

WYROK

z dnia 13 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2017 r. przez **wykonawcę Building Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Białaczów z siedzibą w Białaczowie**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budowlane „KUBIK” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Varia Tech Sp. z o.o. oraz T4B Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Białaczów z siedzibą w Białaczowie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę:**

Building Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **Gminy Białaczów z siedzibą w Białaczowie** na rzecz **wykonawcy Building Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** kwotę **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu 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 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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Białaczów z siedzibą w Białaczowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Rozbudowa oczyszczalni ścieków typu ECOLO-CHIEF do przepustowości Qśr.d.=715 m3/dobę w miejscowości Białaczów”*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 grudnia 2016 r. nr 370694-2016.

Wykonawca Building Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 30 stycznia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na niepodanie nazw wszystkich wybranych podwykonawców. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wnosząc o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poddania oferty Odwołującego procedurze wyboru, jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2017 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Building Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: Building Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników

postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 31 stycznia 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- Przedsiębiorstwo Budowlane „KUBIK” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Varia Tech Sp. z o.o. oraz T4B Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęły odpowiednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach: 2 lutego 2017 r. oraz 3 lutego 2017 r.) wykonawców: Przedsiębiorstwa Budowlanego „KUBIK” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Varia Tech Sp. z o.o. oraz T4B Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwanym dalej odpowiednio: „*Przystępującym Kubik oraz Przystępującym Varia Tech*”).

Izba przypomina, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje, winien być związany z sytuacją zgłaszającego przystąpienie w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś rozstrzygnięcie na korzyść strony do której wykonawca przystępuje wpływać na pozycję tegoż wykonawcy w postępowaniu. Izba zwróciła uwagę, że do niniejszego postępowania zgłosili przystąpienie dwaj wykonawcy, z których każdy nich upatrywał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na

korzyść strony, do której przystąpił. Zgodzić należy się, że podtrzymanie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego da obu wykonawcom szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia - uwzględniając fakt - że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jednocześnie nie dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem należy zgodzić się, że w takiej sytuacji obaj wykonawcy legitymują się interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpili (do Zamawiającego), gdyż obaj wykonawcy złożyli oferty w tym postępowaniu i obaj wykonawcy – w przypadku podtrzymania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego – mają istotną szansę stać się oferentami, których oferty zostaną przez Zamawiającego wybrane, a zatem każdy z tych wykonawców posiada realną szansę na uzyskanie zamówienia, a uwzględnienie odwołania – bezsprzecznie – spowoduje zmianę sytuacji obu tych wykonawców w postępowaniu. Wobec powyższego Izba uznała, że obaj wykonawcy – w tak zaistniałym stanie faktycznym – posiadają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpili (t.j. do Zamawiającego).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Gmina Białaczów z siedzibą w Białaczowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Rozbudowę oczyszczalni ścieków typu ECOLO-CHIEF do przepustowości Qśr.d.=715 m³/dobę w miejscowości Białaczów”*.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział III: „Opis przedmiotu zamówienia”, str. 1/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

▪ pkt 7 SIWZ:

Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Wykonawca wskaże w ofercie część zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom wraz z odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami, doświadczeniem - podstawa dysponowania. Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą zgodnie z warunkami określonymi we wzorze umowy załączonym do SIWZ.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, pkt 7, str. 6./

- pkt 11 SIWZ Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia,
 - Ppkt 11.1.1. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu o którym mowa w pkt 11.1,
 - ppkt 11.1.2 Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 11.1.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, pkt 11, str. 14./

- Załącznik nr 1 do SIWZ - „FORMULARZ OFERTY”, pkt 10:

10. OŚWIADCZAMY, że zamówienie wykonamy sami* / część zamówienia zlecimy podwykonawcom* Podwykonawcom zamierzamy powierzyć określoną część (zakres) prac, - wzorem tabeli, w której w kolumnie pierwszej należało podać - „Firmę (nazwę) Podwykonawcy, natomiast w kolumnie drugiej - „Zakres prac wykonywanych przez Podwykonawcę”.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik nr 1 do SIWZ, str. 35/

- Część II Istotne dla stron postanowienia umowy:

§ 7 Podwykonawcy

Ust. 1 – Zamawiający zezwala na zatrudnienie Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, przy czym realizacja wynikających z umowy zobowiązań przez Podwykonawców nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wykonanie obowiązków wynikających z Umowy oraz z obowiązujących przepisów prawa.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik: Część II – Istotne dla stron postanowienia umowy, str. 57/

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Przedsiębiorstwo Budowlane „KUBIK” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie: cena brutto: 3.247.200,00 zł, okres gwarancji: 10 lat, czas reakcji serwisowej: 1 dzień;

2. Building Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie: cena brutto: 3.148.888,00 zł, okres gwarancji: 10 lat, czas reakcji serwisowej: 1 dzień;
3. Ecol-Unicon Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku: cena brutto: 3.558.931,28 zł, okres gwarancji: 7 lat, czas reakcji serwisowej: 3 dni;
4. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Varia Tech Sp. z o.o. oraz T4B Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie: cena brutto: 3.321.000,00 zł, okres gwarancji: 10 lat, czas reakcji serwisowej: 1 dzień.

