

Sygn. akt: KIO 3171/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę Etherm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Gmina Nakło nad Notecią

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Etherm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Etherm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądza od wykonawcy Etherm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz zamawiającego Gminy Nakło nad Notecią kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3171/24

Uzasadnienie

Gmina Nakło nad Notecią (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) w trybie podstawowym bez negocjacji, dalej jako: „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest: Poprawa warunków bezpieczeństwa mieszkańców Gminy Nakło nad Notecią poprzez modernizację obiektów remiz Ochotniczych Straży Pożarnych (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 czerwca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00366573/01.

W dniu 2 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Etherm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako: „odwołujący” lub „Etherm”), wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty firmy Bydgosťa Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej „Bydgosťa”), która w sposób oczywisty była ofertą mniej korzystną od odrzuconej oferty Etherm.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp w związku z art. 462 ust. 1 i 17 ustawy Pzp, polegające na ich niewłaściwym zastosowaniu i niezgodnym z prawem odrzuceniu oferty Etherm, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty mniej korzystnej, złożonej przez Bydgosťa.

Wobec postawionych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Etherm oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Etherm.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania zwrócił się do odwołującego pismem z dnia 18 lipca 2024 r., wzywając go do złożenia wyjaśnień, w związku z ofertą odwołującego, w której ten wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie 100 % robót objętych postępowaniem.

Odwolujący, w terminie określonym w wezwaniu, udzielił zamawiającemu stosownych wyjaśnień, w których wskazał między innymi, że: (1) jako wykonawca wykona następujące prace związane z procesem inwestycyjnym: prace instalacyjne sanitarne wraz z nadzorem kierownika robót sanitarnych, prace elektryczne oraz budowlane. Żadna część zadania nie odbędzie się bez udziału pracowników firmy Etherm; (2) w zakresie jego wykonawstwa będzie również koordynacja robót podwykonawców; (3) ze względu na trudności w procentowym określeniu zakresu tych prac w całości zadania inwestycyjnego, w złożonej ofercie wskazano, że roboty będą wykonane w 100 % przez kilku podwykonawców.

Pomimo przedstawionych wyjaśnień, w tym także tych, które wskazywały na zamiar wykonania części robót przez odwołującego, zamawiający odrzucił złożoną przez niego ofertę i dokonał wyboru oferty mniej korzystnej. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że Etherm zamierza powierzyć 100 % robót do wykonania podwykonawcom, a to prowadzi do pozorności zawarcia umowy o wykonanie robót budowlanych i w związku z powyższym narusza art. 462 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego powyższe stanowisko zamawiającego jest błędne.

Po pierwsze, stanowczo podkreślił, że jakkolwiek art. 462 ust. 1 ustawy Pzp budzi wątpliwości interpretacyjne, to jednak zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie dominuje pogląd, że: „W przypadku gdy zamawiający nie przewiduje zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zadania, wykonawca nie ma przeszkód do powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom” (tak komentarz do ustawy Prawo Zamówień Publicznych pod red. A. Gawrońskiej - Baran wyd. Wolters Kluwer 2024). Zamawiający w pkt (ust.) 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) nie zastrzegł osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia na roboty budowlane. Podobne stanowisko do prezentowanego w wyżej wymienionym komentarzu wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 19 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1107/18. Analogicznie Izba orzekła w wyroku z 13 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3159/23. Podobne rozumienie art. 462 ustawy Prawo Zamówień Publicznych prezentuje komentarz do niej pod redakcją W. Dzierżanowskiego (wydawnictwo WKP 2021 rok).

Konkludując, odwołujący stwierdził, że skoro zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia na roboty budowlane - ust. 9 SWZ, to istnieje możliwość wykonania całości zadania przez podwykonawców.

Ponadto podkreślił, że cytowane przez zamawiającego orzeczenia KIO dotyczyły sytuacji, w której to wykonawca miał zawrzeć umowę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a inny (jeden konkretny podwykonawca), miał wykonać całość zadania. Taka sytuacja, choć również prawnie dopuszczalna, nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu. Odwołujący nie tylko miał wykonać część prac, których dotyczy postępowanie przetargowe, ale ze względu na złożoną specyfikę zamówienia miał dokonać wyboru różnych podwykonawców oraz zorganizować i skoordynować ich pracę. W takiej sytuacji o pozorności zawarcia umowy z odwołującym nie może być mowy. Dla jasności dodał, że na etapie składania oferty, dane podwykonawców nie były znane.

