

Sygn. akt: KIO 1284/15

**WYROK**  
z dnia 30 czerwca 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **ZAB-BUD A. Z., ul. Nowosielecka 14A/3 00-466 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Centralny Szpital Kliniczny MSW w Warszawie, ul. Wołoska 137, 02-507 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **PB PROBUD 1 T. P. Dawidy, ul. Warszawska 18, 05-090 Raszyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **ZAB-BUD A. Z., ul. Nowosielecka 14A/3 00-466 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZAB-BUD A. Z., ul. Nowosielecka 14A/3 00-466 Warszawa** 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Warszawie prowadzi postępowanie, o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest przebudowa bloku operacyjnego na V piętrze budynku B w CSK MSW w Warszawie.

Odwołujący ZAB-BUD A. Z. wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego polegających na odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art 89 ust 1 pkt.1 ustawy Pzp, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty Wykonawcy PB Probud 1 T. P. .

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem wskazanego przepisu, w związku z powołanym także art. 87 ust 1 Pzp, w konsekwencji naruszenie art. 91 Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą przy uwzględnieniu zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w sytuacji gdy ofertę najkorzystniejszą złożył w postępowaniu Odwołujący.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PB Probud 1 T. P., dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art 89 ust 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 87 ust 1 Pzp, jako podjętej z naruszeniem wskazanego przepisu, powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, co winno w konsekwencji skutkować uznaniem jego oferty za najkorzystniejszą.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że zgodnie z siwz pkt. 7.4. wymagał, aby wykonawca w trakcie realizacji zamówienia w zakresie instalacji gazów medycznych dostosował się do obowiązujących norm i posiadał stosowne certyfikaty (ISO 13485:2012, ISO 9001:2008, Certyfikat CE zgodny z Dyrektywą 93/42/EEC dotyczący Wyrobów Medycznych) umożliwiające prawidłowe, zgodne z obowiązującym przepisami wykonywanie prac. Wyżej wskazany certyfikat winien zostać załączony do oferty. Odwołujący składając ofertę w treści formularza ofertowego w części dotyczącej

podwykonawstwa stwierdził: „zamówienie zrealizujemy sami. Podwykonawcom zostaną powierzone do wykonania następujące zakresy zamówienia: nie dotyczy”. Odwołujący złożył oświadczenie, że przedmiot zamówienia zrealizuje bez udziału podwykonawców. Odwołujący do złożonej oferty nie załączył wymaganego certyfikatu uprawniającego do realizacji robót w zakresie gazów medycznych, jak również w wykazie wiedzy i doświadczenia nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Zamawiający wezwał wykonawcę m.in. do uzupełnienia oferty o wymagane doświadczenie, wezwał do wyjaśnień czy posiada wymagany certyfikat uprawniający do realizacji robót w zakresie gazów medycznych, oraz wezwał do jego uzupełnienia.

W wyniku złożonych wyjaśnień i uzupełnień Odwołujący stwierdził, że nie posiada wymaganego certyfikatu, jednakże siwz nie definiowała konieczności realizacji tego zakresu robót, jedynie przez wykonawcę, na podstawie czego uznał, że „(...) wykonawca mógł alternatywnie: wykazać takie dokumenty wystawione na rzecz samego ubiegającego się o zamówienia, bądź też, w przypadku gdy wykonawca takich certyfikatów nie posiada samodzielnie, powierzyć wykonanie zakresu robót obejmującego instalacje gazów podmiotowi, który posiada takie certyfikaty”.

W wyniku uzupełnienia dokumentów Odwołujący załączył stosowne certyfikaty wystawione na firmę CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp.k. Odwołujący załączył także zobowiązanie CLIMAMEDIC Sp. z o.o., Sp.k.

