

WYROK

z dnia 31 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Renata Tubisz
Członkowie:	Barbara Bettman Katarzyna Brzeska
Protokolant:	Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2013 r. przez wykonawcę: Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. ul. Poli Gojawiczyńskiej 3c/7; 81-587 Gdynia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Wilków ul. Wrocławska 11; 46-113 Wilków

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. ul. Poli Gojawiczyńskiej 3c/7; 81-587 Gdynia i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. ul. Poli Gojawiczyńskiej 3c/7; 81-587 Gdynia tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. ul. Poli Gojawiczyńskiej 3c/7; 81-587 Gdynia na rzecz Gmina Wilków ul. Wrocławska 11; 46-113 Wilków kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Opolu

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 05.12.2012r. pod poz. 491 324 w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane pn. Rozwiązywanie problemów gospodarki ściekowej w powiecie namysłowskim – budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Wilków.

Odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty, ponieważ w ocenie odwołującego zostały naruszone art. 89 ust.1 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2010r. Nr 113, poz.759 ze zm.) zwaną dalej “ustawą PZP”.

W związku z tym wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty i powtórzenie czynności rozstrzygnięcia postępowania z udziałem oferty odwołującego.

Swój interes we wniesieniu odwołania uzasadnił okolicznością utraty statusu wykonawcy w sytuacji gdy jego oferta zawiera drugą cenę w rankingu ofert.

Odwołujący wiadomość o odrzuceniu oferty powziął dnia 11 stycznia 2012r. tak więc wniesienie odwołania w terminie do dnia 16 stycznia 2013r. skutkuje zachowaniem ustawowego terminu z art.182 ust.1 pkt 1 ustawy PZP.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiając czynność zamawiającego nie zgadzał się z klasyfikacją zaistniałej sytuacji do art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy PZP z przywołanym przez zamawiającego również art.87 ustawy PZP.

Stwierdził, że w dniu 7 stycznia 2013r. udzielając wyjaśnień na zapytania zamawiającego z dnia 2 stycznia 2013r. oświadczył, że po analizie sytuacji zdecydował o wynajmie firmy lokalnej do wykonania niektórych prac drogowych. Niemniej omyłkowo doręczył formularz o podwykonawcach.

Odwołujący twierdzi, że od samego początku nie zakładał zatrudniania podwykonawców i mylne jest stwierdzenie zamawiającego w piśmie z dnia 11 stycznia 2012r. o odrzuceniu jego oferty, że od początku odwołujący wiedział, że we własnym zakresie nie jest w stanie

wykonać zamówienia. Stwierdzenia zamawiającego w jego ocenie są nieprawdziwe, ponieważ nie zamierzał zatrudniać podwykonawców.

Jak twierdzi odwołujący w swoim wyjaśnieniu chciał dać wyraz tylko chęci współpracy z lokalnymi firmami co znajduje uzasadnienie w charakterze postępowania wyjaśniającego, stanowiącego w swojej istocie formę dialogu pomiędzy zamawiającym a oferentem.

W ocenie odwołującego nie ma znaczenia na dalszą współpracę czy też brak współpracy z podwykonawcami, wpisanie bądź nie wpisanie powierzenia prac podwykonawcom w ofercie. W związku z tym zmiana tego rodzaju oświadczeń nie ma znaczenia dla istoty oferty chyba, że dotyczyłoby to wykonawcy udostępniającego zasoby. Generalną zasadą jest, że każdy z wykonawców na etapie realizacji zadania korzysta z podwykonawców np.: dostawcy mas bitumicznych, rur, studni rewizyjnych. W jego ocenie sprawa podwykonawców występuje po zakończeniu postępowania odwoławczego i po podpisaniu umowy. Natomiast złożone oświadczenia na etapie składania ofert nie mają znaczenia w trakcie realizacji umowy a co znajduje potwierdzenie w regulacji art.647 kodeksu cywilnego.

Przywołał także wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ, który kwestię podwykonawstwa reguluje na zasadach k.c. i nie przewiduje się w umowie określenia branż podwykonawców, które będą realizowane przez tych podwykonawców. W jego ocenie wzór umowy nie nawiązuje w żaden sposób do treści złożonej oferty w zakresie podwykonawstwa.

