

WYROK
z dnia 14 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2014 r. przez wykonawcę **E. W., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „WASKOP” E. W., ul. Walecznych 9a/14, 09-409 Płock** w postępowaniu prowadzonym przez **Wodociągi Płockie Sp. z o.o., ul. Harc. A. Gradowskiego 11, 09-402 Płock**

przy udziale wykonawcy: **M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **E. W., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „WASKOP” E. W., ul. Walecznych 9a/14, 09-409 Płock** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **E. W., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „WASKOP” E. W., ul. Walecznych 9a/14, 09-409 Płock** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Wodociągi Płockie Sp. z o.o. (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania „Odbudowa i rozbudowa kolektora zrzutowego odprowadzającego ścieki z oczyszczalni w Maszewie do Wisły”, wykonawca E. W., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane E. W. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art.89 ust. 1,2 i 5, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie,
2. art. 91 ust. 1, poprzez nie wybranie oferty najkorzystniejszej,
3. art. 87 ust. 1, poprzez jego nie zastosowanie celem wyjaśnienia treści oferty odwołującego się,
4. art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie,
5. art. 84 ust. 1, poprzez błędne jego zastosowanie.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia odwołującego się,
2. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

Odwołujący podał, że zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia jego oferty art. 89 ust. 1 pkt 1,2,5 ustawy Pzp, zaś z treści uzasadnienia faktycznego wynika, że powodem odrzucenia było złożenie oświadczenia woli w pkt 11 oferty, iż odwołujący nie będzie powierzał wykonania zadania podwykonawcom, podczas gdy w piśmie z 12.09.2014r. złożył nowe oświadczenie woli, że będzie korzystał z podwykonawców, co w ocenie zamawiającego skutkuje niezgodnością oferty z ustawą, tj. z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, jak również z pkt. 14.1,21, 35 SIWZ, co oznacza, że winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podał nadto, że w dalszej części uzasadnienia zamawiający stwierdził, że na podstawie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp ma prawo żądać od wykonawców złożenia wyjaśnień co do treści złożonych dokumentów i w związku z powyższym 12.09.2014r. zobowiązał odwołującego się do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania, jaki charakter

prawny lub faktyczny łączy wykonawcę z podmiotami trzecimi udostępniającymi odwołującemu swój potencjał na podstawie art. 26 ust.2b ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia dotyczące zobowiązania podmiotu trzeciego, zamawiający uznał za nie wskazujące jednoznacznie na faktyczną możliwość korzystania przez odwołującego z tych zasobów w trakcie realizacji zamówienia, w konsekwencji czego zamawiający uznał, że odwołujący nie uwiarygodnił, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, co skutkuje wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt 9.2.2. lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) jako warunek ubiegania się o zamówienie wymagał wykonania dwóch zamówień, których przedmiotem było wykonanie przewiertu sterowanego (HDD) o długości co najmniej 200 m dla każdego zamówienia i średnicy przewodu tłoczego co najmniej 400 mm dla każdego zamówienia, zaś w pkt 9.3 SIWZ zamawiający określił, w jaki sposób będzie oceniał sytuację, gdy wykonawca będzie polegał między innymi na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunków w postępowaniu, tj. poprzez wypełnienie załącznika nr 6.

Odwołujący stwierdził, że korzystając z możliwości wynikających z art.26 ust. 2b ustawy Pzp oraz ww. zapisów SIWZ wskazał, że warunki spełnia S. M. Przedsiębiorstwo Przewiertowe „MOTYL”. Dodał, że stosowne dokumenty zostały dołączone do oferty od strony 19 do strony 37 – uznał, że zarówno z załącznika nr 4 (wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca), jak i pozostałych dokumentów tj. wykazu wykonywanych robót wraz z referencjami, załącznika nr 6 (zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów), informacji z CEIDG, zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach, zaświadczenia o nie zaleganiu w opłacaniu składek ZUS, zaświadczenia o niekaralności, oświadczenia o spełnianiu warunków udziału, oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej w sposób nie budzący wątpliwości wynika czynny udział w realizacji zamówienia firmy MOTYL.

W ocenie odwołującego fakt nie wypełnienia w druku oferty pkt 11 dotyczącego wskazania części zamówienia realizowanego przez podwykonawcę mógł być wyjaśniony przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Więcej nawet, w ocenie odwołującego, z przedłożonych w ofercie dokumentów nawet bez wyjaśnienia wynika, że chodzi wyłącznie o wykonanie przewiertów.

