

Sygn. akt: KIO 1957/16

WYROK
z dnia 26 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „JUSTMAR” M.T., ul. Wołodyjowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski, J.T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RafHen J.T., ul. A. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin, Omniloko Sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 30-805 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PKP Cargo Service sp. z o.o. oraz PKP Cargo S.A. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1957/16 po stronie Zamawiającego

B wykonawcy DB Cargo Polska S.A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1957/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „JUSTMAR” M.T., ul. Wołodyjowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski, J.T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RafHen J.T., ul. A.Kordeckiego 39, 41-407 Imielin, Omniloko Sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 30-805 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „JUSTMAR” M.T., ul. Wołodajowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski, J.T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RafHen J.T., ul. A.Kordeckiego 39, 41-407 Imielin, Omniloko Sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 30-805 Kraków tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „JUSTMAR” M.T., ul. Wołodajowskiego 31, 41-403 Chełm Śląski, J.T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RafHen J.T., ul. A.Kordeckiego 39, 41-407 Imielin, Omniloko Sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 30-805 Kraków na rzecz Zamawiającego: Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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 Katowicach.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie przewozu masy towarowej, obsługi załadunku, rozładunku, wagonów oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic” ruch „Staszic” z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego, znak ZP/020/2016.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 8 lipca 2016r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 130 - 234172.

W dniu 7 października 2016 r. Odwołujący: Konsorcjum: M.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „JUSTMAR” M.T., ul. Wołodyjowskiego 31, J.T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą RafHen J.T., ul. A.Kordeckiego 39, 41-407 Imielin, Omniloko Sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 30-805 Kraków otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu jego oferty.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, jako nieodpowiadającą treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że w formularzu ofertowym Odwołujący złożył oświadczenie, że przedmiot zamówienia zrealizuje przy współudziale podwykonawcy.

Natomiast w załączniku nr 13 w rubryce – „opis części zamówienia, jaką zrealizuje Podwykonawca” wpisał informacje „użyczenie wiedzy i doświadczenia”.

Zamawiający miał wątpliwości, co do tego, jaką część zamówienia zrealizuje podwykonawca i w związku z tym zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał przedsiębiorstwa, którym zamierza powierzyć realizację części przedmiotu zamówienia wskazując, że polega ona na doradztwie.

W związku z tym Zamawiający uznał, że Odwołujący w rzeczywistości nie zamierza korzystać z podwykonawców przy realizacji przedmiotu zamówienia, bowiem w jego zakresie nie wchodzi usługi doradcze.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu i decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 14 października 2016r. wniósł on odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na to, że pomimo wskazania przez Odwołującego w formularzu oferty, iż zamierza zrealizować zamówienie przy współudziale: podwykonawcy, z załącznika nr 13 wynika, że nie zamierza korzystać z podwykonawców przy realizacji przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym wnosił o:

- 1) unieważnienie Czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 2) przeprowadzenie czynności ponownego badania i oceny ofert;
- 3) przeprowadzenie akcji elektronicznej; i zaproszenie Odwołującego do udziału w niej;
- 4) zasądzenie na rzecz Odwołującego. kosztów postępowania, według faktury i potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy.

W ocenie Odwołującego odrzucenie oferty jest nieuzasadnione.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 36b ust. 1 Pzp (w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016r.) zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania, przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołują 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.

Zauważył, że w ślad za tym Zamawiający w Rozdziale I pkt 9 SIWZ wymagał, aby wykonawca dołączył do oferty załącznik, w którym, wskaże część zamówienia, które) wykonanie powierzy podwykonawcom, według wzoru stanowiącego załącznik nr 13 do SIWZ.

W związku z powyższym podkreślił, że oświadczenie o udziale podwykonawców jest oświadczeniem wiedzy i ma jedynie walor informacyjny, a brak podania tej informacji nie wywołuje żadnych negatywnych skutków prawnych.