Więc pkt 13 ust.5 SIWZ w ogóle nie dotyczy odwołującego, który nie przewidział składając ofertę udziału podwykonawców.

W zakończeniu odwołania podniósł, że ustawa PZP nie precyzuje w sposób jednoznaczny co jest istotną zmianą w treści oferty a ocena zależy od wielu czynników występujących w danym postępowaniu. Kwestia jej wystąpienia powinna być oceniana indywidualnie w każdym postępowaniu. W jego ocenie zamawiający nieprawidłowo ocenił jego wyjaśnienia.

Pismem z dnia 21.01.2012r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie w całości odwołania. W ocenie zamawiającego na dzień składania ofert odwołujący wiedział, że samodzielnie nie wykona zamówienia i że wykonanie robót drogowych powierzy podwykonawcy tylko nie znał jego nazwy na dzień składania oferty. Z tym, że według obowiązujących zasad, odwołujący nie miał obowiązku wskazywania w załączniku nr 6 nazwy podwykonawcy. Tutaj zamawiający podkreślił rozbieżność w ofercie odwołującego polegającą na zmianie zał. nr 6 poprzez rezygnację z jego pierwotnego brzmienia to jest, że nie przewiduje się podwykonawstwa na brzmienie, że podwykonawstwo obejmie roboty drogowe. Zamawiający stwierdził, że nie wzywał odwołującego do zmiany zał. nr 6, ponieważ jest to w myśl art.87 ustawy PZP niedopuszczalne. Oceniając zaistniałą sytuację zamawiający uważa, że odwołujący składając nowy zał. nr 6 do oferty odwołał swoje pierwotne oświadczenie dotyczące samodzielnego wykonania roboty i zastąpił je

oświadczeniem o wykonaniu zamówienia z udziałem podwykonawców a jest to zmiana sposobu wykonania zamówienia. Wskazanie części zamówienia powierzanego podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, co wskazuje na istotny charakter tego oświadczenia. W związku z tym zamawiający uważa, że odwołujący dopuścił się istotnej zmiany treści oferty po jej złożeniu a co powoduje konieczność odrzucenia oferty. Reasumując swoje stanowisko zamawiający oświadcza, że wyjaśnienia złożone w odwołaniu nie wskazują na to, że odwołujący nie dokonał istotnej zmiany złożonej oferty. Do odpowiedzi na odwołanie złożono szereg pism wnosząc o zaliczenie ich w poczet dowodów w sprawie.

Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego radca prawny złożył uzupełniająco odpowiedź na odwołanie to jest pismo z dnia 30 stycznia 2012r., w którym wniósł o oddalenie odwołania. Złożył również wniosek o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego poprzez zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu w kwocie 630 zł. zgodnie z rozliczeniem polecenia wyjazdu służbowego – brak fizycznej możliwości przedłożenia rachunku i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600,00 zł. netto na podstawie załączonej faktury VAT.

W uzasadnieniu pisma przedstawił przebieg sprawy w związku z odrzuceniem oferty odwołującego. Nadmieniał, że w ocenie odwołującego nie zmienił on od początku swojej oferty a zagadnienie podwykonawców jest regulowane pomiędzy stronami po zakończeniu postępowania i zawarciu umowy. Po czym co do zasady podniósł, że zamawiający nie zgadza się z zarzutem odwołującego i z jego argumentacją. Kolejno przedstawił zapis punktu 5 warunków co do wiedzy i doświadczenia, z których wynika, że wykonawca powinien wykazać co najmniej jedną robotę budowlaną, podobną do przedmiotu zamówienia o wartości nie mniejszej niż 3.500.000,00 zł. brutto w okresie ostatnich pięciu lat. Następnie opisał ofertę odwołującego w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia oraz wezwania zamawiającego do wyjaśnienia oraz treści udzielonych wyjaśnień w kontekście zał. nr 6 do oferty odnoszącego się do podwykonawstwa. Z oceny zaistniałego stanu faktycznego w sprawie pełnomocnik wywiódł, że wykonawca dokonał zmiany swojej oferty oraz nie dysponuje wymaganą wiedzą i doświadczeniem. W związku z tym zmiana oferty w tym zakresie nie tylko na podstawie SIWZ ale przede wszystkim zapisów ustawy PZP a w szczególności art. 36 ust.4 tejże ustawy powoduje wadliwość oferty. Natomiast samo tylko przedstawienie oświadczenia podmiotu trzeciego o postawieniu do dyspozycji odwołującego zasobów podmiotu trzeciego, tym bardziej nierozzerwalnie związanych z tym podmiotem, bez wskazania na czym to udostępnienie będzie polegało czyli bez określenia rodzaju uczestnictwa jest niewystarczające. Owszem udostępnienie nie musi nastąpić na zasadach podwykonawstwa ale w ogóle nie oświadczenie się co do rodzaju, sposobu uczestnictwa podmiotu trzeciego spowodowało, że odwołujący nie wykazał, spełniania warunku udziału w

