

Sygn. akt: KIO/UZP 1327/09

WYROK
z dnia 2 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 27 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę konsorcjum **Tiwwal Sp. z o.o. i Holma Sp. z o.o., ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Bielsko-Biała, Urząd Miejski w Bielsku-Białej, Pl. Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała** protestu z dnia 13 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 41, 40-282 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Tiwwal Sp. z o.o. i Holma Sp. z o.o., ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Tiwwal Sp. z o.o. i Holma Sp. z o.o., ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 000 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 17 769 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Tiwwal Sp. z o.o. i Holma Sp. z o.o., ul. Człuchowska 9, 01-360 Warszawa**.

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Bielsko-Biała, Urząd Miejski w Bielsku-Białej wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Modernizacja pływalni START przy ul. Startowej w Bielsku Białej”. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp.

26.05.2009 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 99-143370.

06.08.2009 r. zamawiający zawiadomił w szczególności o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Bielsko-Biała;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy konsorcjum Tiwwal Sp. z o.o. z Warszawy i Holma Sp. z o.o. ze Starych Babic ze względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści

specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; wykonawca stwierdził, że nie zamierza wykonać całości robót własnymi siłami i nie zamieścił w ofercie informacji o częściach zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom.

13.08.2009 r. wykonawca konsorcjum Tiwwal Sp. z o.o. z Warszawy i Holma Sp. z o.o. ze Starych Babic wniósł protest na odrzucenie oferty protestującego z postępowania, pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 90 ust. 3, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 4 Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród zawężonego kręgu ofert, w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty protestującego i bezpodstawnym wyborem oferty wykonawcy Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A Bielsko-Biała jako najkorzystniejszej;
- 2) innych przepisów i aktów prawnych wskazanych w uzasadnieniu niniejszego protestu.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja protestującego:

I. Zamawiający, pismem znak IN-III/341-23/2222-219/2009/KS z 6 sierpnia 2009 r., poinformował protestującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i jednocześnie o odrzuceniu oferty protestującego. Jako uzasadnienia prawne dokonanej czynności odrzucenia oferty zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji.

Jednym z dokumentów składających się na ofertę, który wykonawca miał dostarczyć, wymienionym w części VI ust. I pkt 4 specyfikacji, był „Wykaz robót” (część zamówienia), których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Oferta wykonawcy konsorcjum TIWWAL nie zawierała takiego dokumentu. Zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp zamawiający zażądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonania powierzy podwykonawcom. Z wyjaśnień wykonawcy konsorcjum TIWWAL, (pismo L.Dz. T/914/27/07/2009 z 27.07.2009 r.), o które wykonawca został poproszony przez zamawiającego wynika, że wykonawca konsorcjum TIWWAL zamierza powierzyć część robót podwykonawcom, jednak na tym etapie wykonawca nie był w stanie podać zakresu

robót, jaki zostanie powierzony podwykonawcom ("wyjaśniamy, że nie zamierzamy wykonywać całości prac siłami własnymi [...] jednak na etapie przetargu nie została podjęta decyzja o realizacji pewnych zakresów prac przy pomocy podwykonawców...").

II. Jednocześnie wykonawca konsorcjum TIWWAL stwierdził, że zgodnie z art. 647¹ § 1 Kc oraz § 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji, każdy ewentualny podwykonawca będzie zgłoszony do zamawiającego. Ponadto wykonawca ten stwierdził, że dysponuje zapleczem wytwórczym oraz wykwalifikowanymi spawaczami z odpowiednimi uprawnieniami, jednak na etapie przetargu nie została podjęta decyzja o realizacji pewnych zakresów prac przy pomocy podwykonawców.

III. Protestujący powołał się na stosowne postanowienia specyfikacji: „Część XII – Opis sposobu obliczenia ceny – I. Obliczając cenę oferty należy uwzględnić wszystkie elementy składowe, jakie będą niezbędne do zrealizowania zamówienia. W przypadku powierzenia części robót podwykonawcom roboty te powinny być skalkulowane odrębnie i podane ich wartości [...] 4. Oddzielnie należy wyszczególnić zakresy robót do wykonania przez podwykonawców.”.

Protestujący podkreślił, że jego oferta literalnie odpowiada ww. postanowieniom specyfikacji i protestujący nie rozumie na jakiej podstawie zamawiający stwierdził niezgodność oferty z treścią specyfikacji.