W konsekwencji stwierdził, że brak podania informacji o podwykonawstwie należy uznać za uchybienie natury formalnej niepociągające za sobą po stronie Zamawiającego obowiązku wykluczenia wykonawcy z przetargu, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Nie rodzi on również stosunku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego fakt, że wykonawca składa oświadczenie o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy nie oznacza, że faktycznie na etapie realizacji zamówienia ma obowiązek skorzystać z pomocy podwykonawcy, tak samo należy przyjąć w przypadku, gdy wykonawca oświadcza, że wykona Zamówienie samodzielnie, a następnie w trakcie realizacji zamówienia decyduje się powierzyć część, zamówienia podwykonawcy.

Wobec tego, w ocenie Odwołującego - jeśli wykonawca ma swobodę w decydowaniu o tym czy powierzy wykonanie zamówienia podwykonawcy, to tym bardziej nie można przypisywać istotnego znaczenia informacji, co do tego zakresu czynności, które zamierza wykonawca powierzyć podwykonawcy.

Według Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw, aby oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skoro oświadczenie o podwykonawstwie i jego zakresie posiada jedynie walor informacyjny i może być w każdym czasie zmienione przez wykonawcę.

Odwołujący argumentował, że niewypełnienie nawet, prawidłowo wyrażonych, tj. zgodnych z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa nie jest sytuacją opisaną w dyspozycjach art. 24 lub 89 ustawy Pzp, na podstawie, których wykonawca może jedynie, pozbawiony zostać możliwości uzyskania zamówienia, a podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego ca do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie.

Dodatkowo wskazał, że ustawodawca nie określił konsekwencji, jakie grożą wykonawcy za nieprawidłowe podanie lub też za brak podania wskazania udziału podwykonawców.

Zaznaczył również, że jedynie informacyjny charakter oświadczenia, w zakresie podwykonawstwa potwierdza obowiązujące, w aktualnym stanie prawnym, rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 Stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy

formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia: (Dz. U, UE serii L nr 3, str. 16), gdzie w załączniku 2 Standardowy Formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, części II sekcji D wykonawca zobowiązany jest podać podwykonawców (nawet bez wskazywania części zamówienia, które zamierza im powierzyć, o „ile jest to wiadome”.

Z powyższego wnioskował, że oświadczenie to nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy, gdyż zawsze może on dokonać zmiany w zakresie podwykonawców realizujących zamówienie (na etapie wykonywania zamówienia zdecydować o powierzeniu wykonania części zamówienia, podwykonawcy, a nawet zrezygnować z powierzenia im wykonania części zamówienia).

Zwrócił uwagę, że możliwość dowolnego kształtowania zakresu podwykonawstwa potwierdza, także aktualnie obowiązujący przepis art. 36b ust. 2 ustawy Pzp, a także art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, gdzie zgodnie z tymi przepisami, „Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych, w art: 22a ust: 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału, w postępowaniu lub kryteriów selekcji, wykonawca, jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym, niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia oraz jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art 25a ust 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy.

Podniósł, że jeśli oświadczenie o podwykonawstwie miałyby dla wykonawcy charakter wiążący i niezmienny treść tych przepisów byłaby zbędna.

Podsumowując, fakt nieprecyzyjnego wypełnienia przez Odwołującego załącznika nr 13, w tym brak jednoznacznego wskazania części zamówienia, które powierzy podwykonawcom, nie może skutkować odrzuceniem jego oferty, gdyż ma jedynie charakter informacyjny niewiążący co do sposób wykonywania zamówienia, a więc nie wpływa na treść stosunku umownego łączącego zamawiającego z wykonawcą.

Według Odwołującego wniosek ten jest tym bardziej uzasadniony, że ze zobowiązań podmiotów trzecich, na zasobach, których Odwołujący zamierza polegać, wynika, że wezmą oni udział w realizacji zamówienia, jako podwykonawcy:

- zobowiązanie O.M. Pro Log sp. z o.o. z dnia 1.09,2016 r.;
- zobowiązanie NKN Usługi Kolejowe sp. z o.o: z dnia 1.09.2016 r.;

- zobowiązanie MFC s.r.o. z dnia 8.08.2016r.;
- zobowiązania Zakładów Produkcyjno-Naprawczych Taboru Maszyn i Urządzeń TABOR M.D. Sp.j. z dnia 1.09.2016r.