Dalej argumentował, że w postępowaniu przetargowym zamawiający wykazał się swoistą niekonsekwencją. Mianowicie w piśmie z dnia 9 sierpnia 2024 r. wystąpił do Etherm o przedłużenie terminu związania ofertą, na co odwołujący wyraził zgodę. Skoro zamawiający był w posiadaniu pełnej informacji o zakresie robót jakie Etherm zamierza wykonać, a nadto znał stanowisko odwołującego w kwestii powierzenia 100 % zakresu robót podwykonawcom, to powinien odrzucić ofertę Etherm od razu, tymczasem zwlekał z decyzją, narażając odwołującego na swoistą niepewność i ewentualne koszty związane z okresem związania ofertą i de facto doprowadził do sytuacji, w której jego decyzja stała się niejasna, a postępowanie przetargowe mniej transparentne. Takie postępowanie zamawiającego naruszyło interes gospodarczy odwołującego.

Zamawiający w złożonym do akt sprawy piśmie procesowym z 10 września 2024 r. - Odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadne.

Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 2 września 2024 r. elektronicznie, za pomocą strony prowadzonego postępowania na platformie Open Nexus, informując o możliwości przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego. W wyznaczonym terminie żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia ww. odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania i odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o to zamówienie. Zamawiający odrzucił złożoną przez niego ofertę, wskutek czego pozbawił go możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby zamawiający dokonał wszystkich żądanych w odwołaniu czynności, to oferta odwołującego, która posiada najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert, mogła by zostać uznana za najkorzystniejszą. W

konsekwencji działań zamawiającego odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale III. Opis przedmiotu zamówienia oraz termin wykonania zamówienia SWZ pkt 2 - Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 2.1. Przedmiot zamówienia wraz z opisem i zakresem są roboty budowlane polegające na wykonaniu modernizacji 4 budynków Ochotniczych Straży Pożarnych na terenie Gminy Nakło nad Notecią w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Poprawa warunków bezpieczeństwa mieszkańców Gminy Nakło nad Notecią poprzez modernizację obiektów remiz Ochotniczych Straży Pożarnych”.

Zamawiający opisał zakres robót do wykonania w następujący sposób.

Ochotnicza Straż Pożarna w Nakle nad Notecią. Budynek od początku XX w. do dziś użytkowany jest przez Straż Miejską. Obiekt w okresie eksploatacji przechodził liczne modernizacje i przebudowy. Obecnie w budynku ma swoją siedzibę Ochotnicza Straż

Pożarna Nakło nad Notecią oraz Straż Miejska. Obiekt zlokalizowany na działkach o nr ewid.: 2184/3, 2184/1, 2175/3. Powierzchnia użytkowa parter (z wyłączeniem straży miejskiej): 196,4 m², Powierzchnia użytkowa piętro - 378,9 m², Powierzchnia użytkowa poddasze - 364,2 m². Zadanie polega na modernizacji części pomieszczeń budynku remizy wraz z dociepleniem elewacji frontowej i tylnej z wymianą stolarki. Zakres robót nie obejmuje pomieszczeń

na parterze budynku, zlokalizowanych w części wschodniej tj. pomieszczenia Straży Miejskiej oraz Referatu Zarządzania Kryzysowego. Prace modernizacyjne mają na celu dostosować budynek do obecnych standardów obowiązujących dla obiektów publicznych związanych