IV. Gdyby na dzień składania ofert protestujący przewidywał zatrudnienie podwykonawców, to w jego ofercie byłaby na ten temat jakaś wzmianka np. roboty te byłyby skalkulowane odrębnie z podaniem o ich wartości, a przede wszystkim protestujący wyszczególniłby zakresy robót do wykonania przez podwykonawców.

Postanowień takich próżno szukać w treści oferty, a biorąc pod uwagę fakt że dokument wskazujący część zadania jaką wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy był niezbędnym załącznikiem tylko w przypadku wyrażenia takiej woli wykonawcy. Bezsprzecznym jest, że oferta protestującego w żadnym miejscu nie jest sprzeczna ze specyfikacją.

Ponadto sugestia podwykonawstwa w piśmie zamawiającego odnosiła się do dostawy i montażu basenowych oraz pytania czy konsorcjum dysponuje zapleczem wytwórczym oraz wykwalifikowanymi pracownikami. Na tak jednoznacznie zadane pytanie, odpowiedź wykonawcy, że zamierza wykonać siłami własnymi również prefabrykaty niecki basenowej mogłaby spowodować błędną interpretację stanu faktycznego możliwości wykonania zadania w tej części. Z kolei odpowiedź, jaką uzyskał zamawiający również spowodowała błędne odczytanie intencji protestującego, który zamierza wykonać całość prac budowlanych i montażowych siłami własnymi, jednak przygotowanie półproduktów, czy prefabrykatów do wytworzenia niecki nierdzewnej zostanie zamówione w specjalistycznym zakładzie produkcyjnym, który na etapie składania oferty nie został wybrany, tak jak nie został wybrany

dostawca betonu, profilowej stali zbrojeniowej, prefabrykatów ślizgów zjeżdżalni czy inny dostawca niezbędnych półproduktów i prefabrykatów. Odpowiedź skierowana do zamawiającego w dniu 27 lipca 2009 r. (L. Dz. T/917/27/07/2009) w zakresie zamiaru nie wykonywania prac siłami własnymi odnosiła się tylko do półproduktów i prefabrykatów niecki nierdzewnej, a inna interpretacja tego faktu jest niedozwolona. Powyższe również uzasadnia bardzo konkurencyjną cenę za wykonanie niecek nierdzewnych.

Na dzień składania ofert, protestujący nie przewidywał udziału podwykonawców, czemu dał wyraźny wyraz kształtując treść swojej oferty.

Zamawiający nie zauważył art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zakazana jest jakakolwiek zmiana treści oferty. Zatem przez pryzmat tego przepisu wiążące są oświadczenia złożone w ofercie, natomiast oświadczenia złożone w wyjaśnieniach należy odnosić nie do treści oferty, gdyż jak wykazano nie jest to dopuszczalne z uwagi na art. 87 ust. 1 Pzp, ale do etapu wykonania umowy, oczywiście tylko i wyłącznie za zgodą zamawiającego.

Zamawiający także nie dostrzegł regulacji art. 140 Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zatem jeśli w ofercie protestujący zobowiązał się wykonać całe zamówienie samodzielnie, to nie sposób tego zmienić w umowie, chyba że uzyska takie pozwolenie od zamawiającego.

Jeśli więc zamawiający inaczej zrozumiał treść oferty protestującego oraz jego odpowiedź, to tym samym dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 140 Pzp.

Nieprawdziwe jest stwierdzenie zamawiającego, iż protestujący był zobowiązany dostarczyć wykaz robót, które zamierza powierzyć podwykonawcy. Taki dokument był obowiązkowy do załączenia tylko w okolicznościach, gdyby składając ofertę protestujący przewidział wykonanie zamówienia przez podwykonawców, jeśli zaś nie przewidział to żadne z postanowień specyfikacji nie nakładało obowiązku składania takiego wykazu.