Zdaniem Odwołującego powyższe zobowiązania potwierdzają treść oświadczenia złożonego w pkt. 10 formularza ofertowego - brak jest więc podstaw, aby przyjąć, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Pismem z dnia 20 października 2016r. Konsorcjum: PKP Cargo Service sp. z o.o. oraz PKP Cargo S.A., a także odrębnie DB Cargo Polska S.A. zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, wezwania Zamawiającego z dnia 19 września 2016r., odpowiedzi Odwołującego na to wezwanie z dnia 22 września 2016r. wraz z załączonym nowym załącznikiem nr 13 zawierającym wykaz części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 7 października 2016r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 października 2016r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale I pkt. I.2 ppkt 9 SIWZ określił Informacje ogólne dla wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, gdzie zażądał wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany pisemnie poinformować Zamawiającego o zawarciu umowy z podwykonawcą, w zakresie dotyczącym części zamówienia powierzanej mu do wykonania, w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy.

Poza tym Wykonawca miał dołączyć do oferty załącznik, w którym wskaże część zamówienia, której wykonanie powierzy Podwykonawcom, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 13 do SIWZ.

Załącznik nr 13 do SIWZ, zgodnie ze wzorem sporządzonym przez Zamawiającego miał zawierać Wykaz części zamówienia, które Wykonawca powierzy Podwykonawcom

W załączniku tym wykonawcy mieli składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP/013/2015 oświadczyć, że w wykonaniu przedmiotowego zamówienia będą uczestniczyć Podwykonawcy w zakresie, który miał być wskazany w odpowiedniej rubryce.

W rubryce tej wykonawcy mieli wpisać opis części zamówienia, jaką zrealizuje Podwykonawca i udział procentowy w wartości zamówienia.

Dodatkowo, Zamawiający w rozdziale II opisał Szczegółowe wymagania techniczne (między innymi opis przedmiotu zamówienia i zakres rzeczowy usług).

Izba stwierdziła, że Odwołujący na stronie 4A swojej oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt. 10 oświadczył, że przedmiot zamówienia zrealizuje przy współudziale podwykonawcy w zakresie ujętym w wykazie części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom stanowiącym załącznik nr 13 do SIWZ.

Nadto Izba ustaliła, że Odwołujący na stronie 173 swojej oferty złożył załącznik nr 13 do SIWZ zawierający oświadczenie z dnia 5 września 2016r. bez wypełnionej rubryki – udział procentowy w wartości zamówienia, a także w rubryce opis części zamówienia, jaką zrealizuje Podwykonawca informację „użyczenie wiedzy i doświadczenia”.

Pismem z dnia 19 września 2016r. Zamawiający w oparciu o przepis art.87 ust.1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty wskazując, że w rozdziale I SIWZ w pkt. I.2 ppkt 9 dopuścił powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku wykonawca powinien dołączyć do oferty załącznik, w którym wskaże część zamówienia, której wykonanie powierzy Podwykonawcom.

Zamawiający zauważył, że w złożonej ofercie Odwołujący oświadczył, że zrealizuje przedmiot zamówienia przy współudziale podwykonawcy, ale w załączniku nr 13 do SIWZ nie opisano części zamówienia, jaką zrealizuje Podwykonawca.

W następstwie powyższego wezwania przy piśmie z dnia 22 września 2016r. Odwołujący załączył do oferty nowy wykaz części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom - załącznik nr 13 do SIWZ, w którym wskazano część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom.

W wykazie tym pod pozycjami 1-3 zadeklarowano trzy różne podmioty ze wskazaniem w opisie części zamówienia, jaką zrealizuje Podwykonawca – „udział w zakresie doradztwa przez cały okres realizacji umowy” przypisując tym podmiotom odpowiedni udział procentowy w wartości zamówienia – Poz.1 – 0,12%, Poz.2 - 0,24%, Poz.3 – 0,12%.