z bezpieczeństwem publicznym - remiza ochotniczej straży pożarnej. Zakres robót: (a) branża ogólnobudowlana (wymiana zadaszeń nad wejściem, remont kapitalny kuchni, wykonanie prac remontowych - wymiana posadzek, odnowienie powłok malarskich, wymiana okładzin ściennych (w części pomieszczeń), wymiana podłogi w sali wielofunkcyjnej, modernizacja schodów do kotłowni, modernizacja klatki schodowej (okładziny stopni, wymiana balustrady, prace malarskie), wymiana części stolarki drzwiowej, wykonanie prac termomodernizacyjnych (docieplenie elewacji, docieplenie dachu, wymiana okien i drzwi zewnętrznych, wymiana bram segmentowych, przełożenie instalacji gazu (garaż); (b) branża sanitarna: budowa systemu wentylacji mechanicznej dla sali na poziomie pietra oraz wentylacji bytowej dla pomieszczeń kuchennych, wykonanie instalacji wod.-kan. w kuchni; (c) branża elektryczna: modernizacja linii zasilających WLZ, modernizacja rozdzielnic głównej niskiego napięcia, modernizacja rozdzielni piętrowej, modernizacja instalacji uziemienia i połączeń wyrównawczych, modernizacja ochrony przeciwporażeniowej i przeciwpożarowej, modernizacja instalacji oświetlenia ogólnego, awaryjnego i ewakuacyjnego oraz oświetlenia zewnętrznego, modernizacja instalacji siły i gniazd wtykowych, demontaż instalacji w budynku i przełożenie instalacji na elewacji budynku, zasilanie wentylacji i klimatyzacji. Uwaga zamawiającego: od dnia 15.03.2025 r. do 15.04.2025 r. pomieszczenia w budynku na I piętrze wraz z klatką schodową i korytarzem na parterze muszą zostać udostępnione użytkownikowi do korzystania zgodnie z ich przeznaczeniem. W związku z powyższym prace powinny zakończyć się przed 15.03.2025 r. bądź rozpocząć po 15.04.2025 r. Szczegółowe terminy ujęte w harmonogramie do uzgodnienia z zamawiającym.

Ochotnicza Straż Pożarna w Potulicach. Budynek z poł. XX w. do dziś użytkowany jest przez Ochotniczą Straż Pożarną w Potulicach. Obiekt zlokalizowany na działce o nr ewid. 13/13, obręb Potulice. W części podpiwniczonej zlokalizowana jest kotłownia. Na parterze mieszczą się garaże na wozy bojowe, pomieszczenia pomocnicze dla strażaków

oraz pomieszczenia z niezależnym wejściem wydzierżawione Poczcie Polskiej. Na piętrze zlokalizowana jest sala wielofunkcyjna z kuchnią, węzłem sanitarnym i pomieszczeniem dla zarządu. Powierzchnia użytkowa piwnica (kotłownia) - 50,5 m². Powierzchnia użytkowa parter (z wyłączeniem poczty polskiej): 207,0 m². Powierzchnia użytkowa piętro - 267,9 m². Zadanie polega na modernizacji części pomieszczeń budynku remizy wraz z dociepleniem ścian zewnętrznych. Prace modernizacyjne mają na celu dostosować budynek do obecnych standardów obowiązujących dla obiektów publicznych związanych z bezpieczeństwem publicznym - remiza ochotniczej straży pożarnej. Zakres robót: (a) branża ogólnobudowlana: modernizacja instalacji sanitarnych i elektrycznej w kuchni, modernizacja kotłowni - zmiana systemu ogrzewania z olejowego na gazowy w nowym pomieszczeniu, wykonanie prac remontowych w oparciu o nowe materiały wykończeniowe - odnowienie posadzek lastrykowych, odnowienie powłok malarskich, wymiana okładzin ściennych (w części pomieszczeń), wymiana części stolarki drzwiowej, wykonanie drzwi zewnętrznych z zadaszeniem, wykonanie prac termomodernizacyjnych (docieplenie elewacji, dachu, bez wymiany okien); (b) branża sanitarna: wykonanie nowej kotłowni z kotłem gazowym, budowa instalacji wewnętrznej gazu, modernizacja wentylacji sali na poziomie piętra; (c) branża elektryczna: modernizacja linii zasilających WLZ, modernizacja rozdzielnic głównej niskiego napięcia, modernizacja rozdzielni piętrowej, modernizacja instalacji uziemienia i połączeń wyrównawczych, modernizacja ochrony przeciwporażeniowej, przeciwpożarowej i przeciwprzepięciowej, modernizacja instalacji odgromowej, modernizacja instalacji oświetlenia ogólnego, awaryjnego i ewakuacyjnego oraz oświetlenia zewnętrznego, modernizacja instalacji siły i gniazd wtykowych, demontaż instalacji w budynku i przełożenie instalacji na elewacji budynku, instalacja pomieszczenia kotłowni. Uwaga zamawiającego: Prace wewnętrzne (modernizacja pomieszczenia kuchni, korytarzy i klatki schodowej) należy wykonać w okresie od września 2024 r. do grudnia 2024 r. Szczegółowe terminy ujęte w harmonogramie do uzgodnienia z zamawiającym.