Podobnie orzecznictwo KIO: wyrok z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 782/09, który zawiera istotne regulacje i obszernie wyjaśnienia w kwestii stosowania pytań przez zamawiającego i interpretacji wyjaśnień składanych przez wykonawców, cyt.: „Ustawodawca nie ustanowił obowiązku składania oświadczeń o braku zamiaru powierzania wykonania jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom, gdyż zasadą zamówień publicznych – wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp – jest udzielanie zamówień wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i wykonywanie zamówienia przez tego wykonawcę, a powierzanie części zamówienia podwykonawcom jest wyjątkiem od tej zasady (...). Nie złożenie stosownego dokumentu potwierdza wolę wykonywania zadania siłami własnymi w przedmiotowym postępowaniu. „Skład orzekający izby również stoi na stanowisku, że zgodnie z zasadą samodzielnego wykonywania zamówienia przez wykonawcę, wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp, wykonawca składając, ofertę stwierdza, że będzie samodzielnie wykonywać

całość zamówienia, z jednym wyjątkiem, gdy wskaże części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Ustawodawca właśnie dlatego ustanowił art. 36 ust. 4 Pzp (obowiązek wymagania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom), aby ta zasada zamówień publicznych była w pełni respektowana i aby wyjątek od niej nie mógł być traktowany jako konkurencyjna reguła.”. Oferta protestującego nie odbiega od tej reguły.

W przypadku zrodzenia się u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, co wynika z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień.”.

Zdanie drugie *in fine* art. 87 ust. 1 Pzp zakazuje dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty – po upływie terminu składania ofert. Jednak zamawiający nie może antycypować, że w wyniku wyjaśnień nastąpi niedozwolona zmiana treści oferty, dlatego musi dążyć do pełnego wyjaśnienia treści oferty i wziąć pod uwagę treść wyjaśnień podczas finalnego badania i oceny ofert. Jeżeli wyjaśnienia nie spowodują jakiegokolwiek zmiany treści oferty to zamawiający będzie musiał je przyjąć jako zgodne z art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp. Jeżeli natomiast te wyjaśnienia będą prowadzić do zmiany treści oferty, poza przypadkami określonymi w art. 87 ust. 1a i 2 Pzp, to zamawiający będzie musiał odrzucić takie wyjaśnienia i nie brać ich pod uwagę podczas ostatecznego badania ofert, co może nawet prowadzić do konieczności odrzucenia oferty. W rozpoznawanym przypadku, odwołujący zastrzega się, że jego wyjaśnienia, w oparciu o – wyżej omówioną – zasadę samodzielnego wykonywania zamówienia przez wykonawcę, nie spowodują zmiany treści oferty. Odwołujący w wyjaśnieniach nie wprowadził nowych elementów do treści oferty, jakimi były określenia części zamówienia, które zamierzałby powierzyć podwykonawcom, gdyż odwołujący zamierzał od początku i w dalszym ciągu zamierza wykonać zamówienie własnymi siłami.”. Zamawiający zażądał od protestującego oświadczenia którym protestujący zmieniłby treść oferty, a takie pytanie jest niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Oferta protestującego jest złożona zgodnie z specyfikacją i nie podlega odrzuceniu.

„W związku z tymi konstatacjami, skład orzekający Izby podziela pogląd odwołującego, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał dokonania czynności żądania od odwołującego

wyjaśnień dotyczących treści oferty, czym naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. W konsekwencji zaniechania żądania wyjaśnień zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający wykonał czynność niezgodnie z powoływanym przez siebie przepisem, gdyż najpierw zamawiający musi uzyskać pewność co do treści oferty, a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty, jako odpowiadającą albo nie odpowiadającą treści specyfikacji.” Przez analogię, zamawiający dokonał bezpodstawnie czynności niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych mając na celu zmuszenie protestującego do błędnej odpowiedzi w prowadzonym postępowaniu.

„Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że – na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp – zamawiający ma obowiązek dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji. Jednak ustawodawca nie określił w tym przepisie kręgu ofert, spośród których ma być dokonany ten wybór. Wobec zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający ma obowiązek dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na równych warunkach spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu, tylko na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji. Wobec tego, że zamawiający dokonał wyboru spośród zawężonego kręgu ofert, czynność ta nie może być uznana za dokonaną zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.”. Odrzucenie oferty protestującego miało właśnie charakter zawężenia kręgu ofert, z których zamawiający wybrał najkorzystniejszą z naruszeniem wymagań specyfikacji.

VI. Dlatego też należy zwrócić uwagę na wystąpienie zamawiającego do protestującego, które w rażąco sposób narusza postanowienia specyfikacji oraz art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 i 3 Pzp (w piśmie brak jest wskazania podstawy prawnej, więc można się domyślać, iż zamawiającemu chodziło być może o art. 87 ust. 1 Pzp, jeśli tak, to protestujący zwraca uwagę, że na pytanie w tym trybie nie ma obowiązku odpowiadać, a zatem nie może być obciążany negatywnymi konsekwencjami niewłaściwej interpretacji swojej odpowiedzi przez zamawiającego. Zdaniem protestującego nie było podstaw do jakichkolwiek wystąpień do protestującego, gdyż w zakresie podwykonawstwa oferta protestującego była jednoznaczna i w żadnym miejscu nie odbiegała od wymagań specyfikacji. Protestujący złożył jasne oświadczenia w swojej ofercie, że wykona całe zamówienie i zastosowanie każdej wykładni oświadczenia woli potwierdza, iż nie przewidział w dniu składania ofert żadnych podwykonawców.

Dodatkowo protestujący uznaje zapytanie dotyczące liczby pracowników za dyskryminujące, nie mające żadnych podstaw prawnych, a w szczególności nie zgodne z specyfikacją.

VII. Jedynym kryterium wyboru oferty była cena, nie sposób oczekiwać od zamawiającego, by wybrał ofertę droższą, jeśli istnieje możliwość sfinansowania zamówienia za cenę niższą. Nie można zapominać, że głównym celem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie prawidłowości wydawania środków publicznych.

14.08.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu protestu.

17.08.2009 r. wykonawca **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „ŚLĄSK” Sp. z o.o.** Katowice przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

20.08.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego:

Zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp zamawiający zobowiązany jest do żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom. Na tej podstawie zamawiający nie tylko w części XII specyfikacji „Opis sposobu obliczenia ceny” w punkcie 1 i punkcie 4 zawarł wymagania związane z realizacją robót przez podwykonawców, na które to postanowienia powołuje się protestujący w części III protestu. Dlatego nie można zgodzić się z twierdzeniem protestującego, że jego oferta „literalnie odpowiada postanowieniom SIWZ”. Wcześniej bowiem, w części VI punkt I podpunkt 4 specyfikacji zamawiający wymienił – wśród dokumentów składających się na treść oferty – „Wykaz robót (części zamówienia), których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom”, którego protestujący nie dołączył do oferty. Biorąc pod uwagę opisany przez zamawiającego w specyfikacji przedmiot zamówienia, czyli wykonanie m. in. trzech niecek basenowych ze stali nierdzewnej (w tym basenu sportowego o długości 50 m, basenu rekreacyjnego o nieregularnym kształcie i brodzika dla dzieci) zamawiający spodziewał się, że wykonawcy wskażą w ofertach, iż przede wszystkim ten zakres robót będą realizowali przy pomocy podwykonawców. We wszystkich bowiem znanych zamawiającemu realizacjach ten zakres specjalistycznych robót wykonywały firmy, które posiadają odpowiednie doświadczenie i dysponują odpowiednio przeszkolonymi pracownikami, (m.in. spawaczami z odpowiednimi uprawnieniami do wykonywania takich robót). Po sprawdzeniu oferty protestującego, zamawiający stwierdził w niej brak wykazu robót, które zamierza powierzyć podwykonawcom. Zwróciło uwagę zamawiającego również to, że cena dostawy i montażu niecek basenowych w tej ofercie znacznie odbiegała (była niższa o ok. 1 500 000 zł) od cen tego elementu robót podanych w innych ofertach.

Jak czytamy w uzasadnieniu wyroku KIO/UZP 782/09 z 7 lipca 2009 r. „Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza, że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest zobowiązany (ze względu na regulację należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień.”.

Wykaz robót, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom nie stanowi dokumentu, o którym mowa w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155). Dlatego też zamawiający zwrócił się jedynie pismem znak IN-III/341-23/2222-219/2009/KS z 24.07.2009 r. do protestującego o złożenie stosownych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W odpowiedzi na to pismo zamawiający otrzymał informację sprzeczną z treścią oferty, cyt. „...nie zamierzamy wykonywać całości prac siłami własnymi, jednocześnie nadmieniamy, że zgodnie z art. 647¹ § 1 kodeksu cywilnego oraz § 2 umowy, stanowiącej załącznik do specyfikacji, każdy ewentualny podwykonawca będzie zgłoszony do zamawiającego. Konsorcjum dysponuje zapleczem wytwórczym oraz wykwalifikowanymi spawaczami z odpowiednimi uprawnieniami, jednak na etapie przetargu nie została podjęta decyzja o realizacji pewnych zakresów prac przy pomocy podwykonawców...”.

Tym samym protestujący w swoich wyjaśnieniach wyraźnie oświadczył, że część zamówienia powierzy podwykonawcom. Nie tylko oświadczył, że zamierza powierzyć część robót do wykonania podwykonawcom, ale ponadto stwierdził, że do czasu złożenia oferty nie podjął jeszcze w tej sprawie decyzji, a zobowiązany był taką decyzję podjąć wobec postanowień specyfikacji. W przytoczonym przez protestujących cytacie z wyroku KIO z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 782/09 czytamy:

„Skład orzekający Izby również stoi na stanowisku, że zgodnie z zasadą samodzielnego wykonywania zamówienia przez wykonawcę, wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp, wykonawca składający ofertę stwierdza, że będzie samodzielnie wykonywać całość zamówienia, z jedynym wyjątkiem, gdy wskaże części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Jest zatem bezdyskusyjne, że decyzję o powierzeniu części robót podwykonawcom należy podjąć przed złożeniem oferty a składając ofertę powiadomić o tym zamawiającego. W złożonym proteście protestujący jeszcze raz utwierdza zamawiającego w przekonaniu o słuszności decyzji o odrzuceniu oferty, twierdząc (w części IV protestu), iż zamierza jednak powierzyć niektóre roboty podwykonawcom. Jeśli wyjaśnienia

protestującego dotyczące dostawy betonu, czy profilowej stali zbrojeniowej można przyjąć za słuszne, bowiem licznych producentów tych materiałów (półproduktów) trudno uznać za podwykonawców, gdyż są to jedynie dostawcy powszechnie produkowanych półproduktów, to zdecydowanie nie można zastosować tego kryterium do specjalistycznego wykonania i montażu niecek basenowych, czy elementów zjeżdżalni wykonywanych stosownie do dokumentacji projektowej będącej załącznikiem do specyfikacji.

07..09.2009 r. wykonawca konsorcjum Tiwwal Sp. z o.o. z Warszawy i Holma Sp. z o.o. ze Starych Babic złożył odwołanie na oddalenie protestu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 90 ust. 3, art. 91 ust. I, art. 93 ust 4 Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród zawężonego kręgu ofert, w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty protestującego i bezpodstawnym wyborem oferty wykonawcy Bielskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A Bielsko-Biała jako najkorzystniejszej;
- 2) innych przepisów i aktów prawnych wskazanych w uzasadnieniu niniejszego protestu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

11.09.2009 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. w Katowicach przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez oddalenie oferty wykonawcy konsorcjum TIWWAL, nie zasługuje na poparcie.

Zgodnie z unormowaniem art. 20 ust. 1 Pzp zamawiający po otwarciu ofert ma obowiązki dokonania:

- 1) oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) badania ofert;
- 3) oceny ofert.

W trakcie wykonywania drugiej ze wskazanych czynności badania ofert, u zamawiającego pojawiła się wątpliwość co do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji i dlatego zwrócił się do wykonawcy konsorcjum TIWWAL o wyjaśnienie czy całość zamówienia wykonawca zamierza wykonać samodzielnie i nie zamierza powierzyć żadnej części zamówienia podwykonawcom. O konieczności wpisania do oferty informacji o częściach zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom stanowi art. 36 ust. 4 Pzp, ale także zamawiający poinformował o tym obowiązku w części VI ust. 1 pkt 4 i w części XII pkt 4 specyfikacji. Zamawiający dał wykonawcy na wyjaśnienia termin 3 dni, co wobec szybkości postępowania oraz zakresu zagadnienia do złożenia wyjaśnień nie może być uznawane jako termin zbyt krótki lub nierealistyczny.

W odpowiedzi na to żądanie zamawiającego, wykonawca konsorcjum TIWWAL wystosował w terminie wyjaśnienie, w którym wykonawca stwierdził, że zamierza powierzyć część robót podwykonawcom, jednak na tym etapie (składania ofert i sformułowania wyjaśnień oferty) wykonawca nie był w stanie podać zakresu robót, jaki zostanie powierzony podwykonawcom cyt. „wyjaśniamy, że nie zamierzamy wykonywać całości prac siłami własnymi [...] jednak na etapie przetargu nie została podjęta decyzja o realizacji pewnych zakresów prac przy pomocy podwykonawców [...]”.

Na podstawie oferty i jej wyjaśnień dokonanych przez samego wykonawcę, zamawiający odrzucił ofertę, gdyż uznał, że treść oferty nie jest zgodna z treścią specyfikacji – nie zawiera informacji o częściach robót, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom w sytuacji, gdy wykonawca zamierza zaangażować przynajmniej jednego podwykonawcę. Zamawiający zastosował się do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający podczas badania ofert musi brać nie tylko pod uwagę informacje zawarte w ofercie, ale także musi mieć na względzie także całość informacji pochodzących ze wszystkich innych źródeł oraz ze swojej wiedzy i doświadczenia życiowego. Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że zamawiający musi brać pod uwagę wyżej przytoczone czynniki także podczas dokonywania wszystkich innych swoich czynności i nie może ograniczać się tylko do jakiejś konkretnej informacji.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że skoro zamawiający uzyskawszy informację od samego wykonawcy konsorcjum TIWWAL w stosunku do oferty sporządzonej przez tego właśnie wykonawcę, że wykonawca ten zamierza powierzyć część zamówienia podwykonawcom, to zamawiający musiał stwierdzić, że oferta tego wykonawcy – nie zawierająca wymaganej informacji o częściach zamówienia, które będą powierzone podwykonawcom – podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tak też, zasadnie i zgodnie z przytoczonym art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, postąpił zamawiający i odrzucił ofertę wykonawcy konsorcjum TIWWAL.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że nie może uznać tłumaczenia wykonawcy konsorcjum TIWWAL, że wobec braku powołania się na podstawę prawną wystosowanego przez zamawiającego żądania do złożenia wyjaśnień – wykonawca nieświadomy celu tych wyjaśnień poinformował o możliwych w przyszłości komplikacjach, które mogą wystąpić w trakcie realizacji zamówienia i powiadomił, że w przyszłości, jeżeli wystąpią jakieś nieprzewidywalne na etapie składania ofert czynniki, to po uzyskaniu zgody zamawiającego zaangażuje podwykonawcę. Stwierdzenie cyt. „wyjaśniamy, że nie zamierzamy wykonywać całości prac siłami własnymi” uniemożliwia jakiegokolwiek inne ustosunkowanie się do wyjaśnień wykonawcy konsorcjum TIWWAL.

Również skład orzekający Izby stwierdza, że wykonawca konsorcjum TIWWAL miał odpowiedni termin – 3 dni – do zadania pytań zamawiającemu, jeżeli wykonawca miał wątpliwości odnośnie żądań dokonania wyjaśnień oferty wystosowanych przez zamawiającego. W przypadku braku usatysfakcjonowania doprecyzowania żądania wyjaśnień przez zamawiającego, wykonawca także mógł złożyć protest na czynność wystosowania żądań wyjaśnień treści oferty. Dlatego powołanie się na zbyt krótki termin – 3 dni – na złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty nie może znaleźć uznania w oczach składu orzekającego Izby.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa stanowisko zamawiającego, który wskazuje na jeszcze jedno uchybienie wykonawcy konsorcjum TIWWAL. Zamawiający żądał w specyfikacji, aby wykonawcy w ofercie poinformowali o wszelkich odstępstwach od dokumentacji zamawiającego. Stwierdzenie wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach, że cyt. „parametry techniczne użytej stali oraz przyjęte rozwiązania będą nie gorsze niż podane w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót.” może u zamawiającego wywołać konstatację, że wykonawca zamierza odstąpić od dokumentacji i nie poinformował o tym w ofercie, aby zamawiający mógł w fazie badania ofert zbadać te odstępstwa i spełnianie przez te odstępstwa wymagań zamawiającego. Jednak zagadnienie to nie było poruszane w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, nie było przedmiotem protestu, a więc nie mogło być przedmiotem rozpoznawania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W związku z tym skład orzekający Izby uznał, że zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego nie potwierdził się, gdyż zamawiający ma obowiązek brania pod uwagę wszystkich informacji i całej swojej wiedzy oraz doświadczenia życiowego podczas wykonywania wszystkich czynności, a w tym badania ofert.

Zamawiający prawidłowo wykonał swoje czynności w rozpoznawanym postępowaniu i nie naruszył wskazywanych przez odwołującego przepisów.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Bielsku Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*