Za niezrozumiałe uznał odwołujący stanowisko zamawiającego co do oceny odpowiedzi odwołującego na pismo z 12.09.2014r., w którym powołując się na art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zamawiający zadał 8 pytań, na które odwołujący udzielił odpowiedzi.

Odwołujący podał, że w oparciu o udzielone odpowiedzi zamawiający skonstatował, że odwołujący zawarł w nich „oświadczenie woli”, które jest sprzeczne z oświadczeniem woli zawartym w ofercie i tym samym naraził się na niezgodność z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego udzielenie odpowiedzi nie było oświadczeniem woli lecz wyrazem czynności prawnej zbliżonej do oświadczenia wiedzy, a odwołujący nie uchybił art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, tj nie wycofywał, ani nie zmieniał oferty.

Odnosząc się do kwestię niezgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ (pkt 14.1, 21, 35) odwołujący wskazał, że:

- punkt 14.1 zawiera wymagania podstawowe dotyczące opisu sposobu przygotowania oferty i zawiera 8 podpunktów, jednak zamawiający nie wskazał, czy odwołujący sporządził ofertę sprzeczną ze wszystkimi podpunktami czy tylko niektórymi z nich,
- punkt 21 dotyczy trybu otwarcia ofert i zawiera 5 podpunktów, jednak zamawiający podobnie jak wyżej nie wskazał, o jaką sprzeczność oferty z SIWZ chodzi,
- punkt 35 dotyczy części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, do czego odwołujący podniósł się już wcześniej.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, pisma procesowego przystępującego z dnia 13 października 2014 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego.

Na podstawie pkt. 9 *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – Zestawienie ofert*, a także pkt. 25 *Kryteria oceny ofert SIWZ* skład orzekający Izby ustalił, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu, w którym jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była „cena”, ofertę z ceną najniższą. Ponieważ zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, to uznać należy, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do ponownego badania i oceny ofert przez zamawiającego (w tym oferty odwołującego), co oznacza, że odwołujący miałby szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji

przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. *Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (Druk ZP-PN).
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).
3. Oferta odwołującego.
4. Wezwanie odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ustawy Pzp z dnia 12 września 2014 r.
5. Odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z dnia 12 września 2014 r.
6. Informacja o wynikach przedmiotowego postępowania z dnia 23 września 2014 r.

Odwołanie zostało złożone wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego (z naruszeniem art. 89 ust. 1, 2 i 5 ustawy oraz 84 ust. 1 ustawy Pzp), po uprzednim zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień (z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) oraz wobec czynności wykluczenia odwołującego (z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), a także wobec zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp).

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego, po uprzednim zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w pkt 4 Części I SIWZ, tj. Instrukcji dla wykonawców (dalej „IDW”) zamawiający podał, że przedmiotem zamówienia jest odbudowa i rozbudowa kolektora zrzutowego ścieków oczyszczonych z oczyszczalni w Maszewie do Wisły, a także że zmiana zagospodarowania terenu polegać będzie na wykonaniu dwóch równolegle biegnących kanałów o średnicy $\varnothing 560 \times 50.8$ mm z polietylenu SDR11 o długości ok. 552,3m łącznie metodą przewiertu sterowanego (HDD).

W zakresie opisu szczegółowego zamawiający odesłał do części III SIWZ.

Opisując przedmiot zamówienia zamawiający posłużył się następującymi kodami Wspólnego Słownika Zamówień (dalej „CPV”): CPV 45.00.00.00 – Roboty budowlane oraz wskazał dodatkowo: 45.10.00.00. – Przygotowanie terenu pod budowę, 45.20.00.00 – Roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, 45.23.10.00 – Roboty budowlane w zakresie budowy rurociągów, ciągów komunikacyjnych i linii energetycznych.

Zgodnie z pkt 9.2.2.lit. a IDW zamawiający zażądał – w zakresie wiedzy i doświadczenia – wykazania wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków (winno być: „ofert” – postępowanie prowadzone jest bowiem

w trybie przetargu nieograniczonego), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: dwóch zamówień, których przedmiotem było wykonanie przewiertu sterowanego (HDD) o długości co najmniej 200m dla każdego zamówienia i średnicy przewodu tłocznego co najmniej dn 400mm dla każdego zamówienia, na potwierdzenie czego wykonawcy mieli obowiązek złożyć *Wykaz wykonanych robót budowlanych* wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należycie. Wykaz wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych miał zostać sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do IDW.

W pkt. 9.2.1. lit. a-g IDW zamawiający zażądał od wykonawcy albo wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia złożenie szeregu dokumentów podmiotowych.