Ochotnicza Straż Pożarna w Polichnie. Zadanie polega na rozbudowie świetlicy wiejskiej o garaż wraz z wewnętrzną instalacją elektryczną na potrzeby Ochotniczej Straży Pożarnej w Polichnie. Pomieszczenie garażowe przeznaczone będzie do parkowania pojazdu OSP. Rozbudowa budynku świetlicy wiejskiej usytuowana jest od strony elewacji wschodniej istniejącego obiektu, na pograniczu działek o nr ewid. 399 i 400. Powierzchnia rozbudowy

- 42,80 m². Zakres robót: (a) branża ogólnobudowlana: rozbudowa istniejącego budynku o pomieszczenie garażowe o pow. 42,80 m²; (b) branża elektryczna: budowa wewnętrznej linii zasilającej, budowa instalacji gniazd wtykowych, budowa instalacji oświetleniowej,

budowa instalacji ochrony przeciwporażeniowej, budowa instalacji połączeń wyrównawczych, budowa instalacji ochrony przeciwprzepięciowej.

Ochotnicza Straż Pożarna w Sucharach. Obiekt realizowany w drugiej połowie XX w na potrzeby Ochotniczej Straży Pożarnej w Sucharach. Funkcja ta do dnia dzisiejszego jest zachowana. W części północnej budynku mieści się garaż na wóz bojowy oraz pomieszczenia techniczne (kotłownia i pomieszczenia gospodarcze). Budynek zlokalizowany jest na działce o nr ewid. 131, obręb Suchary. Powierzchnia użytkowa łącznie - 148,5 m². Część techniczna - 60,4 m². Część biurowa OSP - 88,0 m². Zakres robót: (a) branża ogólnobudowlana: remont posadzki gresowej w pomieszczeniu technicznym i kotłowni, prace malarskie i okładzinowe w pomieszczeniu technicznym kotłowni. Uwaga zamawiającego: Prace należy wykonać od stycznia 2025 r., po zakończeniu prac termomodernizacyjnych zleconych odrębnym przetargiem. Szczegółowe terminy ujęte w harmonogramie do uzgodnienia z zamawiającym.

W tym samym Rozdziale III, w pkt 9 zamawiający zawarł następującą informację nt. podwykonawstwa: (1) Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia na roboty budowlane; (2) Wykonawca jest zobowiązany wskazać w formularzu ofertowym części zamówienia których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy ewentualnych podwykonawców, o ile są już znane.

Izba ustaliła ponadto, że odwołujący w Formularzu ofertowym, złożonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, w pkt 2 - Podwykonawcy oświadczył, iż przedmiot zamówienia będzie realizował przy udziale podwykonawców. W tabeli, w miejscu gdzie należało wpisać procent, rodzaj lub zakres potwierdzonych podwykonawcy robót budowlanych dostaw, usług, zadeklarował, że 100 % robót budowlanych, elektrycznych i instalacyjnych wykonają podwykonawcy.

W konsekwencji został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na treść art. 462 ustawy Pzp, pismem z 18 lipca 2024 r.