zakresie wiedzy i doświadczenia posługując się zasobami podmiotu trzeciego. Na poparcie stanowiska pełnomocnik przywołał szereg orzecznictwa Izby, z którego wynika, że samo zobowiązanie podmiotu trzeciego jest nie wystarczające bez opisanie formy, zakresu udostępnienia zasobów. Do pisma załączono fakturę VAT potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Co do interesu do wniesienia odwołania.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy PZP, ponieważ złożył jedną z najtańszych ofert przy obowiązującym kryterium oceny ofert - cena. Natomiast zamawiający w dniu 11.01.2013r. odrzucił jego ofertę jako ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ. Na dzień odrzucenia oferty zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący nie zgadza się z czynnością zamawiającego i w odwołaniu podnosi, że niesłusznie pozbawiono go możliwości uzyskania zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki uprawniające odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania przedłożonej do akt sprawy przez zamawiającego ustaliła co następuje.

Zamawiający w trakcie badania ofert, pismem z dnia 02.01.2013r., wystąpił do odwołującego w trybie art.26 ust.4 ustawy PZP o udzielenie pisemnych wyjaśnień dotyczących powoływania się na referencje dotyczące podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie, w jaki sposób będzie brała udział w postępowaniu firma Eko Wodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie w postępowaniu to jest w jakim charakterze podmiot ten będzie występował.

Powyższego wyjaśnienia zamawiający oczekiwał pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 i art. 24 ust.4 i art. 89 ust.1 pkt 2) i 5) ustawy PZP.

W kolejnym punkcie wezwania to jest w punkcie drugim, zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP zwrócił się o wyjaśnienie dotyczące rażąco niskiej ceny. W ocenie zamawiającego zaoferowana cena ma charakter ceny rażąco niskiej, ponieważ wskazuje na realizację poniżej kosztów wykonania. W związku z tym zamawiający oczekuje wskazania wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający żądał określenia kosztu materiałów, kosztu robocizny, kosztu pracy sprzętu oraz innych kosztów mających wpływ na złożoną ofertę. Zamawiający podkreślił, że zadanie jest bardzo ważne dla Gminy i

chciałby być przekonany, że odwołujący jest w stanie je wykonać, rzetelnie, zgodnie z warunkami technicznymi, dokumentacją i w wymaganym terminie. W związku z tym zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w tym potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i zasobami finansowymi.

Jednocześnie zamawiający zwrócił się do odwołującego o udowodnienie, że firma jest w stanie wykonać to zadanie samodzielnie, ponieważ w załączniku Nr 6 do formularza oferty nie wykazano udziału podwykonawców w wykonaniu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że ma obawy czy bez własnej wiedzy i doświadczenia polegając tylko na zobowiązaniach wiedzy i doświadczenia spółki Eko Wodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie odwołujący jest w stanie wykonać w terminie zamówienie to jest do dnia 30.04.2014r.

Badając ofertę odwołującego w zakresie podwykonawstwa Izba ustaliła, że znajduje się w niej Załącznik nr 6 do formularza oferty odnoszący się do „Określenia części zamówienia, które Wykonawca powierzy podwykonawcy”. Złożono w nim oświadczenie o następującej treści: „Nie przewiduje podwykonawstwa”. Podpis pod oświadczeniem złożył Prokurent Bartłomiej Szymanek z miejscem wystawienia i datą Gdynia, dnia 18.12.2012r.

Pismem z dnia 07.01.2013r. odwołujący złożył do zamawiającego wyjaśnienia stanowiące odpowiedź, na wezwanie z dnia 02.01.2012r.