Zamawiający uznał, że istnieje obowiązek udziału podmiotu posiadającego niezbędne certyfikaty dla wykonania instalacji gazów medycznych i realizacji części zamówienia z uwagi na okoliczność, że sam podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia nie posiada stosownych uprawnień. Zamawiający uznał, że w wyniku złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów doszło do zmiany treści oferty w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego na skutek załączonych certyfikatów oraz treści zobowiązania, oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym wymaga zmiany, co stanowi niedopuszczalną zmianę treść oferty, która nie może być zakwalifikowana jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z treścią siwz nie powodująca istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego powołał jako podstawę prawną czynności zbieg przepisów art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 87 ust 1 Pzp. Oznacza to, że uznał, iż oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą Pzp w związku z zastosowaną przez Zamawiającego procedurą wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego, powołana podstawa prawna odrzucenia oferty jest wadliwa i nie

znajdująca uzasadnienia w brzmieniu powołanego przepisu. Zważywszy na zamknięty katalog podstaw odrzucenia ofert wykonawców z postępowania o których mowa w art 89 Pzp, jakakolwiek próba rozszerzającej interpretacji tych przesłanek w stosunku do jego literalnego brzmienia stanowi interpretację niezgodną z Pzp.

Odwołujący wskazał także, że próba powiązania powyższej podstawy odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp z zastosowaną procedurą wyjaśnienia zmiany treści oferty jest w okolicznościach sprawy nieadekwatna i jako taka bezpodstawna stanowiąc o nadużyciu obydwu powołanych przepisów.

Odwołujący wskazał także na następujące okoliczności:

Zgodnie z art. 36a. 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

- 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Tym samym decyzja o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy należy wyłącznie do wykonawcy - chyba że Zamawiający uwzględniając specyfikę przedmiotu zamówienia ograniczy taką możliwość wprost w treści specyfikacji.

Zamawiający nie formułował ograniczeń odnośnie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, a zatem pozostawił kwestie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia wyłącznemu uznaniu i swobodzie decyzyjnej wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, okoliczność, że Zamawiający nie sformułował ograniczeń w przedmiocie podwykonawstwa oznacza, że uznał, że kwestia ta pozostaje poza jego kręgiem zainteresowania i godzi się, że jakkolwiek zakres rzeczowy zamówienia może być podzlecony przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie.

Zgodnie z art. 36b. ust 1. Pzp - Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art 26 ust 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust 1.

Jednocześnie tylko i wyłącznie w przypadku gdy na etapie realizacji zamówienia - zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b. w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, których mowa w art. 22 ust. 1. wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o

udzielenie zamówienia.

Tym samym, o ile wykonawca samodzielnie warunków udziału (podmiotowych) nie spełnia posługując się do tego celu zobowiązaniem podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust 2b na etapie składania oferty czy też wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, musi mieć świadomość iż taki „kwalifikowany” podwykonawca może być zmieniony, wyłącznie po udowodnieniu Zamawiającemu iż „nowy” podwykonawca spełnia takie warunki jak określone w przetargu.

Tym samym, skoro ustawa Pzp, wskazuje na konieczny proces dowodzenia przed Zamawiającym iż podwykonawca spełnia warunki jedynie w trybie gdy w postępowaniu podwykonawca ten służył wykonawcy dla wykazania spełnienia warunku udziału, to a contrario nie ma takiej konieczności o ile podmiot ten w postępowaniu nie potwierdzał spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu. Zatem zmiany w zakresie podwykonawstwa niekwalifikowanego są dokonywane na etapie realizacji zamówienia publicznego w sposób niepoddany kontroli - w rozumieniu konieczności uzyskiwania zgód/akceptacji Zamawiającego i w tym zakresie wykonawca ma pełną swobodę działania.

Skoro zatem swoboda taka istnieje w trakcie realizacji zamówienia publicznego, to tym bardziej takie zmiany uznać należy za dopuszczalne już na etapie trwającego postępowania o zamówienie publiczne. Skoro bowiem zmiana, rezygnacja, wprowadzenie podwykonawcy („nie - kwalifikowanego” - w rozumieniu art 26 ust 2b Pzp) może nastąpić w trakcie wykonywania umowy o zamówienie bez jakichkolwiek ograniczeń, to takie same czynności jakie zaistniałyby na etapie jeszcze trwającego postępowania, uznać należy za dopuszczalne i niesankcjonowane odrzuceniem takiej oferty z zarzutem zmiany jej treści w trakcie prowadzonego postępowania.

W ocenie Odwołującego powyższa okoliczność nie powinna być podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.

Jako okoliczność istotną, Odwołujący wskazał, że został wezwany do uzupełnienia wykazu doświadczenia wraz z poświadczeniami dla spełnienia warunku opisanego w SIWZ jako: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca zobowiązany jest wykazać że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 roboty ogólnobudowlane polegające na budowie lub przebudowie bloku operacyjnego, zawierające w szczególności roboty sanitarne, elektryczne, malarskie, posadzkarskie, glazurnicy oraz instalacje gazów medycznych w budynkach szpitalnych o wartości brutto co najmniej 3 000 000,00- PLN każda robota.

Odwołujący w złożonej ofercie wykazał tylko jedną taką robotę i na wezwanie

Zamawiającego uzupełnił wykaz o informacje uszczegóławiające tę robotę która pierwotnie jako jedyna została wykazana w wykazie wraz z poświadczeniem oraz drugą własną jednak z ostrożności, mając świadomość jednorazowości procedury wezwania uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Pzp, wykonawca uzupełnił wykaz o 2 dodatkowe roboty także spełniające w jego ocenie warunek ale zrealizowane przez podmiot trzeci tj. firmę CLIMAMEDIC Sp. z o.o., Sp.k.

Odwołujący wskazał, że zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania nie wskazuje, które z wykazanych robót Zamawiający uznał za potwierdzające spełnienie warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia wykonawcy. Przyjmując iż Zamawiający uwzględnił za spełniające warunek- 2 roboty wykazane jako wykonane przez samego Odwołującego, uzupełnione zobowiązanie w trybie art 26 ust 2b Pzp, z którego wynika odczytywany przez Zamawiającego udział CLIMAMEDIC Sp. z o.o., Sp.k. jako podwykonawcy zamówienia, byłoby zbędne bowiem służyć miało akcesoryjnie jedynie na wypadek gdyby Zamawiający nie uznał iż wykonawca sam warunek spełnia.

Odwołujący wskazał także, że podmiot udostępniający potencjał będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca w zakresie nadzoru nad prowadzonymi robotami budowlanymi i instalacyjnymi.

Przedmiotem zamówienia nie jest samo nadzorowanie robót budowlanych i instalacyjnych ale ich realizacja. Zatem skoro świadczenie usług o których mowa w zobowiązaniu ma w istocie polegać na świadczeniu czynności o charakterze nadzoru przez podmiot certyfikowany i przeprowadzenie audytu na zgodność z przepisami instalacji, to nie można uznawać powyższych czynności za podwykonawstwo w rozumieniu powołanego przepisu ustawy Pzp.

Wykonawca przy realizacji zamówienia w zakresie instalacji gazów medycznych musi dostosować się do obowiązujących norm i posiadać stosowne certyfikaty (ISO 13485:2012, ISO9001:2008, Certyfikat CE Zgodny z Dyrektywą 93/42/EEC dotyczący Wyrobów Medycznych) umożliwiające prawidłowe, zgodne z obowiązującymi przepisami wykonanie prac.

W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego, uwzględniając przewidziany przez wykonawcę sposób realizacji przedmiotu zamówienia zgodny z SIWZ oraz obowiązującymi normami i przepisami nie ma mowy o sprzeczności, na którą wskazuje w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów, miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby w sytuacji, gdy Wykonawca będzie realizował zakres zamówienia polegający na instalacji gazów medycznych, posiadał wymagany przepisami prawa certyfikat. Bezsportny pomiędzy stronami jest fakt, że dokonanie czynności polegającej na instalacji gazów medycznych możliwe jest wyłącznie przez Wykonawcę posiadającego stosowny certyfikat. Bezsportny jest także fakt, że Odwołujący takiego certyfikatu nie posiada.

Jednocześnie Zamawiający wymagał określenia w treści oferty, które części zamówienia powierzy podwykonawcom. Odwołujący w treści oferty wskazał, że zamówienie zrealizuje samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Oznacza to, że w celu prawidłowej realizacji zamówienia, Odwołujący powinien zatem dysponować certyfikatem, który stanowi uprawnienie do dokonania czynności instalacji gazów medycznych, aby móc zrealizować zamówienie.

W treści wyjaśnień Odwołujący przedstawił zobowiązanie firmy Climamedic, z którego wynikało, że firma ta będzie podwykonawcą, zaś jej rola w realizacji zamówienia polegać ma na nadzorze. Firma ta posiada certyfikat uprawniający do wykonywania czynności instalacji gazów medycznych.

Należy zauważyć, że Odwołujący zmienił zawarte w ofercie oświadczenie dotyczące korzystania z podwykonawców przy realizacji zamówienia. Oferta Odwołującego jednoznacznie wskazywała, że Odwołujący całe zamówienie wykonywał będzie samodzielnie. Tymczasem w oświadczeniu złożonym Zamawiającemu wskazał, że realizacja zamówienia odbywać się będzie z udziałem podwykonawcy. Nie jest to więc zmiana osoby podwykonawcy ani rezygnacja z podwykonawcy, o których mowa w art. 36 b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, na który powołuje się Odwołujący, lecz wprowadzenie realizacji zamówienia z udziałem podwykonawcy, w sytuacji gdy oferta zawiera oświadczenie, że Odwołujący zrealizuje zamówienie samodzielnie. Jest to zatem inna sytuacja, niż ta, na którą wskazuje art. 36 b ust. 2 ustawy.



Należy także zauważyć sprzeczność w składanych przez Odwołującego oświadczeniach. W ofercie wskazano realizację zamówienia całkowicie bez udziału podwykonawców. W treści wyjaśnień wskazano z jednej strony na podwykonawstwo, z drugiej zaś wskazano, że udział podmiotu Climamedic w realizacji zamówienia stanowi udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego. Istotne jest także, że udział ten ma polegać na nadzorowaniu wykonywania instalacji gazów medycznych, nie zaś na samym wykonaniu tej instalacji. Zatem w dalszym ciągu zamówienie nie byłoby realizowane przez podmiot uprawniony, posiadający wymagany certyfikat. Zamówienia bowiem nie może realizować podmiot, który jedynie doradza, czy nadzoruje, ale powinien realizować podmiot, który faktycznie jest uprawniony i posiada wymagany certyfikat.

Tym samym należy uznać, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania była zasadna.

Odwołujący zmienił zawarte w treści oferty oświadczenie dotyczące kwestii podwykonawstwa. Tymczasem, wobec faktu, że Odwołujący nie dysponował certyfikatem do zgodnej z prawem realizacji zamówienia, nie można uznać, że kwestia podwykonawstwa miała charakter jedynie informacyjny. Wprowadzenie więc podwykonawcy dysponującego certyfikatem było zatem warunkiem sine qua non potwierdzenia, że Odwołujący w ogóle może wykonać przedmiot zamówienia w sposób przewidziany w SIWZ. Tym samym udział takiego podwykonawcy warunkował prawidłowość wykonania zamówienia. Zatem sam fakt podwykonawstwa i jego zakres miał istotne znaczenie, zatem stanowił istotną treść oferty.

W ocenie Izby niezasadne jest także twierdzenie Odwołującego, że powołana podstawa prawna odrzucenia oferty jest wadliwa i nie znajdująca uzasadnienia w brzmieniu powołanego przepisu. Kwestia podwykonawstwa miała istotne znaczenie w niniejszej sprawie. Zgodnie z treścią oferty, Wykonawca nie może zrealizować zamówienia zgodnie z prawem, gdyż nie posiada stosowanego certyfikatu. Natomiast w treści wyjaśnień, Wykonawca próbuje wprowadzić podwykonawcę, co zmienia treść oferty i co istotne, w dalszym ciągu nie spełnia wymagań SIWZ i ustawy. Zmiany treści oferty na etapie wyjaśnień są niedopuszczalne.

W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje okoliczność i wywody Odwołującego dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia. Skoro Zamawiający nie wskazał w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia, oznacza to, że Wykonawca spełnił powyższy warunek. W trakcie rozprawy, Zamawiający wyjaśnił, że uznał warunek za spełniony w oparciu o wykazane prace zrealizowane przez Odwołującego samodzielnie. Odwołujący nie wyjaśnił, na czym miałyby polegać nieprawidłowe, niezgodne z prawem działanie Zamawiającego. Co więcej, nawet gdy Zamawiający uznał, że

Odwołujący spełnia warunek samodzielnie, oznacza to, że Wykonawca ten w dalszym ciągu nie może realizować zamówienia, bowiem nie posiada stosownych certyfikatów.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....