Odpowiadając na wezwanie, w piśmie z 22 lipca 2024 r. podniósł, że w jego ocenie co prawda art. 462 ustawy Pzp budzi wątpliwości interpretacyjne, to jednak zarówno w doktrynie jak i orzecnictwie dominuje pogląd, że w przypadku gdy zamawiający nie przewiduje zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zadania, wykonawca nie ma przeszkód do powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom. Uzupełnił jednak, że jako wykonawca

wykona następujące prace związane z procesem inwestycyjnym: prace instalacyjne sanitarne
wraz

z nadzorem kierownika robót sanitarnych, prace elektryczne oraz budowlane. Żadna część zadania nie odbędzie się bez udziału pracowników firmy Etherm. Ponadto wskazał, że w zakresie jego wykonawstwa będzie również koordynacją robót podwykonawców. Dodatkowo wyjaśnił, że ze względu na trudności w procentowym określeniu zakresu tych prac w całości zadania inwestycyjnego, w złożonej ofercie wskazano, że roboty będą wykonane

w 100 % przez kilku podwykonawców.

Izba ustaliła także, że pismem z 29 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Etherm na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że Etherm zamierza powierzyć 100 % robót do wykonania podwykonawcom, a to prowadzi do pozorności zawarcia umowy o wykonanie robót budowlanych i w związku z powyższym narusza art. 462 ustawy Pzp.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, wnosząc swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp, których naruszenie zarzucał odwołujący, a które były podstawą orzekania w niniejszej sprawie.

Zgodnie z treścią art. 462 ustawy Pzp: (1) wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy; (2) Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. (3) W przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi,

jeżeli są już znani. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach

w odniesieniu do informacji, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje wymagane informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

(4) Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 3: 1) w przypadku zamówień na dostawy oraz zamówień na usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego lub 2) dotyczących dalszych podwykonawców, lub 3) dotyczących dostawców uczestniczących w wykonaniu zamówienia na roboty budowlane lub usługi. (5) W przypadkach, o których mowa w ust. 2 i 3 oraz ust. 4 pkt 1, zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109, o ile przewidział to w dokumentach zamówienia. Wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy. (6) W przypadku, o którym mowa w ust. 5, jeżeli wobec podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia. (7) Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, 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. Przepis art. 122 stosuje się odpowiednio. (8) Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.

Z kolei w myśl art. 121 ustawy Pzp zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W myśl art. 187 w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczerłowania, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ.

Przepis art. 226 ust. 1 stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (pkt 3) jest niezgodna z przepisami ustawy; (pkt 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze treść przywołanych wyżej przepisów, jak też złożone przez odwołującego w toku postępowania oświadczenia w treści złożonej oferty, wyjaśnienia składane przez niego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz argumentację podnoszoną przez strony w toku postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że w świetle przywołanych wyżej przepisów, jednoznacznie można wysnuć wniosek, że co do zasady realizacja zamówień publicznych opiera się na regule szerokiego dopuszczenia podwykonawstwa. Tym samym jego ograniczenie musi być traktowane wyjątkowo i wprowadzane w ściśle uzasadnionych przypadkach. Zamawiający może więc skorzystać z możliwości, przewidzianej w art. 121 ustawy Pzp, wskazując w treści SWZ jakie zadania ma wykonawca zrealizować samodzielnie, bez udziału podwykonawców. W tym postępowaniu zamawiający z takiej możliwości nie skorzystał, co wprost wynika z treści SWZ. Pozostawiając zatem w tym zakresie swobodę wykonawcom, zamawiający przesądził, że ci mogą powierzyć podwykonawcom dowolne części zamówienia, również w szerokim zakresie.

Powyższe nie może jednak, w ocenie Izby, prowadzić do takich sytuacji, w których szeroki, dozwolony przez ustawodawcę zakres dopuszczalnego podwykonawstwa, oznacza w istocie, że to inny podmiot, zamiast ubiegającego się o zamówienie, będzie realizował daną dostawę, usługę czy robotę budowlaną. Takie też ograniczenie wprowadzają przepisy ustawy Pzp. Wbrew temu, co twierdzi odwołujący w piśmie z 22 lipca 2024 r., składając swoje wyjaśnienia zamawiającemu, nie ma możliwości powierzenia czy to jednemu podwykonawcy, czy też kilku podwykonawcom całości prac objętych przedmiotem zamówienia.