/dokumentacja postępowania: Protokół z sesji otwarcia ofert z dnia 16 stycznia 2017 r./

Odwołujący treść złożonego Formularza ofertowego w pkt 10 ukształtował w następujący sposób:

| Firma(nazwa) Podwykonawcy | Zakres prac wykonywanych przez podwykonawcę |
|---|---|
| Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska 4eco sp. z o.o. 70-340 Szczecin al. Bohaterów Warszawy 34/35 | Nadzór, doradztwo, uczestnictwo w naradach, roboty budowlane, roboty technologiczne |
| Producent urządzeń | Dostawa i montaż urządzeń technologicznych |
| VcaCon Polska | Zbiorniki z blach falistych |
| Wybrany podwykonawca | Elektryka i AKPiA |
| Wybrany podwykonawca | Roboty budowlane |

/dokumentacja postępowania: Oferta wykonawcy Building Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, str. 3 /

Zamawiający w dniu 23 stycznia 2017 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał na następujące okoliczności. Zamawiający zauważył, że w treści SIWZ, pkt. 7 wymagał: „Wykonawca wskaże w ofercie część zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom wraz z odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami, doświadczeniem - podstawa dysponowania”. Odwołujący w złożonej ofercie: str. 3, pkt 10, w oświadczeniu dotyczącym wykonania samodzielnie lub zlecenia części zamówienia podwykonawcom, zobowiązany był w zamieszczonej tabeli, kolumna: „Firma (nazwa) Podwykonawcy” wskazać dane tychże podmiotów. Odwołujący w odniesieniu do trzech części: dostawa i montaż urządzeń technologicznych, elektryka i AKPiA, oraz roboty budowlane, nie podał danych podwykonawców, a jedynie umieścił zapis; „*Producenci urządzeń*” lub „*Wybrany*

podwykonawca". Zamawiający zauważył, że do prawa żądania od Wykonawcy danych podwykonawców obligują Zamawiającego zapisy art. 36b ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, na podstawie których Wykonawca winien podać dane podwykonawców. W ocenie Zamawiającego podanie informacji o nazwach (firmach) podwykonawców stanowi istotny element treści oferty, w związku z powyższym, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy Building Engineering Sp. z o.o. ze Szczecina na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 36b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 23 stycznia 2017 r./

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Building Engineering Sp. z o.o. w Szczecinie wniósł odwołanie w dniu 30 stycznia 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Building Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie z dnia 30 stycznia 2017 r. /.

Pismem z dnia 8 lutego 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 8 lutego 2017 r. /.

Pismem z dnia 8 lutego 2017 r. Przystępujący Kubik również odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Przystępującego Kubik z dnia 8 lutego 2017 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne.

Spór pomiędzy stronami sprowadza się do pytania czy w świetle art. 36b ust. 1 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest do podania obligatoryjnie i niezmiennie wszystkich firm podwykonawców i czy niepodanie tych informacji stanowi podstawę odrzucenia oferty

wykonawcy, w szczególności – jak to miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Chcąc udzielić odpowiedzi na niniejsze pytanie należy w pierwszej kolejności przywołać przepisy ustawy mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, uwzględniające zmiany wprowadzone ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców (ust. 1). W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług (ust. 1a). Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 1a, w przypadku zamówień na dostawy, usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, lub zamówień od dostawców uczestniczących w realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi (ust. 1b).*

Według ust. 2 art. 36b ustawy Pzp *jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powołał 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 powołał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.*

Dodatkowo istotnym do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest przywołanie przepisu art. 36ba ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym, *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 (ust. 1). Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca zobowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (ust. 2).