Jednocześnie pod poz.4 przy opisie części zamówienia, jaką zrealizuje Podwykonawca Odwołujący zadeklarował podmiot wskazując – „udział w zakresie doradztwa przez cały okres realizacji umowy wraz z użyczeniem sprzętu niezbędnego do realizacji przedmiotu umowy oraz wyspecjalizowanej kadry technicznej”.

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny Izba uznała odwołanie za bezzasadne.

Zgodnie z art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art.87 ust.2 pkt. 3.

Według zapatrywania Izby w rozpoznawanej sprawie zachodziła sprzeczność pomiędzy treścią złożonego przez Odwołującego oświadczenia woli zawartego na stronie 173 oferty, a treścią powyższego Rozdziału I pkt. I.2 ppkt 9 SIWZ i załącznika nr 13 do SIWZ polegająca na tym, że Odwołujący nie podał w swojej ofercie opisu części zamówienia, jaką zrealizuje Podwykonawca, a także nie podał udziału procentowego w wartości zamówienia.

Zdaniem Izby przedstawiona przez Odwołującego w ofercie lakoniczna informacja w załączniku nr 3 - „użyczenie wiedzy i doświadczenia” nie stanowi opisu części zamówienia, jaką zrealizuje Podwykonawca, zaś brak podania w ofercie udziału procentowego w wartości zamówienia pomimo wyraźnego wymagania SIWZ w tym zakresie, decyduje o konieczności zakwalifikowania takiego braku, jako oświadczenia woli nie zawierającego elementu koniecznego i istotnego do przyjęcia takiej oferty.

Izba stanęła przy tym na stanowisku, że zarówno oświadczenie wyrażone w pkt. 10 na stronie 4A oferty Odwołującego (załącznik nr 1 do SIWZ), jak i w załączniku nr 13 w wykazie części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom ma charakter istotnego oświadczenia woli odnoszącego się do realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego, również w formule umowy o podwykonawstwie w rozumieniu przepisu art.2 pkt. 9b ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że ilekroć w ustawie jest mowa o umowie o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący nie miał podstaw prawnych do uzupełnienia swojej oferty poprzez złożenie nowego oświadczenia woli w załączniku nr 13.

Stosownie do przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby Odwołujący składając ofertę w ogóle nie wskazał sposobu posłużenia się podwykonawcami oraz zakresu procentowego udziału podwykonawców w realizacji danej części zamówienia odpowiadającej opisowi przedmiotu zamówienia zawartego w rozdziale II SIWZ, a zadeklarowane usługi doradcze nie są zgodne z tym opisem.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że oświadczenie zawarte w załączniku nr 13 ma charakter informacyjny z tego względu, że SIWZ w tym zakresie nie obejmuje jakiegokolwiek zastrzeżenia.

Nie jest zatem wiarygodne tłumaczenie wykonawcy, że zakładał od samego początku, że nie będzie musiał w ogóle składać wykazu określonego w załączniku nr 13.

Według Izby ostrożnie działający uczestnik przetargu powinien upewnić się, jakie znaczenie prawne ma załącznik nr 13 w procedurze, o której mowa w art.38 ust.1 ustawy Pzp, rezygnując z takiego uprawnienia naraził się na możliwość pozostania w kolizji z przepisem art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba nie uznała argumentacji Odwołującego opartej o założenie, że specyfika przedmiotu zamówienia uniemożliwiła precyzyjne podanie zakresu podwykonawstwa.

Według Izby, jeżeli taka sytuacja zaistniałaby Odwołujący mógł tym zakresie skorzystać ze środka ochrony prawnej na etapie wprowadzania SIWZ, podnosząc brak możliwości sporządzenia oferty w tym zakresie.

Reasumując, należy przyjąć, że Zamawiający prawidłowo skorzystał z dyspozycji przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp i odrzucił ofertę Odwołującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....