Wskazuje na to treść art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Uprawnienie to, co do zasady, przysługuje niezależnie od rodzaju zamówienia (roboty budowlane, usługi, dostawy). Jednakże, co wynika z literalnego brzmienia przepisu, który wskazuje na „część” zamówienia, nie jest możliwe powierzenie podwykonawcy wykonania całości zamówienia, o które dany wykonawca się ubiega.

Także w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna), w art. 71 ust. 2 stwierdzono, że w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia

(a nie całość zamówienia), której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców. Analogiczne postanowienie zostało zamieszczone w art. 88 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (tzw. dyrektywa sektorowa).

Tym samym stwierdzić należy, że zarówno w cytowanym przepisie ustawy Pzp, jak też

w przepisach Dyrektyw mowa jest o „części” zamówienia. W świetle literalnego ich brzmienia, wbrew temu co twierdzi odwołujący, nie ma możliwości powierzenia całości zamówienia

do realizacji podwykonawcom.

Trafnie przywołuje zamawiający w swoim stanowisku - Odpowiedzi na odwołanie uzasadnienie zawarte w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 11/21, w którym przesądzone, że nie jest możliwe powierzenie podwykonawcy czy też podwykonawcom całości zamówienia. Sąd Okręgowy stwierdził między innymi: „W tym miejscu Sąd Okręgowy pragnie przedstawić kilka uwag dotyczących interpretacji dotyczących powierzenia wykonania przedmiotu zamówienia przez podwykonawców. Nie ulega wątpliwości, że na gruncie prawa zamówień publicznych, zarówno na poziomie prawodawstwa Unii Europejskiej, jak i regulacji krajowych, możliwe jest wykorzystanie podwykonawstwa w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Dyrektywa (...) w przepisie 71 ust. 2 konsekwentnie posługuje się pojęciem „any share of the contract it may intend to subcontract”, nie pozostawiając zaś alternatywy w postaci „all of the contract”, a więc nie dopuszczając możliwości wskazania, że całość zamówienia będzie realizowana przez podwykonawcę. W konsekwencji implementacji dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. zarówno w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (art. 2 pkt 9b) jak i w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. tejże ustawy (art. 7 pkt 27) wprowadzono definicję umowy o podwykonawstwo, w których wyraźnie wskazano, że są to umowy na mocy których odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązują się wykonać część zamówienia. Co więcej ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. jak i w nowelizacji z dnia 11 września 2019 r. w art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Podkreślić należy, że wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego

podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia”.

W okolicznościach badanej sprawy należało zatem rozważyć jaki zakres podwykonawstwa wynika z treści złożonej przez odwołującego oferty jak też, mając na uwadze, iż zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w tym zakresie - wyjaśnienia te ocenić, w kontekście zgodności tych czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp.

Izba dostrzega, że w niektórych przypadkach bywa problematyczne określenie tego, co należy rozumieć przez część zamówienia i ustalenie tego w sposób procentowy, nie sposób bowiem określić jednej granicy, kiedy należy uznać, że zamówienie zostało w całości powierzone do wykonania podwykonawcy czy podwykonawcom i ustalenie jakiegoś określonego, minimalnego zakresu do wykonania dla wykonawcy. Powyższe zatem należy rozważać każdorazowo, mając na uwadze zakres prac powierzonych do wykonania tym podmiotom mając na uwadze, że zlecenie wykonania zamówienia podwykonawcom nie może być postrzegane jako obejście przepisów ustawy Pzp, w zakresie weryfikacji wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia w ramach ustawowej procedury.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Izba doszła do przekonania, że takie wątpliwości nie zaistniały.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż mając na uwadze treść oświadczenia złożonego przez odwołującego w pkt 2 Formularza oferty - Podwykonawcy, nie budzi wątpliwości, że ten zamierza całość zadania powierzyć do realizacji podwykonawcom. Skoro bowiem zakres prac opisany przez zamawiającego w SWZ sprowadza się do realizacji robót w branżach: budowlanej, instalacyjnej i elektrycznej, a odwołujący oświadczył w swojej ofercie, że wykona przy pomocy podwykonawców wyżej określone zakresy robót, dodatkowo wpisując, że powierzy im 100 % realizacji tych zakresów prac, powyższe nie pozostawia pola do interpretacji.