W pkt. 35 IDW zamawiający zażądał wskazania przez wykonawcę w ofercie, tj. w *Formularzu Oferty* tych części zamówienia, której wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. W odnośnym punkcie 11 opracowanego wzoru *Formularza Oferty* (załącznik nr 1 do IDW) zamawiający zawarł następującą treść:

„[nie zamierzam(y) powierzać do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia / następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom]”, w legendzie opisującej punkt „4” podając: „Wykonawca usuwa niepotrzebne”. Po ww. cytowanej treści zamawiający zawarł tabelę z kolumnami „l.p.” oraz „Nazwa części zamówienia”.

W złożonej ofercie – wypełnionym *Formularzu oferty* odwołujący (str. 2) w pkt 11 pozostawił treść: [nie zamierzam(y) powierzyć do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia /”, skreślając pozostałą treść tego punktu.

W *Formularzu oferty* odwołujący w pkt. 2 przewidzianym do wskazania, kto jest wykonawcą składającym ofertę wpisał: „Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „WASKOP” E. W.”, nie skreślając jednocześnie w pkt. 8 *Formularza oferty*, czy oferta jest składana w imieniu własnym jednego wykonawcy, czy też jako oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W *Wykazie wykonanych robót budowlanych* (str. 24-26 oferty) ujęto 3 zamówienia. Na potwierdzenie ich należytego wykonania złożono dokumenty dotyczące Przedsiębiorstwa Przewiertowego MOTYL.

Na str. 30 oferty odwołującego znajduje się, sporządzone wg narzuconego przez zamawiającego wzoru, zobowiązanie S. M. – Przedsiębiorstwo Przewiertowe „Motyl”, iż zobowiązuje się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania przez odwołującego przy realizacji przedmiotowego zamówienia wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania tegoż zamówienia.

Pismem z dnia 12 września 2014 r. zamawiający zażądał od odwołującego złożenia wyjaśnień (z powołaniem się na art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ustawy Pzp) w szczególności co do tego:

„Czy Wykonawca zgodnie z punktem 8 Formularza oferty składa ofertę w imieniu własnym czy też jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ?” (pytanie nr 1), „W związku z korzystaniem przez Wykonawcę z zasobów podmiotów trzecich na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p., a jednocześnie w związku ze złożeniem oświadczenia woli w Formularzu oferty pkt. 11), iż nie korzysta Wykonawca z podwykonawców, proszę o udzielenie wyjaśnień jaka część zamówienia będzie wykonywana przez podmioty trzecie i czy Wykonawca zamierza powierzyć jakąś część zamówienia podwykonawcom ?” (pytanie nr 2).

Odpowiadając na ww. wezwanie, pismem z dnia 12 września 2014 r. (doręczonym 15 września 2014 r.), odwołujący oświadczył: „złożona przez nas oferta dotyczy tylko firmy P.I.B WASKOP i nie jest ofertą wspólną” (odpowiedź na pytanie nr 1) oraz „Przedmiotowe zadanie zamierzamy wykonać przy pomocy podwykonawcy, powołując się na zasoby podmiotów trzecich. – Przedsiębiorstwo Przewiertowe MOTYL; wykonanie przewiertów (wiedza i doświadczenie) (...)” (odpowiedź na pytanie nr 2).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, tj. S. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Przewiertowe „Motyl”.

Zamawiający nie kwestionował, że wskazany podmiot trzeci legitymuje się doświadczeniem, jakiego zamawiający żądał w pkt. 9.2.2. IDW, ale że nie jest możliwe uwzględnienie przy ocenie spełnienia przez odwołującego warunku, wiedzy i doświadczenia tego podmiotu trzeciego, ponieważ odwołujący złożył w ofercie oświadczenie (pkt. 11 *Formularza Oferty*), iż nie zamierza powierzyć do podwykonania żadnej części zamówienia, co z kolei wyklucza możliwość realnego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia. Jak bowiem wskazał zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego: „Jeżeli zatem korzystanie z zasobów podmiotów trzecich miałyby polegać na konsultacjach i wsparciu merytorycznym w zakresie eksperckim to taka oferta również podlegałaby odrzuceniu, gdyż przy robotach budowlanych nie istnieje możliwość korzystania z podmiotu trzeciego bez jego realnego udziału w wykonaniu zamówienia”.

Odwołujący nie kwestionował, że w przedmiotowym postępowaniu – postępowaniu na roboty budowlane – niezbędnym jest, dla uznania realnego uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, udział tego podmiotu jako podwykonawcy. Odwołujący

podnosił natomiast, że „fakt nie wypełnienia w druku oferty pkt 11 dotyczącego wskazania części zamówienia realizowanego przez podwykonawcę (...) mógł być wyjaśniony przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Z przedłożonych w ofercie dokumentów nawet bez wyjaśnienia wynika, że chodzi wyłącznie o wykonanie przewiertów”.

Odnosząc się do powyższego stanowiska odwołującego skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie wskazał, które z dokumentów składających się na ofertę *w sensie largo* oraz, jaka ich treść dała mu podstawy do wniosku, iż „chodzi wyłącznie o wykonanie przewiertów”. Przypomnienia wymaga, że to na odwołującym spoczywał w tym względzie ciężar dowodu.

Skład orzekający Izby ustalił, że w ofercie odwołującego (*Formularzu oferty* i dokumentach doń dołączonych) brak jest informacji (treści), które pozwoliłyby przyjąć, że w ogóle, a dalej że w zakresie przewiertów, czy w jakimkolwiek innym zakresie wskazany podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

Podnieść przy tym należy, że gdyby to na podstawie Wykazu robót budowlanych (str. 24-26 oferty) przyjąć (co w ocenie składu orzekającego Izby byłoby i tak zbyt daleko idącym wnioskiem, ponieważ z posiadaniem doświadczenia przez podmiot trzeci nie można automatycznie wiązać udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia w zakresie zbieżnym z wykazywanymi robotami), iż wskazany podmiot trzeci miałby podwykonywać przewierty, to nadal by nie można przyjąć, że chodzi o podwykonawstwo wyłącznie w tym zakresie, co oznacza, że nie można na podstawie treści oferty ustalić, jaką część zamówienia odwołujący zamierza powierzyć do podwykonania. Nie sposób także przyjąć, iż jedynie oznaczenie podmiotu trzeciego w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej jako Przedsiębiorstwa Przewiertowego determinuje przyjęcie, iż podmiotowi trzeciemu odwołujący zamierzał powierzyć wykonanie przewiertów (i tylko wykonanie przewiertów).

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że dokumenty podmiotowe podmiotu trzeciego, które odwołujący złożył w ofercie nie były przez zamawiającego wymagane i doprowadziłyby jedynie do powstania po stronie zamawiającego wątpliwości co do tego, czy oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o to zamówienie (brak skreślenia w pkt 8 *Formularza Oferty* zarówno opcji indywidualnego, jak i wspólnego złożenia oferty). Wątpliwość ta wymagała wyjaśnienia (pismo zamawiającego z dnia 12 września 2014 r. pytanie nr 1)

Bez wątpienia zatem o zakresie podwykonawstwa zamawiający nie mógł dowiedzieć się z oferty odwołującego, ale dowiedział się dopiero z pisma odwołującego z dnia 12 września 2014 r. (tj. po terminie składania ofert, który upłynął 8 września 2014 r. o godz. 12.⁰⁰.)

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zdaniu drugim wyraźnie przewiduje, iż w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego przepisu, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści, co oznacza, iż wyjaśnienia co do zasady nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni. Korekta treści oferty możliwa jest tylko w oparciu o art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp.

Tymczasem jak wskazano powyżej o zakresie podwykonawstwa zamawiający dowiedział się z pisma odwołującego z dnia 12 września 2014 r. i nie sposób to nowe oświadczenie traktować jako wykładnię zawartego w pkt. 11 *Formularza oferty* oświadczenia o tym, że odwołujący nie zamierza powierzać do podwykonania żadnej części zamówienia.

Oznacza to, że treść oferty odwołującego w pkt 11 *Formularza Oferty* wymagałaby zmiany, poprzez zastąpienie treści: „nie zamierzam(y) powierzyć do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia/” treścią „następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom”, a nadto wymagałoby zmiany, poprzez uzupełnienie pkt. 11 o treść „wykonanie przewiertów”.

Zmiany te stanowiłaby jednak niedopuszczalną po terminie składania ofert zmianę treści oferty odwołującego, która nie mogłaby zostać zakwalifikowana jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Skład orzekający Izby stoi bowiem na stanowisku, że skoro obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, to oświadczenie wykonawców w tym zakresie ma istotny charakter. Zmiana w tym zakresie winna być oceniana jako powodująca istotną zmianę oferty, ponieważ wprowadzenie podwykonawstwa w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia oznacza zmianę sposobu wykonania zamówienia.

Na etapie udzielania wyjaśnień (pisma z dnia 12 września 2014 r.) odwołujący nie kwestionował tego, że wykonanie przewiertów stanowi część zamówienia, ponieważ udzielił odpowiedzi (wskazał wykonanie przewiertów przez S. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Przewiertowe „Motyl”) na pytanie zamawiającego właśnie o to, czy wykonawca zamierza powierzyć jakąś część zamówienia podwykonawcom.