Co do punktu pierwszego wezwania dotyczącego wyjaśnienia sposobu występowania firmy EkoWodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, w realizacji zadania to odwołujący wyjaśnił, że przedłożone do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego znajduje oparcie w art.26 ust.2 b ustawy PZP. Z wyjaśnień odwołującego wynika, że Eko Wodrol użyje wiedzy i doświadczenia w zakresie doradztwa i konsultingu dotyczącego rozwiązań technologicznych, technicznych i organizacji robót. Wskazał również i wymienił odwołujący posiadany potencjał techniczny jakim dysponuje w zakresie sprzętu technicznego (koparki gąsienicowe, koparki kołowe, mini –koparka, koparko-ładowarki, samochód ciężarowy wywrotka, samochód dostawczy oraz potwierdził posiadanie niezbędnego sprzętu do tego rodzaju budowy również go wymieniając). Wskazał również na posiadanie brygad monterskich oraz brygady do robót nawierzchniowych. Wymienił, że posiada odpowiednią kadrę to jest kierownika robót i kierownika budowy z wieloletnim doświadczeniem.

Złożył wyjaśnienia dotyczące rażąco niskie ceny. Podał udział poszczególnych kosztów w całości kosztów zadania (materiały, koszt robocizny, koszt pracy sprzętu, koszt robót drogowych, koszt zajęcia pasa drogowego, koszt roboczo-godziny brutto).

Oświadczył, że posiada wystarczający potencjał techniczny i ludzki, który zapewni wykonanie zamówienia na termin przewidziany to jest 30.04.2014r.

Wyjaśnił zdolność ekonomiczną, firma posiada własne środki, ma otwartą linię kredytową w dwóch bankach, wskazując na wysokość postawionych do dyspozycji środków finansowych.. Na koniec wyjaśnień stwierdził, że „Jesteśmy gotowi wykonać niemal cały zakres robót objęty przetargiem z wyłączeniem robót drogowych. Prace drogowe zamierzamy wykonać z firmą miejscową, której nie wykazaliśmy w zestawieniu Podwykonawców, z uwagi na niepodjęcie na dzień składania oferty ostatecznej decyzji co do wyboru firmy drogowej i precyzyjnego zakresu jej prac. W uzupełnieniu oferty załączamy Załącznik nr 6 z określeniem części zamówienia, którą zamierzamy powierzyć podwykonawcy.”

Zgodnie z pismem przewodnim załączono oświadczenie na druku załącznika Nr 6 do formularza oferty o treści "określenie części zamówienia, którą Wykonawca powierzy podwykonawcy: - roboty drogowe" podpisał tak jak w ofercie Prokurent B..... S..... z datą tak jak w ofercie Gdynia, dnia 18.12.2012r.”.

Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień w dniu 11.01.2013r. odrzucił ofertę wskazując na naruszenie art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy PZP. W informacji o odrzuceniu oferty zawarł stosowne uzasadnienie, z którego treści wynika co następuje.

Zamawiający przytoczył fragmenty jego wystąpienia do odwołującego to jest powołując się na pismo z dnia 02.01.2013r. Następnie opisał uzyskane w terminie wyjaśnienia od odwołującego a zamieszczone w piśmie z dnia 07.01.2013r. W szczególności zamawiający zaznaczył, że otrzymał wypełniony na nowo zał. nr 6 do SIWZ a odnoszący się do podwykonawstwa. W ocenie zamawiającego, odwołujący już na etapie składania ofert wiedział, że sam nie wykonania zadania. Przywołał tłumaczenie odwołującego, że nie znał nazwy firmy z lokalnego rynku, którą zamierzał posłużyć się do realizacji robót drogowych. Niemniej zamawiający stwierdził, że do wypełnienia zał. nr 6 nie jest potrzebna nazwa firmy. Wskazał na zmianę oferty poprzez załączenie do wyjaśnienia z dnia 07.01.2013r. nowego załącznik, nr 6, w którym przewiduje się podwykonawstwo w zakresie robót drogowych. Tym samym według zamawiającego nastąpiła zmiana oferty. Zamawiający stwierdza , że nie wzywał odwołującego do uzupełnienia oferty przez zmianę oświadczenia do podwykonawstwa, ponieważ taka zmiana po złożeniu ofert jest niedopuszczalna w rozumieniu art.87 ustawy PZP. Zamawiający przywołał szereg orzeczeń KIO na poparcie swojego stanowiska, że jakkolwiek zmiana w treści oferty po jej złożeniu jest niedopuszczalna poza wyjątkami przewidzianymi w ustawie w ust. 1a i ust.2 tegoż artykułu. W zakończeniu uzasadnienia swojego stanowiska zamawiający stwierdził, że wykonawca wprowadzając podwykonawcę w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia zadeklarował zmianę sposobu wykonania zamówienia co jest niedopuszczalne. Przywołał

również okoliczność, że obowiązek wskazania podwykonawcy ma charakter ustawowy, więc nie jest to nieistotny element oferty. Ponadto wskazał na regulację zagadnienia podwykonawcy w § 3 i 8 projektu umowy.

Izba na rozprawie przeprowadziła dowód z SIWZ i ustaliła co następuje.

W formularzu ofertowym w punkcie 8 widnieje zapis o treści: "Oświadczamy, że zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunki umowy zostały przez nas zaakceptowane. W przypadku wyboru naszej oferty, zobowiązujemy się do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego w powiadomieniu o wyborze oferty."

W formularzu ofertowym w punkcie 13 Załącznikami do niniejszej oferty są: w ppkt 14 wymienia się „załącznik nr 6 (określenie części zamówienia, którą Wykonawca powierzy podwykonawcy)". Jako załącznik nr 6 znajduje się Tabela pn "Określenie części zamówienia, którą Wykonawca powierzy podwykonawcy."

W projekcie umowy w § 3 i 8 znajdują się regulacje dotyczące zawarcia umowy wykonawcy z podwykonawcą oraz zasady regulacji płatności dla podwykonawcy.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba powyżej ustaliła, że wystąpienie zamawiającego z dnia 02.01.2012r. w punkcie 1 pisma, nastąpiło na podstawie art.26 ust.4 ustawy PZP zgodnie z którym zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy PZP. Z kolei art.25 ust.1 ustawy PZP reguluje kwestie żądania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających między innymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zakresem tych wyjaśnień objęto zobowiązanie spółki Eko Wodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, która udostępniła zasoby odwołującemu przez udostępnienie zdobytej wiedzy i doświadczenia na wykonywanych robotach budowlanych odpowiadających wymogom SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Żądając wyjaśnień zamawiający chciał się dowiedzieć w jaki sposób spółka będzie brała udział w wykonaniu zamówienia to jest w jakim charakterze podmiot ten będzie występował. Zamawiający był zaniepokojony sytuacją, że odwołujący nie posiada własnego doświadczenia i wiedzy tylko posługuje się cudzym, a oprócz standardowego oświadczenia podmiotu trzeciego w formie zobowiązania niż nie wiadomo w jaki sposób udzielana będzie pomoc odwołującemu, aby zadanie było wykonane należyście i w terminie. W związku z powyższym dla Izby zrozumiałym i usprawiedliwionym na podstawie art.26 ust.2 b ustawy PZP było wystąpienie do odwołującego z zapytaniem „o wyjaśnienie w jaki sposób Firma Eko Wodrol Sp. z o.o. będzie brała udział w wykonaniu zamówienia (w jakim charakterze

podmiot będzie występował)". Wyjaśnień zamawiający oczekiwał pod rygorem skutków dla odwołującego wymienionych w art. 24 ust.2 pkt 4 i ust.4 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i 5 ustawy PZP. Takim zakresem wyjaśnień i skutków w przypadku ich nie udzielenia zamawiający objął wystąpienie do odwołującego a zawarte w punkcie 1 tegoż pisma. Czyli nie udzielenie wyjaśnień jakiegokolwiek rodzaju by one były wiązało się dla odwołującego skutkami przewidzianymi w art. 24 ust.4 i art. 89 ust.1 pkt 2 i 5 ustawy PZP czyli w konsekwencji odrzuceniem oferty. Zestaw przepisów może budzić wątpliwości przynajmniej co do art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP, gdzie zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest sprzeczną z treścią SIWZ. Regulacja ta dotyczy treści oferty a nie spełnienia warunków udziału. Niemniej użycie na okoliczność skutków wezwania do wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu art.24 ust.4 oraz 89 ust.1 pkt 5 ustawy PZP należy uznać za usprawiedliwione i wyczerpujące do zaistniałej sytuacji.

Reasumując przedmiotowe wystąpienie do odwołującego, miało na celu wyjaśnienie zamawiającemu obaw czy bez własnej wiedzy i doświadczenia polegając tylko na zobowiązaniach wiedzy i doświadczenia firmy Eko Wodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie odwołujący jest w stanie wykonać zamówienie do dnia 30.04.2012r. Zamawiający uprzedził, że nie złożenie wyjaśnień w stosownym terminie dotyczących rażąco niskiej ceny jak również złożenie wyjaśnień bez wiarygodnych dowodów spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art.90 ust.3 ustawy PZP. Reasumując wystosowane do odwołującego pismo przez zamawiającego dotyczyło wezwania do złożenia wyjaśnień co do zobowiązania podmiotu trzeciego jak i podejrzenia o rażąco niską cenę. Pismo do odwołującego skierowano również z powodu, że pomimo braku doświadczenia i wiedzy niezbędnej do wykonania zamówienia zał. nr 6 zawierał oświadczenie, że nie przewiduje się podwykonawstwa.

Odwołujący jak przedstawiono powyżej w dniu 07.01.2013r. udzielił odpowiedzi w tym na powyższe pierwsze pytanie zamawiającego. Większość wyjaśnień w tym zakresie dotyczy innych kwestii niż charakteru i rodzaju udziału spółki Eko Wodrol w wykonaniu zamówienia. Wyjaśnienia były na temat, o które pytał się zamawiający w dalszym to jest w drugim punkcie pisma. Natomiast co do zasadniczej kwestii w jaki sposób podmiot trzeci będzie uczestniczył w wykonaniu zadania, zamawiający uzyskał krótkie wyjaśnienie a mianowicie: „udostępni nam wiedzę i doświadczenie w zakresie doradztwa i konsultingu dotyczącego rozwiązań technicznych, technologicznych i organizacji robót”.

Co do drugiego pytania (podejrzenie o rażąco niską cenę) to odwołujący udzielił wyjaśnień w sposób powyżej przedstawiony i nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu jest istotne, że do pisma stanowiącego wyjaśnienie odwołujący z własnej inicjatywy załączył na nowo wypełniony druk zał. nr 6 do SIWZ odnoszący się do oświadczenia wykonawcy co do podwykonawstwa. Najbardziej

istotną kwestią jest to, że treść tego załącznika została zmieniona w stosunku do treści załącznika w ofercie. Bowiem nowy załącznik w swej treści zaprzecza treści zał. nr 6 złożonego do oferty. W ofercie odwołujący nie deklaruje podwykonawstwa w ogóle. Natomiast po złożeniu oferty, udzielając wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy PZP odwołujący składa na nowo wypełniony załącznik nr 6, gdzie przewiduje udział podwykonawcy w branży drogowej. Co do treści obydwu wypełnionych zał. czyli do oferty i do wyjaśnień po złożeniu oferty to nie ma sporu. Odwołujący nie zaprzecza co do zaistnienia takiej okoliczności, iż zmienił treść zał. nr 6 do SIWZ.

Spór pomiędzy zamawiającym i odwołującym dotyczy skutków złożenia po otwarciu ofert na nowo wypełnionego zał. nr 6 o odmiennej treści w stosunku do treści tego zał. w ofercie. Według odwołującego po pierwsze jest to zwykła omyłka co do w ogóle faktu złożenia na nowo wypełnionego zał. nr 6. Ponadto pomimo złożenia tego zał. nr 6 to obojętnie już czy jest to efekt pomyłki czy też nie to złożenie nowego załącznika w ocenie odwołującego nie ma żadnego znaczenia co do poprawności złożonej oferty. Tutaj odwołujący przedstawia swój punkt widzenia na brak jakiegokolwiek znaczenia tego załącznika co do treści oferty. Odwołujący uważa, że podwykonawstwo zawsze istnieje, ponieważ zawsze występuje element zakupu i wymienia przykładowo: masę bitumiczną, rury, studnie rewizyjne. Po drugie sprawę podwykonawstwa reguluje art. 647 k.c., po trzecie brak relacji między złożoną ofertą a zawieraną umową. Według odwołującego kwestia wskazania czy nie wskazania podwykonawcy nie jest istotnym elementem oferty. Dlatego przede wszystkim, że o podwykonawstwie decyduje się dopiero na etapie po udzieleniu zamówienia i podpisaniu umowy. Przywołuje również fakt, że w ustawie PZP nie ma definicji „istotnego elementu oferty”, który byłby wyznacznikiem czynności zamawiającego co do odrzucenia oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ.

Z kolei zamawiający reprezentuje odmienny pogląd. Uważa, że jest to istotny element oferty, ponieważ o konieczności zdeklarowania się co do udziału podwykonawcy należy wykonać ten obowiązek już na etapie składania oferty w myśl art. 36 ust.4 ustawy PZP.

Izba dokonując oceny zaistniałego sporu sprowadzającego się do znaczenia deklaracji o udziale bądź braku udziału na etapie składania ofert oświadczenia co do podwykonawstwa, biorąc pod uwagę powyżej dokonane ustalenia uznała, że deklaracja ta ma istotne znaczenie w kontekście oceny prawidłowości składanej oferty.

Artykuł 36 ust.4 ustawy PZP stanowi, że zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i zamawiający nie ma możliwości jego zmiany czy pominięcia w regulacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie oświadczenie wykonawcy wbrew błędnemu przekonaniu odwołującego ma znaczenie co do postanowień zawartej umowy wskutek udzielenia zamówienia. W przypadku braku określenia w ofercie

części zamówienia, która będzie powierzana podwykonawcy, zamawiający nie ma prawa regulować podwykonawstwa w przyszłej umowie. Natomiast zmiany treści oferty odnoszące się w przedmiotowej sprawie do zmiany treści zał. nr 6 są niedopuszczalne w myśl art.87 ust.1 ustawy PZP, zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty wskutek prowadzonych przez zamawiającego wyjaśnień. Jak powyżej opisano zał. nr 6 do SIWZ jest wymieniony jako załącznik nr 14 do oferty (W formularzu ofertowym w punkcie 13 Załącznikami do niniejszej oferty są: w ppkt 14 wymienia się „załącznik nr 6 (określenie części zamówienia, którą Wykonawca powierzy podwykonawcy)”. Jako załącznik nr 6 do SIWZ znajduje się Tabela pn” Określenie części zamówienia, którą Wykonawca powierzy podwykonawcy.”). W związku z powyższym zał. nr 6 jest elementem oferty (załącznikiem do formularza ofertowego). Poza rozważaniami pozostaje okoliczność podnoszona przez odwołującego, że zał. nr 6 nie jest to istotny element oferty, ponieważ z treści art. 87 ust. 1 ustawy PZP wynika, że po złożeniu oferty nie dopuszcza się jakiegokolwiek zmiany w treści oferty czyli badanie czy to jest istotny czy nie istotny element oferty jest bezprzedmiotowe. Regulacja art. 87 ust.1 ustawy PZP mówi o zakazie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W przedmiotowym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się wystąpienia dyspozycji art. 87 ust.2 ustawy PZP, obligującej zamawiającego do dokonania poprawienia oferty.

Nie zasługują na uwzględnienie argumenty odwołującego, że podwykonawcami są także dostawcy rur, studzienek rewizyjnych czy masy bitumicznej. W tym zakresie należy odesłać odwołującego do przywoływanego przez niego art.647 i 647 ¹§ 1 k.c. zgodnie z którymi: Art.647k.c. Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Art. 647 ¹§ 1k.c. W umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą) strony ustalają zakres, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Wobec takiego brzmienia definicji umowy o roboty budowlane oraz umowy z podwykonawcą, porównywanie przez odwołującego sprzedaży masy bitumicznej, rur czy studzienek rewizyjnych nie mieści się w definicji podwykonawstwa tylko umów sprzedaży czy dostawy.

W powyżej przedstawionym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ nieuprawnione jest dokonanie zmiany w zakresie podwykonawstwa po złożeniu oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) i pkt 2) oraz § 1 ust.2 pkt 1) 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. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 10.000,00 złotych oraz zasądzając na rzecz zamawiającego wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600,00zł.

Przewodniczący:

.....

.....