W kontekście złożonego w treści Formularza ofertowego oświadczenia, w tym miejscu należy też zauważyć, że tak precyzyjne w swojej treści oświadczenie wykonawcy co do określenia zakresu, który zamierza powierzyć podwykonawcom, w ocenie Izby nie wymagało już żadnych dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający jednak zdecydował się na skorzystanie

z przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i skierował do odwołującego pytanie o wyjaśnienie treści oferty. Poprosił, aby wykonawca wskazał jakie konkretnie prace zostaną w ramach

przedmiotu zamówienia wykonane osobiście i w jakim zakresie. Zamawiający zastrzegł przy tym, że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do dokonania jakichkolwiek zmian w treści oferty.

Trafnie zamawiający przywołał w treści wezwania tę część przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, która zakazuje

dokonywania zmiany treści złożonej oferty. Tymczasem odwołujący pomimo, że oświadczył w pkt 2 Formularza oferty, że zamierza powierzyć 100 % robót do wykonania podwykonawcom, na etapie wyjaśnień składanych już po terminie otwarcia ofert, próbuje zmienić jednoznaczną treść swoich pierwotnych założeń. Modyfikuje tym samym treść złożonego w ofercie oświadczenia. Twierdzi bowiem, że samodzielnie wykona prace instalacyjne sanitarne wraz z nadzorem kierownika robót sanitarnych, że żadna z części zadania nie będzie odbywała się bez udziału pracowników odwołującego jak też,

że w jego zakresie będzie koordynowanie prac podwykonawców. Powyższą zmianę należy uznać za niedopuszczalną w świetle przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Procedura wyjaśnień treści oferty nie może bowiem stanowić narzędzia do zmiany treści oferty wykonawcy, ale ma wyłącznie na celu ustalenie znaczenia złożonego w niej oświadczenia i to w sytuacji istniejących, obiektywnych wątpliwości interpretacyjnych co do jej treści. Skoro zatem odwołujący oświadczył pierwotnie w ofercie, w sposób nie budzący wątpliwości, że 100 % robót zostanie powierzona podwykonawcom, nie może następnie twierdzić, że prace instalacyjne wykona siłami własnymi.

Nie zasługuje też na aprobatę argumentacja podnoszona w piśmie z 22 lipca 2024 r., jak też na rozprawie, jakoby oświadczenie o powierzeniu prac w całości podwykonawcom wynikało z trudności w procentowym określeniu zakresu tych prac w całości zadania inwestycyjnego. Wykonawca ubiegający się o zamówienie, jako profesjonalista, jest zobowiązany do starannego i przemyślanego wypełnienia formularza oferty. Musi mieć na względzie konsekwencje, jakie wynikają dla niego z treści złożonych oświadczeń, których w żaden sposób nie będzie mógł zmodyfikować na późniejszym etapie.

Z tych samych powodów nie mogą być wzięte pod uwagę przez Izbę wyjaśnienia czy deklaracje składane przez odwołującego na rozprawie w zakresie, w jakim deklarował, że zamierza wykonać siłami własnymi istotny zakres prac. Jeśli tak jest w istocie, to powinien ten zakres wskazać i wymienić w treści złożonego w postępowaniu Formularza ofertowego, czego nie uczynił.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu orzekającego, wobec jednoznacznych deklaracji co do zakresu prac powierzonych do wykonania podwykonawcom, zamawiający trafnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego.

Bez znaczenia dla oceny w tym zakresie jest także, podnoszona przez odwołującego okoliczność, że zamawiający pismem z 9 sierpnia 2024 r. wystąpił do Etherm o przedłużenie

terminu związania ofertą, na co odwołujący wyraził zgodę. Izba przypomina, że ocenia działania zamawiającego wyłącznie przez pryzmat stawianych przez odwołującego zarzutów naruszenia wskazanych przez niego przepisów ustawy Pzp. Z kolei konsekwencja czy racjonalność działania zamawiającego, który w toku postępowania podejmuje różne decyzje, czasami także je zmieniając i powtarzając czynności - nie jest przedmiotem oceny Izby w postępowaniu odwoławczym.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: