykonawca zamierza zlecić podwykonawcy:”, zamawiający wskazał: „Część z każdego zakresu stanowiącego przedmiot umowy.”

W punkcie 10 „Dane rejestrowe podwykonawców, którym Wykonawca powierzy realizację części zamówienia, o których mowa w pkt 11” (wł. 10), w czterokolumnowej tabeli, w której należało podać: „Nazwa podwykonawcy; Siedziba; Numer wpisu do odpowiedniego rejestru - KRS lub datę rozpoczęcia działalności CEIDG; NIP/Regon” – odwołujący nie wpisał żadnych danych, pozostawiając tabelę niewypełnioną.

W formularzu JEDZ w Części II Sekcja D: „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega”, odwołujący podał „Część z każdego zakresu stanowiącego przedmiot umowy.”, nie wskazując części zamówienia zamierzonych do powierzenia podwykonawcom i nie podając firm podwykonawców.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, wskazując uzasadnienie prawne odrzucenia – przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy; uzasadnienie faktyczne – nie podanie w formularzu oferty firm podwykonawców, a w zakresie podwykonawstwa tylko określenie, że będzie to część z każdego zakresu przedmiotu umowy, brak wskazania konkretnego zakresu zamówienia oraz, że czynność zamawiającego stanowiła bezpośrednią realizację wynikającego wprost z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp obowiązku zamawiającego do żądania wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza on powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm tych podwykonawców.

Powyższe okoliczności, co do zasady nie były sporne, odwołujący przyznał w odwołaniu, że złożył oświadczenie o podwykonawstwie, nie podał podwykonawców, nie podał części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom.

Kwestią podlegającą ocenie i rozstrzygnięciu było to, czy wskazane braki w ofercie stanowiły o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czy też nie.

Izba podzieliła stanowisko, że oświadczenie o podwykonawcach, wymagane na skutek żądania zamawiającego wynikającego z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, mającego odzwierciedlenie w art. 71 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Podwykonawstwo – gdzie wskazano: *„W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców”*

– nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Nie jest to więc oświadczenie woli, o jakim stanowi przepis art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego z zw. z art. 14 ustawy Pzp.

W szczególności o charakterze żądania zamawiającego, o którym stanowi art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, na które odpowiedź wykonawcy nie stanowi treści oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, świadczy również treść przepisów art. 36b ust. 1a, ust. 1b, czy ust. 2 ustawy Pzp – w myśl, których czas żądania złożenia oświadczenia o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom ze wskazaniem ich firm i części powierzanych do wykonania, jak również możliwość zmiany tych danych w trakcie realizacji zamówienia (art. 36ba ust. 1-3 ustawy Pzp) – może być różny, co

znalazło m.in. też odzwierciedlenie w § 15 wzoru umowy ramowej i wykonawczej (część III SIWZ) pt. *„Podwykonawcy”*.

Regulacje podwykonawstwa w pkt XXXII SIWZ, wzór formularza oferty, postanowienia umowne w zakresie podwykonawstwa, przy uwzględnieniu specyfiki i rozmiaru zamówienia – wskazują jednoznacznie, że podwykonawstwo stanowiło ważną informację dla zamawiającego, której wymóg podania w ofercie wynika z SIWZ, jednak brak jest podstaw do przyznania oświadczeniu, czy jak w tym przypadku braku oświadczenia wykonawcy o treści żądanej w SIWZ – przmiotu treści oferty.

Zatem brak podania w formularzu ofertowym żądanych informacji nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu niezgodności tych dokumentów, o jakiej stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkującej odrzuceniem oferty.

Izba podzieliła stanowisko przedstawione w orzecznictwie w tym zakresie, w szczególności – w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 50/17: *„(...) biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz treść art. 89 ust. 1 pkt 2, interpretowanego w świetle orzecznictwa sądów i KIO stwierdzić należy, iż dla dokonania odrzucenia oferty wykonawcy musi zaistnieć sytuacja ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. (...) Wszelkie niezgodności powinny być oceniane z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. (...) interpretacja art.*

89 ust. 1 pkt 2 Pzp ukształtowana w orzecznictwie oraz znajdująca odzwierciedlenie w stanowisku doktryny, nakazuje odniesienie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zatem de lege lata o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w siwz.” oraz w wyroku z dnia 13 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 192/17, co do charakteru oświadczenia wykonawcy o podwykonawstwie.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wyłącznie z powodu przypisania jej niezgodności treści z treścią SIWZ, wynikającą z porównania wymagań SIWZ z formularzem oferty.

Informacja odwołującego wskazana w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), że do realizacji przedmiotu zamówienia zaangażuje podwykonawców, bez podania wymaganych danych podwykonawców, nie stanowiła podstawy czynności zamawiającego. Dokument ten jako załącznik do oferty, został wskazany w odwołaniu i na rozprawie przez odwołującego, łącznie z poglądem co do sposobu wypełniania formularza na podstawie

Instrukcji zamieszczonej na stronie internetowej

Przepisy art. 25a ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp stanowią: (1.) *Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3. (2.) Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu.*

Jednolity Europejski Dokument Zamówienia jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym dowód wstępny, że odpowiednie podstawy wykluczenia nie mają zastosowania, że odpowiednie kryteria kwalifikacji są spełnione i że wykonawca przedstawi odpowiednie informacje wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający (rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia).

W formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, Część II, Sekcja D: „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega”, zamieszczono odnośnie podwykonawstwa w pierwszej kolumnie pytanie: „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?”, w drugiej kolumnie odpowiedź:

☐ Tak ☐ Nie

Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców: [...]

Instrukcja – w trzeciej kolumnie wskazano: *Wykonawca może zlecić wykonanie zamówienia bądź jego wyodrębnionej części podwykonawcy chyba, że zamawiający dokonał stosownego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy lub ma zastosowanie art. 36a ust. 2a.*

W sytuacji, gdy wskazane zastrzeżenie nie zostało dokonane przez zamawiającego a wykonawca zamierza zlecić wykonanie całości bądź części zamówienia podwykonawcom, zakreśla on w formularzu odpowiedź „Tak”, wskazując jednocześnie wykaz proponowanych przez siebie podwykonawców i identyfikując ich.

Informacje o podwykonawcach zawarte w tym miejscu formularza JEDZ służą podmiotowej weryfikacji wykonawców (poprzez sprawdzenie podwykonawców). Zgodnie z art. 25a ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może żądać, by wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, złożył jednolite dokumenty w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania dotyczące podwykonawców (stwierdzenie istnienia podstawy do wykluczenia dotyczącej podwykonawcy nie skutkuje jednak wykluczeniem wykonawcy z postępowania, tylko brakiem możliwości dopuszczenia do realizacji zamówienia negatywnie zweryfikowanego podwykonawcy). W takim wypadku wykonawca składa osobny formularz JEDZ dla każdego ze wskazanych podwykonawców, wypełniony przez podwykonawcę w zakresie podstaw wykluczenia (część III) i przez niego (podwykonawcę) podpisany.

Jeśli zamawiający nie weryfikuje podwykonawców pod kątem braku istnienia podstaw do wykluczenia (nie przewidział takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu) wykonawcy także powinni udzielić odpowiedzi w tym miejscu formularza dotyczącej podwykonawców. W takiej sytuacji jednak wykonawcy nie mają obowiązku składania odrębnych formularzy JEDZ dla wskazanych przez siebie podwykonawców.

Z powyższego wynika, że informacje dotyczące podwykonawstwa, wykonawca zamieszcza zgodnie z żądaniem zamawiającego w formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, z zastosowaniem przez zamawiającego procedury przewidzianej dla złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w przedmiocie dokumentu (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Kwestia ta nie stanowiła zakresu rozpoznania.

Oceniając czynność zamawiającego stanowiącą podstawę odwołania – błędne uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegającej na niepodaniu przez odwołującego w ofercie z jakich konkretnie podwykonawców będzie korzystał w realizacji zamówienia i w jakim zakresie, co stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust.

1 ustawy Pzp – Izba uznała, że czynność zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w przedstawionym materiale dowodowym.

Zatem, Izba orzekła jak w sentencji wyroku na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, mając na uwadze, że naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie

do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z późn. zm.).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15 000 zł uiszczony przez odwołującego oraz zasądziła na jego rzecz uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, łącznie 18 600 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:.....

.....