Ponadto zgodnie z art. 25a ust. 5 ustawy Pzp na żądanie zamawiającego, wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu:

- 1) składa jednolite dokumenty dotyczące podwykonawców, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;*
- 2) zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Analizując znowelizowane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych można zatem dojść do kilku istotnych wniosków wypływających z tych przepisów. Przede wszystkim realizacja zamówienia przy udziale konkretnych podwykonawców wskazanych w ofercie (poprzez ich identyfikację) może ulec zmianie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, także na etapie realizacji zamówienia poprzez zmianę albo rezygnację z podwykonawcy (gdy jest on jednocześnie podmiotem, na którego zasobach wykonawca powołał się) bądź w przypadku gdy zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia. W tym ostatnim przypadku – jak wskazano powyżej – ustawodawca dopuścił zmianę podwykonawcy – poprzez zastąpienie go innym podwykonawcą, dopuszczając również sytuację całkowitej rezygnacji z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, pomimo że powyższe wykonawca zadeklarował w ofercie. Zatem nie ulega wątpliwości, że pomimo wskazania podwykonawcy konkretnego z nazwy (zidentyfikowania go) może w różnych przypadkach wskazanych w ustawie dojść do zmiany tego podmiotu.

Po drugie wnioskować należy, że skoro ustawodawca dopuszcza - w świetle znowelizowanych przepisów - szereg takich zmian podmiotu podwykonawcy, dopuszczając również weryfikację podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem należy uznać, że wskazanie konkretnych podwykonawców w złożonej ofercie (ich spersonalizowanie poprzez podanie konkretnych firm) nie stanowi immanentnej części złożonej przez wykonawcę oferty. Informacja dotycząca firmy wskazanego przez wykonawcę podwykonawcy, nie jest elementem oferty, który nie może ulec zmianie. Istotnym zatem – stanowiącym treść oferty - jest opis i zakres zobowiązania,

które wykonawca na siebie przyjmuje i które zaciąga składając ofertę w postępowaniu, zaś wskazane przez niego firmy, nazwy podwykonawców są jedynie informacją wtórną, gdyż – jak wskazano powyżej - również na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Wobec powyższego należy uznać, że informacje dotyczące firm podwykonawców nie mogą – w świetle znowelizowanych przepisów – stanowić treści oferty w rozumieniu przepisów m. in. art. 87 oraz 89 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W następnej kolejności, należy dokonać szczegółowej analizy przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. W ocenie Izby przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp skierowany jest do Zamawiającego. To Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców, co w niniejszym stanie faktycznym miało miejsce. Co do wykonawców zauważyć należy, że – w przepisie tym ustawodawca posługuje się pojęciem „*zamiaru*”, co wskazywałoby, że wykonawca ma podać na etapie składania oferty - w przypadkach gdy część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, co zamawiający dopuścił – firmy, nazwy proponowanych podwykonawców, które są mu na daną chwilę znane. Na poparcie swojego stanowiska – Izba dokonując analizy przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp – Izba wzięła pod uwagę - posiłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy – treść art. 71 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE zgodnie z którym w *dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców*. W ocenie Izby interpretacja przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp wskazana przez Odwołującego - dokonana przez pryzmat przepisów wspólnotowych - jest jak najbardziej właściwa, gdyż przepis ten odnosi się w swej treści do „*podania ewentualnych proponowanych podwykonawców*”, zatem niewątpliwie „*zamiar*” o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę.

Stanowisko Izby wydaje się być tym bardziej słuszne z uwagi na kształt i treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (pkt D Informacje dotyczące podwykonawców), gdzie wykonawca wskazuje czy zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo, jakiegokolwiek części zamówienia?, jeśli tak to podaje

wykaz proponowanych podwykonawców jeśli jest mu to wiadome. Zatem niewątpliwie jednolity dokument dopuszcza sytuację w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana. Ponadto zauważenia wymaga, że treść art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie różnicuje sytuacji wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia powyżej i poniżej progów unijnych. Przepis sformułowany jest w taki sposób, że dotyczy wszystkich postępowań – również tych których wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zatem nieuprawnionym byłoby traktowanie w inny sposób wykonawców, którzy takich informacji nie podali (w postępowaniach poniżej progów unijnych) z wykonawcami, którzy składając jednolity europejski dokumentu zamówienia podaliby jedynie firmy podwykonawców, które są im znane, z pominięciem firm podwykonawców, co do których nie mieliby pewności, czy będą brały udział w realizacji tego zamówienia.

Niewątpliwie również – co nie może umknąć uwadze Izby - że przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie wprowadza granicy czasowej kiedy podanie tych firm, nazw podwykonawców ma nastąpić. Powyższe należy uznać za spójne z treścią innych przepisów – przywołanych przez Izbę - odnoszących się do podwykonawstwa. Przede wszystkim Zamawiający nie dokonuje weryfikacji podwykonawców wyłącznie do upływu terminu składania ofert, a przeciwnie wobec możliwości dokonania takiej zmiany (firmy podwykonawcy) na późniejszym etapie postępowania zmuszony jest dokonać takiej weryfikacji na przykład na etapie wykonawstwa, co utwierdza Izbę w przekonaniu, że przyjęta interpretacja ww. przepisu jest właściwa. Zatem należy stwierdzić, że skoro brzmienie tego przepisu nie odnosi wyłącznie do etapu oceny oraz wyboru oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, to nie można wobec wykonawcy, który nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, w tym w szczególności – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dodatkowo zauważenia również wymaga, że przepis ten nie posługuje się pojęciem „*podania wszystkich firm podwykonawców*”, co również potwierdza przedstawione powyżej stanowisko Izby.

Ponadto zauważenia również wymaga, iż zarówno przepisy krajowe jak i ww. dyrektywa pozostawiają wykonawcy swobodę w doborze podwykonawcy, a omawiane powyżej podwykonawstwo niewątpliwie odnosi się do realizacji zamówienia, co potwierdza analiza przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, gdzie art. 71 dotyczący podwykonawstwa zawarty został w rozdziale dotyczącym realizacji zamówienia.

Zatem potwierdza to tezę, że w dużej większości podwykonawcy będą weryfikowani przez Zamawiającego na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Niewątpliwie również – na co należy zwrócić uwagę - istotnie może ulec zmianie sytuacja podwykonawcy (np. poprzez układ czy upadłość), co zostało dostrzeżone i wskazane w preambule dyrektywy (pkt 85). *istotnym jest, aby Zamawiający opierał się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko np. w przypadku trudności finansowych.* Zatem – na co zwraca się szczególną uwagę – iż *instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne do właściwego przebiegu postępowania.*

Izba nie zgodziła się z interpretacją przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp przedstawioną przez Zamawiającego i Przystępujących. Przyjęcie takiej interpretacji – jak żądał tego Zamawiający – prowadziłoby do nadmiernego formalizmu, od którego ustawodawca - poprzez wprowadzoną nowelizację - zamierza odejść. Powyższe sprowadzałoby się do automatycznego odrzucania ofert wykonawców nie zawierających – według Zamawiającego – wyczerpującej listy firm podwykonawców, co w ocenie Izby w świetle znowelizowanych przepisów ustawy jest działaniem zbyt daleko idącym. Zauważenia również wymaga, że - posiłkując się preambułą Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE - celem wprowadzenia niniejszych uregulowań było odformalizowanie postępowania, gdyż jak wskazano w pkt 84 preambuły: *„Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji. Ograniczenie takich wymogów, na przykład przez zastosowanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne mogłoby w znacznym stopniu uprościć procedurę z korzyścią zarówno dla instytucji zamawiających, jak i wykonawców”.* Zatem odrzucenie oferty wykonawcy – jak to miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym – po przeanalizowaniu całokształtu przedstawionej argumentacji byłoby również sprzeczne z ogólnymi zasadami swobody świadczenia zamówienia na rzecz wybranego podmiotu jak również sprzeczne z zakazem dyskryminacji podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W szczególności nie może umknąć uwadze Izby, iż wykonawca który podałby – jako swojego podwykonawcę – podmiot, który wiadomym jest że z różnych przyczyn, tym podwykonawcą nie będzie – tylko celem nieodrżucenia oferty wykonawcy, tak by na późniejszym etapie dokonać zmiany podwykonawcy, potraktowany byłby – w świetle przyjętej przez Zamawiającego interpretacji

– lepiej w przeciwieństwie do wykonawcy - podającego informację zgodną z rzeczywistym stanem faktycznym, że takowi podwykonawcy nie są mu jeszcze znani – a oferta takiego wykonawcy zostałaaby przez Zamawiającego - w świetle przepisów ustawy Pzp - odrzucona. W ocenie Izby – jak zostało to wcześniej wskazane – przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp powinien być interpretowany przez pryzmat innych znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując zatem ewentualne ograniczenie wykonawców – w zakresie swobody doboru podwykonawstwa (podania nazw, firm podwykonawców) – możliwe jest tylko na etapie realizacji zamówienia, gdyż niewątpliwie podwykonawstwo dotyczy właśnie tej fazy postępowania o udzielenie zamówienia i samo podwykonawstwo (podanie nazw, firm podwykonawców) w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wtórny, istotne znaczenie ma treść oferty, w rozumieniu opisu i wskazania zakresu zobowiązania, które wykonawca na siebie przyjmuje i które zaciąga. Wobec powyższego informacje dotyczące podwykonawstwa - podania ich nazw, firm - nie stanowią treść oferty w rozumieniu przepisów art. 87 i 89 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności oceny ofert a także unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 13.600 zł.

Przewodniczący:

.....