Dopiero na rozprawie odwołujący próbował wywodzić, że wykonanie przewiertów nie stanowi części zamówienia, jaką należało wskazać w pkt. 11 *Formularza Oferty*, ponieważ „wykonanie przewiertów” nie zostało wskazane przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem nazw i kodów określonych w CPV, co w ocenie składu

orzekającego stanowiło wyraz przyjętej przez odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego strategii.

Przyjmując jednak nawet, że odwołujący od początku tak interpretował „część zamówienia, jaką wykonawca zamierza powierzyć do podwykonania” to stwierdzić należy, iż stanowi to wyłącznie wykładnię dokonaną przez wykonawcę. Tymczasem jako profesjonalny przedsiębiorca odwołujący winien zdawać sobie sprawę, iż jako uczestnika sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiąza go określone regulacje ustawowe.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż w świetle postanowień SIWZ (oznaczenie wg CPV) zlecenie wykonania przewiertów nie powinno być kwalifikowane jako podwykonawstwo, co do którego należało złożyć stosowne oświadczenie w pkt 11 *Formularza Oferty*.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że brak jest jakichkolwiek podstaw, w szczególności w ustawie Pzp, aby przyjąć, że część zamówienia, jaką należało wskazać w ofercie jako część, którą odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom (przepis art. 36 ust. 4 ustawy Pzp posługuje się wprawdzie określeniem „powierzyć”, a nie „zamierza powierzyć”, jednak nie zmienia to obowiązku podania informacji dotyczących podwykonawstwa) należy rozumieć wyłącznie jako roboty oznaczone przez zamawiającego wg CPV (na str. 3 IDW).

W definicjach legalnych ustawy Pzp (art. 2) ustawodawca nie zawarł definicji „części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom”, stąd odwołać się należy do językowego znaczenia słowa „część”. Część zaś to „jeden z elementów, na które dzieli się całość, pewna ilość z całości”.

Na całość przedmiotowego zamówienia, składa się, co wynika choćby z przekazanego wykonawcom przez zamawiającego do wypełnienia *Przedmiaru robót*: „wykonanie przewiertu horyzontalnego (HDD)” (poz. 18). Również w pkt. 4 IDW *Opis przedmiotu zamówienia zamawiający* wskazał na konieczność wykonania dwóch równolegle biegnących kanałów metodą przewiertu sterowanego (HDD).

Reasumując, odwołujący winien, zgodnie z opartym na przepisie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp żądaniem zamawiającego zawartym w pkt. 35 IDW i pkt. 11 *Formularza Oferty* wskazać, iż S. M., prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Przewiertowe „Motyl” zamierza powierzyć – jako część niniejszego zamówienia – wykonanie przewiertów. Jest to, co podnosił przystępujący na rozprawie, znacząca wartościowo część zamówienia – odwołujący wycenił ją na 915 332,31 zł netto (przy cenie ofertowej odwołującego wynoszącej netto 1 899 468 zł).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w sytuacji, gdy usunięcie braku w ofercie odwołującego, że zamierza wykonać część zamówienia – wykonanie przewiertów przez podmiot trzeci, nie może w tym przypadku nastąpić w następstwie złożenia wyjaśnień, ale wymagałoby niedopuszczalnej, bo nie mieszczącej się w ramach poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zmiany treści oferty.

Zarzut bezzasadnego wykluczenia odwołującego nie potwierdził się.

Wobec niekwestionowanej przez odwołującego konieczności udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy będącej przedmiotem zamówienia roboty budowlanej w części dotyczącej wykonania przewiertów oraz wobec uznania przez skład orzekający Izby nieusuwalnego braku wskazania w ofercie odwołującego, że zamierza powierzyć wykonanie przewiertów podmiotowi trzeciemu, na którego zasób wiedzy i doświadczenia się powoływał skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia z wykorzystaniem przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (skoro odwołujący nie wskazał udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jako podwykonawcy).

Ponieważ brak wskazania w ofercie odwołującego, że zamierza powierzyć wykonanie przewiertów podmiotowi trzeciemu sam stanowi podstawę odrzucenia oferty odwołującego, wzywaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (Wykazu wykonanych robót budowlanych) w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp („zamawiający wzywa (...), chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”) należy uznać za zbędne.

Zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że oferta odwołującego zasadnie została przez zamawiającego odrzucona skład orzekający Izby uznał także, że nie potwierdził się zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania orzeciono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a 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).

Przewodniczący: