

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 4 listopada 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 października 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Zamawiającego – Toruńskie Wodociągi sp. z o.o., ul. Rybaki 31-35, 87-100 Toruń** od wyniku kontroli uprzedniej, zawartego w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej* z dnia 30 września 2016 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: **Kontrakt Z-2/W „likwidacja osiedlowej oczyszczalni ścieków wraz z budową tłoczni ścieków, kanału tłoczego i wodociągu do OM Czerniewice”**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego w części dotyczącej naruszenia przepisu art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie; w pozostałym zakresie zastrzeżenia okazały się nietrafne.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, przeprowadziła kontrolę uprzednią, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Kontrakt Z-2/W „likwidacja osiedlowej oczyszczalni ścieków wraz z budową tłoczni ścieków, kanału tłoczego i wodociągu do OM Czerniewice”*

W *Informacji o wyniku kontroli* wskazano na następujące okoliczności faktyczne:

I.

Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia podstawowego na kwotę 4.934.192,78 zł (netto), co brutto stanowi 6.069.057,12 zł.

Z zestawienia ofert złożonych w postępowaniu wynika, że średnia arytmetyczna cen brutto wszystkich złożonych ofert wynosi 3.815.059,50 zł (przed poprawkami), 3.819.872,00 zł (z uwzględnieniem poprawek).

Próg ceny oferty niższej o 30% od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego brutto (tj. 6.069.057,12 zł) wynosi 4.248.339,98 zł, a próg ceny oferty niższej o 30% od średniej arytmetycznej cen brutto wszystkich złożonych ofert wynosi 2.670.541,65 zł (przed poprawkami), 2.673.910,40 zł (z uwzględnieniem poprawek).

W postępowaniu jako najkorzystniejsza została wybrana oferta MELBUD S.A. z ceną brutto 2.195.553,16 zł. Cena niniejszej oferty stanowi 36,16% wartości szacunkowej zamówienia podstawowego brutto oraz 57,55% średniej arytmetycznej cen brutto wszystkich złożonych (przed poprawkami) i 57,48% ww. średniej arytmetycznej (z uwzględnieniem poprawek).

Dalej Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,

oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Jednocześnie Prezes UZP dostrzegł, że z dokumentacji postępowania, przekazanej do kontroli, nie wynika, by Zamawiający wzywał wykonawcę MELBUD S.A. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Nadto, Prezes UZP zwrócił uwagę, że z wyjaśnień Zamawiającego z dnia 19 września 2016 r., złożonych w toku kontroli, wynika, że *„zamawiający w toku postępowania nie powziął wątpliwości; co do rażąco niskiej ceny i nie zwracał się do Wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość, ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp”*.

Wskazując na powyższe Prezes UZP podniósł, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej podstawą (miernikiem) oceny, czy zaoferowana przez danego wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej jest w pierwszej kolejności jej porównanie do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością, powiększonej o wartość podatku VAT (m.in. wyrok z dnia 26 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 68/15). Ponadto, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1567/14, cenę rażąco niską można rozpatrywać wyłącznie w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia.

Mając na względzie ustalony stan faktyczny Prezes UZP wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza była niższa o 63,84% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o 42,45% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert (przed poprawkami) i 42,52% (z uwzględnieniem poprawek), a zatem zachodziły obydwie przesłanki określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązujące zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy, którego oferta zawiera cenę o wartości poniżej ww. progów, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny.

Wobec powyższego Prezes UZP stwierdził, iż Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MELBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny celem ustalenia, czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W tej sytuacji Prezes UZP zalecił Zamawiającemu dokonanie czynności, o której mowa w ww. przepisie. W następstwie ww. wezwania, zalecono Zamawiającemu dokonanie oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wraz z dowodami w celu ustalenia, czy oferta podlega ewentualnemu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

II.

Prezes UZP na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania ustalił, że Zamawiający w pkt IX SIWZ (Podwykonawstwo) wskazał, że *„wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie tej części zamówienia, której realizację zamierza powierzyć podwykonawcom. Wskazanie niniejszego nastąpi w formularzu oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do siwz”*.

Z kolei w klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu (Podwykonawcy) zamawiający podał: *„Wykonawca nie podzleci całości Robót. (...). Zamawiający ustala następujące wymagania umów o podwykonawstwo, których przedmiotem będą roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie zastrzeżeń lub sprzeciwu: (...) (d) suma wynagrodzeń dla Podwykonawców i dalszych Podwykonawców robót budowlanych oraz wykonawców umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są usługi lub dostawy nie może być większa niż 80% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Suma wynagrodzeń dla Podwykonawców i dalszych Podwykonawców robót budowlanych nie może być większa niż 60% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej”*. Definicję „Robót” zawiera klauzula 1.1.5.8, zgodnie z którą pod tym pojęciem należy rozumieć *„Roboty Stałe oraz Roboty Tymczasowe lub którekolwiek z nich według potrzeb. Roboty oznaczają równocześnie budowę i roboty budowlane, zgodnie z art. 3 pkt 6) i pkt 7) Prawa Budowlanego, a także prace projektowe niezbędne dla wykonania i ukończenia Robót”*.

W piśmie z dnia 18 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy SKANSKA S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. klauzula 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu (Załącznik nr 2 do siwz) nie dopuszczała możliwości podzlecenia całości Robót, a dopuszczalną kwotę wynagrodzeń dla Podwykonawców dotyczących *stricte* robót budowlanych ustaliła na poziomie 60% zatwierdzonej kwoty kontraktowej. Wykonawca w pkt 11 „Formularza Oferty” oświadczył natomiast, że *„(...) następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom - wszystkie roboty z wyłączeniem koordynacji i kierowania robotami w ramach generalnego wykonawstwa”*.

Pismem z dnia 28 lipca 2016 r. wykonawca SKANSKA S.A. wniosła odwołanie (sygn. akt: KIO 1394/16) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia jego oferty, która w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów była ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m.in. niejasność treści SIWZ z zapisami Warunków

Kontraktu wskazując, iż w SIWZ zamawiający nie zakazał powierzenia wszystkich robót budowlanych podwykonawcom.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2016 r. zamawiający złożył odpowiedź na ww. odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Wskazał m.in., że *„błędny jest (...) zarzut odwołującego, jakoby zamawiający odrzucając ofertę odwołującego zastosował zakaz podwykonawstwa nigdzie w specyfikacji nie wyrażony. Zamawiający podkreśla, że nie zakazał podwykonawstwa, a jedynie zastosował ograniczenie co do zlecenia podwykonawstwa części zamówienia jakim są Roboty”*.

Odwołanie wykonawcy SKANSKAS.A. zostało oddalone wyrokiem z dnia 11 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1394/16, w którym wskazano m.in., że *„Wobec brzmienia klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu, zawartych we Wzorce Umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWI (a zatem stanowiącym jej integralną część), iż: „Wykonawca nie podzleci całości Robót” oraz wobec definicji tychże Robót zawartej w klauzuli 1.1.5.8, zamawiający słusznie uznał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)”*.

W toku kontroli pismem z dnia 16 września 2016 r. zwrócono się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienia, czy zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, o którym mowa w art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (w którym miejscu dokumentacji znajduje się takie zastrzeżenie)? W przypadku niedokonania takiego zastrzeżenia poproszono o wyjaśnienie, dlaczego wykonawca nie mógł zlecić całości robót podwykonawcom (pkt 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu)?

W piśmie z dnia 19 września 2016 r. Zamawiający wyjaśnił, co następuje: *„zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, o którym mowa w art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ustawą Pzp Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zastosował ograniczenie, wynikające ze standardowej klauzuli 4.4 warunków ogólnych FIDICA (które nie było kwestionowane przez Wykonawców na etapie postępowania), co do zlecenia podwykonawstwa części zamówienia jakim są „Roboty” (pkt 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu). (...). W świetle regulacji ustawowej należy uznać za niedopuszczalne powierzenie podwykonawcy realizacji całości zamówienia. Z literalnej wykładni art. 36a ust. 1 Pzp wynika bowiem wprost, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Tak więc ustawodawca wyraźnie ograniczył możliwość korzystania z pomocy podwykonawcy jedynie do fragmentu realizowanego zamówienia, który nie może wyczerpywać całości przedmiotu zamówienia. Zgodnie z powyższymi zapisami Wykonawca nie może podzlecić całości „Robót” podwykonawcy”*.

Ponadto, w piśmie z dnia 22 września 2016 r. zwrócono się z prośbą o wyjaśnienia, które części zamówienia należy uznać za kluczowe, a które nie należą do kluczowych. W

odpowiedzi z dnia 23 września 2016 r. Zamawiający podał, że „żadnej z części zamówienia nie uznał jako kluczową. Na marginesie Zamawiający dodaje, że nie zakazał podwykonawstwa, a jedynie zastosował ograniczenie co do zlecenia podwykonawstwa całości Robót, które są zasadniczą częścią zamówienia w rozumieniu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. W (...) siwz Zamawiający podzielił zakres zamówienia na tzw. roboty podstawowe i roboty towarzyszące niezbędne do zrealizowania robót podstawowych i osiągnięcia zakładanego celu jak i osiągnięcia zakładanych efektów i rezultatów kontraktu. Ponadto, Zamawiający przywołał powszechnie stosowane nomenklatury, zastosowane choćby w Opisie Przedmiotu zamówienia, gdzie zakres robót został bardzo szczegółowo opisany. Zamawiający wskazał w pkt 5 Określenia podstawowe, że za obowiązujące należy uważać wszelkie definicje i określenia zawarte w obowiązujących przepisach, tj. Prawie budowlanym, rozporządzeniach wykonawczych, powszechnie używanych normach, wytycznych dotyczących wykonania i odbioru robót budowlanych oraz Warunkach Kontraktowych dla Budowy dla robót inżynierjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, czwarte wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008, tłumaczenie pierwszego angielskiego oryginału wdanego w 1999 roku przez Międzynarodową Federację Inżynierów-Konsumentów”.

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny Prezes UZP podniósł, co następuje:

Zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Natomiast z treści art. 36a ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż 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.

Z powyższych przepisów, zdaniem Prezesa UZP, wynika, że zamawiający na ich podstawie może zakazać podwykonawstwa, ale tylko w zakresie tej części zamówienia, która jest kluczowa i tym samym wyłączona jest możliwość jej realizacji przez podwykonawcę. Podkreślono, że treści art. 36a ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od treści art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, który precyzuje, o jaką część zamówienia możliwą do zlecenia podwykonawcy chodzi - o taką, która nie jest kluczowa.

W przedmiotowej sprawie, jak wskazał Prezes UZP, Zamawiający nie dopuścił, aby całość Robót została wykonana przez podwykonawców i jednocześnie nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę żadnej z kluczowych części zamówienia. Innymi słowy, Zamawiający nie dopuścił zlecenia całości Robót podwykonawcy, lecz było mu obojętne, którą ich część wykonawca zleci do podwykonania, o ile tylko jakąś część (jakąkolwiek) wykonawca wykona samodzielnie. Takie jednak rozwiązanie świadczy o tym, że żadna część Robót nie była kluczowa, skoro Zamawiający dopuścił podzlecenie którejkolwiek części.

Wobec powyższego należy uznać, zdaniem Prezesa UZP, że Zamawiający faktycznie ograniczył udział podwykonawców w realizacji zamówienia, przez co dopuścił się naruszenia art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Skoro bowiem ustawodawca wskazał na możliwość żądania osobistego świadczenia tylko kluczowej części przedmiotu zamówienia, brak jest podstaw, aby przyjąć, iż zamawiający jest uprawniony do wyłączenia podwykonawstwa w odniesieniu do części, która nie była kluczowa. Byłoby to sprzeczne z generalną zasadą, określoną w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że co do zasady każda z części zamówienia (o ile nie jest kluczowa) może być powierzona do wykonania przez podwykonawcę.

Powyższe naruszenie, w ocenie Prezesa UZP, mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż niezastosowanie się do zapisów ww. klauzuli 4.4 Warunków Szczegółowych Kontraktu było podstawą odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy SKANSKA S.A., która w świetle przyjętych kryteriów była ofertą najkorzystniejszą (tj. cena: 2.065.712,17 zł, liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę: 4) i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MELBUD S.A. z ceną 2.195.553,16 zł i 4 osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.

Wskazanie, że naruszenie art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp „mogło mieć wpływ na wynik postępowania” wynika z faktu, jak podkreśliła Prezes UZP, iż wobec odrzucenia ww. oferty Zamawiający nie wezwał wykonawcy SKANSKA S.A., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Tymczasem analiza ww. dokumentów wykazała, jak wyjaśnił Prezes UZP, iż wykonawca w załączniku nr 6 do SIWZ (Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia) na stanowisko „przedstawiciela wykonawcy” wskazał X. Y., którego doświadczenie przedstawił w załączniku 6a „Informacja o doświadczeniu”. Z ww. dokumentów nie wynika, że ww. osoba posiada „minimum 5 lat doświadczenia na stanowiskach kierowniczych (Przedstawiciel Wykonawcy, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Projektu lub równoważne) związanych z zarządzaniem kontraktami na roboty realizowanymi w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub inne standardowe warunki kontraktowe”, co było jednym w wymogów zamawiającego odnośnie ww. stanowiska (pkt VI.1.3.1 SIWZ). Tym samym, wobec niemożności ustalenia, czy wykonawca Skanska S.A. uzupełniłby dokumenty dotyczące potencjału kadrowego, naruszenie art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp należy uznać za naruszenie, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Pismem z dnia 7 października 2016 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia.

I.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie przesłanki zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że ceny ofert w stosunku do przedmiotu zamówienia nie wydawały się rażąco niskie i nie budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w doktrynie uznaje się, iż pod pojęciem rażąco niskiej ceny należy rozumieć ofertę z ceną oczywiście nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców (wyrok SO w Warszawie z dnia 6 września 2002 r., sygn. akt: V Ca 1020/02), niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej (Komentarz pod red. T. Czajkowskiego), wyraźnie i w sposób oczywisty zaniżoną (wyrok KIO z 8 stycznia 2008, sygn. akt: KIO/UZP/36/07), gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Zamawiający podał, że Sąd Okręgowy w K. w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt: XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: *„odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”*.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP), wskazano, m.in.: *„Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.*

Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym,

postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

W ocenie Zamawiającego, Prezes UZP w sposób nieuprawniony wywodzi, że sam fakt, iż cena oferty była niższa o 30 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT stwarza domniemanie prawne rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Zamawiającego, warto zwrócić uwagę, że zgodnie z ówczesnym stanem prawnym, to zamawiający decyduje w sposób samodzielny, czy zachodzą podejrzenia co do zaferowania rażąco niskiej ceny i czy w związku z tym zwrócić się do konkretnego wykonawcy o wyjaśnienia. Impulsem do tego może być zarówno własna analiza oferowanej ceny i jej porównanie ze wskazanymi w ustawie wartościami, jak i informacja uzyskana od innego wykonawcy. Dopiero zwrócenie się przez zamawiającego do danego wykonawcy o wyjaśnienie, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Zamawiającego, wprowadza swoiste domniemanie prawne rażąco niskiej ceny.

Zamawiający podał, że biorąc pod uwagę konstrukcję przepisu, gdzie zgodnie z zasadami techniki prawodawczej, jeżeli nie jest możliwe sformułowanie definicji zakresowej (wyliczającej elementy składowe zakresu), można objaśnić znaczenie danego określenia przez przykładowe wyczenie jego zakresu, wyraźnie wskazując na przykładowy charakter tego wyczenia przez posłużenie się zwrotami: „w szczególności” albo „zwłaszcza” (§ 153 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”).

Wyszczególnione zatem w przepisie art. 90 ust 1 ustawy Pzp dwa przypadki zostały, zdaniem Zamawiającego, wskazane w ustawie przykładowo, co oznacza, że tylko dopuszczają możliwość wystąpienia wątpliwości zamawiającego co do oferowanej ceny, jednak nie mogą o takich wątpliwościach z góry przesądzać.

Kluczowym dla zastosowania wezwania, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Zamawiającego, jest spełnienie dwóch przesłanek łącznie: cena musi się wydawać rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co nastąpić powinno, w szczególności dokonania arytmetycznego porównania ceny do wartości zamówienia (wraz z uwzględnieniem podatku VAT) lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazał, iż pomimo, że cena wydaje się rażąco niska, może nie mieć takich wątpliwości, które prowadzą do ryzyka niewykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego i obowiązującymi przepisami, mimo pojawienia się opisanych w przepisie przypadków.

Zamawiający podał, że *clara non sunt interpretanda* - ta naczelna reguła wykładni przepisów prawnych, nakazuje przyjąć literalne brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i do tego literalnego brzmienia Zamawiający w niniejszej sprawie się dostosował.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Sąd Najwyższy wskazał: „*Wykładnia celowościowa i systemowa nie powinny negować jednoznacznego wyniku poprawnie dokonanej wykładni językowej i poprowadzić do niedopuszczalnego wykreowania mocą orzeczenia sądowego pożądanej, ale nie wyrażonej w przepisie normy prawnej*” (uchwała SN z dnia 1 marca 2007 r., sygn. akt: III CZP 94/06).

Argumenty wyżej opisane, zdaniem Zamawiającego, wzmacnia dodatkowo analiza aktualnego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, gdzie obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień został wyartykułowany wprost i uniezależniony został zasadniczo od powstania wątpliwości zamawiającego. Zamawiający podał, że hierarchia przesłanek pozostała nienaruszona, jako że decydujące znaczenie ma powzięcie przez zamawiającego wątpliwości, jednak poprzez wskazanie w ustawie okoliczności, kiedy *de facto* wątpliwości te muszą powstać, odwrócono kolejność. Zamawiający dokonuje matematycznego wyliczenia istnienia ww. przesłanek i dopiero po wyniku stwierdza, na zasadzie ma/nie ma, powstanie wątpliwości. W konsekwencji wprowadzono domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, jeżeli którakolwiek z ustawowych przesłanek da wynik pozytywny.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że jego działanie zgodne jest z treścią dyrektywy, która odnosi się wyłącznie do wątpliwości zamawiającego, a nie do matematycznych wyliczeń.

Punktem odniesienia dla oceny ofert powinna być, zdaniem Zamawiającego, wartość przedmiotu zamówienia a nie kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, co określił Zamawiający, ceny ofert w stosunku do przedmiotu zamówienia nie budziły wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Posiłkując się doświadczeniem, zamawiający stwierdził, że oferty odzwierciedlały aktualny poziom cen rynkowych odnotowanych w branży wod.-kan.

Przedmiotowy wniosek, jak podał Zamawiający, jest wynikiem dokonanej przez Zamawiającego analizy porównawczej średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniach prowadzonych w roku 2016 z wartościami poszczególnych zamówień (oszacowanymi na podstawie kosztorysów inwestorskich).

Zamawiający podał, że dla analizowanych postępowań, dotyczących branży wod.-kan. średnia arytmetyczna cen ofert w stosunku do wartości zamówień wyniosła od 74,85% do 55,18% W przedmiotowym postępowaniu stosunek ten wynosił 62,94%, stąd cena zaofertowana przez MELBUD SA nie wzbudziła jakichkolwiek wątpliwości, nie wydała się

rażąco niska, choć z całą pewnością można powiedzieć, że była tania. Tania jednak nie oznacza rażąco niska.

Ponadto, Zamawiający zwrócił uwagę, że Prezes UZP, po przeprowadzeniu kontroli, podobnie jak Zamawiający w trakcie postępowania, nie powziął wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, ponieważ nie wskazał, które elementy poszczególnych (czterech z ośmiu) złożonych ofert, stanowią o domniemaniu rażąco niskich cen.

II.

Zamawiający wskazał, że regulacja art. 36a ust. 1 ustawy Pzp nie zmienia zasad przewidzianych w art. 356 k.c, zgodnie z którym wierzyciel może żądać osobistego spełnienia świadczenia tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia. Jeżeli więc Zamawiający nie korzysta z przewidzianej w przepisach ust. 2 możliwości zastrzeżenia osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę i jednocześnie przepisy prawa powszechnie obowiązujące lub właściwość świadczenia nie wskazują na obowiązek osobistego spełnienia świadczenia, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia innemu podmiotowi (podwykonawcy).

W przypadku ustawy Pzp, celem jest powierzenie wykonania zamówienia podmiotowi zweryfikowanemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcą zamówienia może być jedynie wykonawca wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a wszelkie zmiany podmiotowe są niedopuszczalne (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. akt: V CK 97/03). Powierzenie całości zamówienia podwykonawcy, zdaniem Zamawiającego, należałoby uznać za mające na celu obejście przepisów ustawy.

Zamawiający podkreślił, że w przedmiotowej sprawie w SIWZ nie zawarł obowiązku osobistego świadczenia przez wykonawcę w odniesieniu do jakiegokolwiek części przedmiotu zamówienia. Wykonawcy mogliby zatem korzystać z podwykonawstwa w sposób swobodny, powierzając im do wykonania nawet znaczną część zamówienia.

Ograniczenie wprowadzone przez Zamawiającego, jak wyjaśnił, odnosiło się wyłącznie do części zamówienia, jaką są roboty i miało na celu zapobieżenie możliwości „odstąpienia” zamówienia innemu podmiotowi (podwykonawcy), którego oferta nie została wybrana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a podmiot ten nie został zweryfikowany pod kątem rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Głównym celem ustawy, jak zauważył Zamawiający, jest zapewnienie ochrony interesu publicznego, a ten wiąże się z powierzeniem wykonania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a ponadto sprowadzało się do ograniczenia możliwości zlecenia podwykonawstwa tej części zamówienia w całości.

Zamawiający podał, że słusznie podkreśla KIO w swych orzeczeniach (np. wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1139/15), iż stosownie do brzmienia art. 139 ust. 1

ustawy Pzp, w takim zakresie, jaki nie został uregulowany szczegółowo w ustawie Pzp, dopuszczalne jest wprowadzenie w SIWZ dodatkowych regulacji, w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego na zasadzie swobody umów, wskazanej w art. 353¹ k.c. Wprawdzie zasada swobody umów doznaje pewnych ograniczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednak wyłącznie w sytuacji, gdy nie narusza to w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Prezesa UZP, jakoby możliwość powierzenia realizacji zamówienia w całości podwykonawcy wynikała z łącznej wykładni przepisów art. 36 a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. o ile Zamawiający nie zastrzegł osobistego wykonania kluczowej części zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego, słusznie podkreśliła KIO w wyroku z dnia 11 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1075/14, należy mieć na względzie, że zarówno przepis art. 36 a ust. 1 ustawy Pzp, jak i definicja umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b ustawy Pzp) odnoszą się *explicite* do realizacji części zamówienia. Należy też zwrócić uwagę na odmienną konstrukcję przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp i jego poprzednika w postaci art. 36 ust. 5 *in principio* ustawy Pzp, który traktował o możliwości powierzenia wykonania zamówienia bez doprecyzowania, czy chodzi o jego całość, czy tylko oznaczoną część, podczas gdy obecnie obowiązujący przepis Pzp takie wskazanie zawiera. W świetle tego, faktyczne scedowanie realizacji całości zamówienia na podmiot trzeci wydaje się niedopuszczalne. Przeciwnie zapatrywanie prowadziłoby bowiem do obejścia wyrażonej w art. 7 ust. 3 Pzp zasady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami.

Zdaniem Zamawiającego, konsekwencją interpretacji przedstawionej przez Prezesa UZP w *Informacji o wyniku kontroli* uprzedniej byłoby funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywanie przetargów, nie zaś realizacja zamówień. W dalszej natomiast kolejności realizacja zamówień przez podmioty, które nie zostały zweryfikowane pod kątem rzetelności i zdolności do należytego wykonania zamówienia (bez wiedzy i doświadczenia, zdolności finansowych i ekonomicznych itp.). Trudno w takich wypadkach uznać, zdaniem Zamawiającego, że cel ustawy został osiągnięty, a ochrona interesu publicznego właściwie zabezpieczona.

Zamawiający podał, że także w Opinii Biura legislacyjnego Kancelarii Senatu z dnia 21 października 2013 r. (druk nr 466) *„Ustawodawca formułuje przepisy dotyczące podwykonawstwa w zamówieniach publicznych (m.in. utrzymano zasadę, zgodnie z którą wykonawca posiada swobodę w powierzeniu podwykonawcom wykonania części zamówienia, określono przypadki, w których zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę.”*

Zamawiający podniósł, że zgodnie z terminologią języka polskiego „część” to „przedmiot stanowiący jakiś dający się samodzielnie wyodrębnić element większej całości”

stąd, gdyby ustawodawca miał na myśli całość zamówienia, użyłby słów „całość” lub „wszystkie części”, a nie słowa „części”.

Nie sposób nie zwrócić uwagi, zdaniem Zamawiającego, że także dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywa klasyczna) w art.48 ust.2 lit. i jednoznacznie przesądza o możliwości powierzenia do wykonania podwykonawcom jedynie części zamówienia.

Zgodnie z zasadą racjonalności ustawodawcy, należy uznać, w ocenie Zamawiającego, że użycie w przepisie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp sformułowania „może powierzyć wykonanie części zamówienia” było świadome i celowe. Przepis art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp należy bowiem odczytywać wprost i nadać mu znaczenie, które nie będzie sprzeczne z jego literalnym brzmieniem.

Zamawiający podkreślił, że gdyby wolą ustawodawcy było ustanowienie zasady podzlecenia całości zamówienia z wyjątkiem określonym w art. 36 ust. 2 ustawy Pzp, to w istocie taka zasada i wyjątek od niej skonstruowany zostałby inaczej.

Skoro Zamawiający, jak podał, postąpił zgodnie literalnym brzmieniem przepisu i nie ograniczył udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, a jedynie zastosował zapis wynikający z argumentacji *a contrario*, to nie może być mowy o naruszeniu przepisów ustawy i to mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający podniósł ponadto, że postanowienia SIWZ nie były kwestionowane, a Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu odwoławczym potwierdziła poprawność działań Zamawiającego, nie kwestionując w żaden sposób ograniczenia podwykonawstwa. Jak wskazuje orzecznictwo - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy (wyrok SO w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt: XII Ga 92/12) .

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko. I.

W pierwszej kolejności zwrócono uwagę, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ww. przepis stanowi rozwiązanie wprowadzone w ślad za orzeczeniem TSUE z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C 147/06 i C 148/06 SECAP, Santorso, w którym Trybunał uznał za zgodne z prawem UE ustalenie progu (w badanej sprawie 10% odchylenia od średniej), który zobowiązuje zamawiającego do podjęcia wyjaśnień dotyczących ceny. Jednocześnie Trybunał wskazał, że niedopuszczalne byłoby automatyczne uznawanie ceny za rażąco niską i odrzucenie oferty bez możliwości wykazania, że jest ona rzetelna. Także w orzeczeniu z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano Trybunał stwierdził, że niedopuszczalne, tj. sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest odrzucenie oferty wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium powodującego uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu, bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna.

Zgodnie z wyżej przytoczonym orzecznictwem europejskim, przyjęta w polskim porządku prawnym regulacja nakłada na zamawiającego obowiązek wszczynania procedury wyjaśniającej m.in. w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa od ustalonego progu - zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest to 30% w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Przy czym wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny ofertowej, która zdaje się być rażąco niska, gdyż zachodzi w stosunku do niej jedna z wyżej wymienionych okoliczności, nie przesądza, że cena ta jest rażąco niska. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera bowiem definicji rażąco niskiej ceny, ale wymienia niektóre okoliczności, jakie mogą na rażąco niską cenę wskazywać, w których procedura wyjaśniania oferty powinna mieć zastosowanie. O tym, czy oferta jest rzeczywiście rażąco niska, rozstrzyga Zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia.

W świetle przytoczonych faktów, interpretacja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dokonana przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, zdaniem Prezesa UZP, nie zasługuje na aprobatę. Zgodnie bowiem z ww. przepisem zamawiający wzywa, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jeżeli ma uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, przy czym należy podkreślić, że zawsze ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, sformułowanie „w szczególności” należy zatem rozumieć jako przykład sytuacji, w której Zamawiający powinien mieć zawsze, zdaniem ustawodawcy, wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę w zamian za oferowaną cenę. W konsekwencji treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zdaniem Prezesa UZP, nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnienia, w tym

złożenia dowodów, w sprawie rażąco niskiej ceny, w trzech przypadkach: gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia (powiększonej o podatek VAT zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO), gdy cena oferty jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz w innych sytuacjach niż dwa pierwsze przypadki, gdy cena budzi wątpliwości zamawiającego.

Powyższe, jak wskazał Prezes UZP, potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt: 500/15, w którym Izba stwierdziła, że: *„Z przytoczonego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika obowiązek wezwania wykonawcy do uruchomienia procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy cena „wydaje się” rażąco niska i gdy jej wysokość „budzi wątpliwości”. W dalszej zaś części przepisu, ustawodawca przesądził, że wątpliwości takie należy powziąć zawsze, gdy cena oferty pozostaje w określonym 30% stosunku do średniej arytmetycznej ofert lub wartości zamówienia”.*

Innymi słowy, obowiązek badania, czy cena oferty nie została zaniżona, powstaje zawsze, gdy zamawiający nabierze wobec jej wysokości uzasadnionych wątpliwości. Wątpliwości tych zamawiający nabrać musi, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Stanowisko to zostało, jak podał Prezes UZP, potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą nie tylko we wskazanym wyżej wyroku, ale w jednolitej linii orzeczniczej, która ukształtowała się po wejściu w życie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu mającym zastosowanie do niniejszego postępowania, tj. począwszy od dnia 19 października 2014 r. na skutek wejścia w życie przepisów Ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232).

Prezes UZP przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2015 r., sygn. akt: 802/15, w którym wskazano, że *„Przepis art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia dwie przykładowe, wskazane alternatywnie, okoliczności, które świadczą mają o wątpliwościach co do legalnego charakteru ceny zaoferowanej - 30% odbieganie ceny oferty in minus od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu oraz 30% odbieganie in minus od wartości zamówienia, a w konsekwencji prowadzić do powstania obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty.”*

Podobnie, jak wskazał Prezes UZP, orzeczono w wyroku z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1143/15, z którego wynika, że *„Obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Próg 30% stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia.”*

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, co do braku ustaleń Prezesa UZP, które elementy oferty świadczą o domniemaniu rażąco niskiej ceny wskazano, że przy wypełnieniu się któregokolwiek z wyznaczników matematycznych, na które wskazuje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma konieczności wykazywania, że określone elementy wyceny budzą jakiegokolwiek wątpliwości. Wypełnienie się którejkolwiek z przesłanek z przywołanego przepisu (różnica na poziomie niższym niż 30% wyceny oferty w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej cen ofert) samo w sobie świadczy o podejrzeniu rażąco niskiej ceny i podlega obligatoryjnemu wyjaśnieniu z wykonawcą.

W związku z powyższym Prezes UZP podtrzymał stanowisko, że zaniechanie wezwania wykonawcy MELBUD S.A., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo ziszczenia się przesłanek ustawowych, dotyczących możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji podtrzymano także zalecenie usunięcia powyższego naruszenia poprzez wezwanie ww. Wykonawcy do złożenia wyjaśnień i załączenia dowodów w sprawie ceny jego oferty, a także zalecenie dokonania oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wraz z dowodami, w celu ustalenia, czy oferta podlega ewentualnemu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

II.

W Informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazano, iż Zamawiający nie dopuścił, aby całość robót została wykonana przez podwykonawców i jednocześnie nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę żadnej z kluczowych części zamówienia. Ustalono zatem, że Zamawiający nie dopuścił zlecenia całości robót podwykonawcy, a jednocześnie było mu obojętne, którą ich część wykonawca zleci do podwykonania, o ile tylko jakąś część (jakąkolwiek) wykonawca wykona samodzielnie. Takie rozwiązanie świadczy o tym, w opinii Prezesa UZP, że żadna część robót nie była kluczowa, skoro Zamawiający dopuścił podzlecenie którejkolwiek części. Tym samym w *Informacji o wyniku kontroli* stwierdzono, że Zamawiający faktycznie ograniczył udział podwykonawców w realizacji zamówienia, przez co dopuścił się naruszenia art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Podano, że skoro ustawodawca wskazał na możliwość żądania osobistego świadczenia tylko kluczowej części przedmiotu zamówienia, brak jest podstaw, aby przyjąć, iż zamawiający jest uprawniony do wyłączenia podwykonawstwa w odniesieniu do części, która nie była kluczowa. Byłoby to sprzeczne z generalną zasadą, określoną w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że co do zasady każda z części zamówienia (o ile nie jest kluczowa) może być powierzona do wykonania przez podwykonawcę.

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego przedstawionych w zastrzeżeniach, Prezes UZP zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym Zamawiający udzielając zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp, ma obowiązek w pierwszej kolejności stosować przepisy tejże ustawy, a jedynie w przypadku braku odpowiednich regulacji w ustawie Pzp - stosować przepisy Kodeksu cywilnego. W związku z powyższym powoływanie się w zastrzeżeniach na art. 356 k.c. uznano za bezprzedmiotowe, ponieważ kwestie podwykonawstwa zostały uregulowane m.in. w art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania i te przepisy, nie zaś przepisy Kodeksu cywilnego, mają zastosowanie w sprawie.

Zgodnie z 36a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Jednocześnie zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, 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.

Zdaniem Prezesa UZP, interpretacja powyższych przepisów nie może być dokonywana oddzielnie, ale musi uwzględniać ich treść w powiązaniu ze sobą. Z przepisów tych wynika zatem, że co do zasady podwykonawcy może zostać powierzona każda część zamówienia, z wyjątkiem tej części, która została przez zamawiającego zastrzeżona jako kluczowa. Jeżeli zamawiający nie zastrzega jako kluczowej żadnej części zamówienia, wówczas całość zamówienia (wszystkie jego części) może zostać powierzona podwykonawcy.

Podobny pogląd, jak podano, wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 11 sierpnia 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 43/15, w której stwierdziła, że „Zgodnie z art. 36a ust. 1 P.z.p., wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Ust. 2 ww. przepisu określa uprawnienie zamawiającego do zastrzeżenia w siwz, że wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia w przypadku robót budowlanych. Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia, które zostało mu przyznane przez ww. przepis. Zamawiający wprost postanowił w siwz, że nie zastrzega żadnej kluczowej części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę. (...). W ramach zastrzeżeń zamawiający podniósł, że dla niego każda część zamówienia obejmująca wykończenie robót jest kluczowa, gdyż składa się na końcowy efekt wykonania całości robót budowlanych. Powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie. (...). Jak słusznie zauważył Prezes UZP, powyższa interpretacja prowadziłaby do całkowitego wyłączenia możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom, co jest sprzeczne z generalną zasadą, określoną w

art. 36a ust. 1 P.z.p., zgodnie z którą wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że co do zasady każda z części zamówienia może być powierzona do wykonania przez podwykonawcę”.

Podobnie w wyroku z dnia 22 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2593/14, KIO wyraziła pogląd, że *„Zasadą jest możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom (art. 36a ust. 1 p.z.p.). Wykonawca może korzystać z tego uprawnienia w sposób dowolny, chyba że zamawiający ograniczy taką możliwość (art. 36a ust. 2 p.z.p.). Skoro więc ustawodawca nie ustanawia obowiązku osobistego świadczenia przez wykonawcę, a odstępstwo od tej zasady musi wynikać z podjętych przez zamawiającego decyzji, intencje zamawiającego w tym przedmiocie muszą być wyrażone w sposób precyzyjny i jednoznaczny”.*

W niniejszej sprawie, jak podał Prezes UZP, przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące:

- budowę przewodu wodociągowego w ul. Włocławskiej spinającego sieć miejską z wodociągiem lokalnym na terenie OM Czerniewice oraz budowę przewodu tłoczego kanalizacji sanitarnej (wraz z tłocznią ścieków) odprowadzającego ścieki z terenu OM Czerniewice do zlewni COŚ,
- rozbiórkę oczyszczalni ścieków w Czerniewicach,
- roboty związane z wykonaniem automatycznego sterowania w zakresie kierunku przepływu wody na terenie Stacji Uzdatniania Wody w Czerniewicach.

Oczywistym jest, że wykonanie robót budowlanych wymaga także dostarczenia określonych materiałów na teren budowy i kierowania kadrą wykonującą te roboty fizycznie. Nie oznacza to jednak, w ocenie Prezesa UZP, że przedmiotem zamówienia w rozumieniu ustawy Pzp są w tym wypadku także dostawy lub usługi. Przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty budowlane i zgodnie z klauzulą 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu, Zamawiający zakazał podzlecenia całości tych robót podwykonawcy.

Jednocześnie w żadnych dokumentach postępowania zamawiający nie wskazał kluczowych części robót, które wykonawca musi wykonać osobiście. Potwierdza to także treść zastrzeżeń, w których Zamawiający stwierdził: *„W przedmiotowej sprawie zamawiający w SIWZ nie zawarł obowiązku osobistego świadczenia przez wykonawcę w odniesieniu do jakiegokolwiek części przedmiotu zamówienia”.* Również w odpowiedzi na pytanie Prezesa UZP o to, które części zamówienia są kluczowe, a które nie są, Zamawiający w piśmie z dnia 23 września 2016 r. odpowiedział wprost, że *„żadnej z części zamówienia nie uznał jako kluczową”.* Dodatkowo Zamawiający wskazał w ww. odpowiedzi, że nie zakazał podwykonawstwa, a jedynie nie pozwolił na zlecenie całości robót, które są „zasadniczą” częścią zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UZP ponownie wskazał, że nie jest zasadna argumentacja Zamawiającego przedstawiona w zastrzeżeniach, zgodnie z którą dopuszczalne jest zakazanie powierzenia podwykonawcy całości robót wyłącznie opierając się na fakcie, że w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp zostało użyte słowo „część”. Ponownie podkreślono, że jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli*, art. 36a ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować w oderwaniu od art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. Oba przepisy mają na celu generalne dopuszczenie podwykonawstwa bez ograniczeń (także z możliwością powierzenia wszystkich części zamówienia, czyli powierzenia go w całości), chyba że określoną, ściśle wyodrębnioną część zamówienia, zamawiający uzna za kluczową. Brak wskazania określonej części zamówienia jako kluczowej, skutkuje brakiem możliwości zakazania powierzenia podwykonawcy jakiegokolwiek części przez wykonawcę.

Po drugie Prezes UZP zauważył, że część uznana za kluczową musi być też przez zamawiającego konkretnie określona. Nie jest wystarczające określenie części zamówienia, która nie może zostać powierzona podwykonawcy, w sposób abstrakcyjny. Potwierdza to zarówno treść wyżej powołanego wyroku KIO (sygn. akt: KIO 2593/14), jak też treść orzeczenia TSUE z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14 Wrocław - miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju, w której Trybunał zakwestionował możliwość określania części zamówienia, która nie może być powierzona podwykonawcy, w sposób procentowy (czyli także określony nieprecyzyjnie).

Prezes UZP podkreślił, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie uznał żadnej części robót za kluczową, zaś z jego wyjaśnień wynika, że jego intencją było, aby jakakolwiek część robót została wykonana przez wykonawcę. Jednocześnie fakt, że wystarczające było, aby wykonawca zrealizował samodzielnie jakąkolwiek część, potwierdza, że w istocie żadna część nie była kluczowa. Zamawiający określił zatem zakaz podwykonawstwa w sposób abstrakcyjny: podwykonawca nie może wykonać całości robót, ale jednocześnie obojętne jest, którą część wykona on, a którą sam wykonawca. Taka konstrukcja zakazu potwierdza, że żadna część nie była kluczowa, skoro mogła być wykonana obojętnie przez kogo: podwykonawcę lub wykonawcę, o ile tylko cokolwiek wykona sam wykonawca. W konsekwencji zakaz ustanowiony przez Zamawiającego w klauzuli 4.4. był niezgodny z art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż wyłączał powierzenie całości robót podwykonawcy w sytuacji, gdy żadna część tych robót nie była kluczowa.

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego, dotyczących konieczności powierzania wykonania zamówienia wyłącznie podmiotowi zweryfikowanemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, Prezes UZP wskazał, że należy je co do zasady uznać za słuszne, co jednak nie zmienia faktu, że powoływany przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się do „udzielenia zamówienia”, czyli do zawarcia umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy, nie odnosi się zaś do samej realizacji

zamówienia przez takiego wykonawcę. Ponadto, art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nie wyłącza stosowania obowiązujących również w dniu wszczęcia niniejszego postępowania art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, które jak wskazano wyżej, poza wyjątkiem dotyczącym kluczowej części zamówienia, dopuszczają powierzenie całości zamówienia podwykonawcy (każdej części, czyli również wszystkich).

Odnosząc się natomiast do zapadłego w sprawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt 1394/16) zauważono, że rozpatrując odwołanie KIO orzeka w granicach podniesionych zarzutów, tymczasem odwołujący nie kwestionował w odwołaniu zgodności klauzuli 4.4. z przepisami ustawy Pzp. Wskazany wyrok KIO dotyczył oceny zarzutów odwołania podniesionych na etapie czynności badania i oceny ofert, a nie etapu oceny postanowień SIWZ.

W związku z powyższym podtrzymano stanowisko, że Zamawiający faktycznie ograniczając udział podwykonawców w realizacji zamówienia bez zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, dopuścił się naruszenia art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego w części zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie nie są kwestionowane przez Zamawiającego, stąd też Izba uznaje je własne i dokonana oceny zastrzeżeń na ich gruncie.

I.

Przechodząc do oceny zastrzeżeń zgłoszonych w przedmiocie naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż w istocie spór pomiędzy stronami jest sporem co do prawa a nie co do faktów. Niesporne bowiem pozostaje, że cena oferty najkorzystniejszej jest niższa o 63,84% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o 42,45% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert (przed poprawkami) i 42,52% (z uwzględnieniem poprawek).

Przedmiotem rozstrzygnięcia jest więc udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, bowiem taki obowiązek kreuje dla niego wskazany przepis, czy też miał w tym względzie swobodę decyzji.

W świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym w czasie prowadzenia postępowania), jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do

przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W ocenie Izby, przepis ten wykreował do zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w dwóch przypadkach (kazuistycznie zarysowanych):

a) gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub

b) gdy cena oferty jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Jednocześnie nie oznacza to, że katalog sytuacji, w których aktualizuje się wskazany obowiązek zamawiającego ogranicza się jedynie do tych dwóch okoliczności. Otóż, zdaniem Izby, w pozostałych wypadkach, a więc kiedy cena budzi wątpliwości zamawiającego i wydaje się rażąco niska, zamawiający winien również skorzystać z przedmiotowej procedury, choć w tym przypadku przesłanki nie zostały nakreślone ostro.

Podzielić należy więc pogląd Izby wyartykułowany w wyroku z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt: 858/15, w którym wskazano, że: *„W przepisie tym ustawodawca wskazał, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień zawsze wtedy, gdy cena oferty wydaje się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Jako przykład, kiedy cena powinna budzić wątpliwości zamawiającego, ustawodawca podał dwie sytuacje: a) gdy jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub b) gdy cena jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W tych dwóch wypadkach zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, ale mogą istnieć też takie sytuacje uzasadnione specyfiką zamówienia, że wątpliwości powinny u zamawiającego budzić również ceny wyższe niż 30% od wartości szacunkowej czy średniej arytmetycznej ofert, wówczas również zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień.”*

Nadto, zauważyć należy, że linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej w tym przedmiocie jest już ukształtowana i odpowiada poglądom prezentowanym w przedmiotowym orzeczeniu. Wystarczy wskazać na: wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 647/15; wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 637/15; wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 418/15; wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 439/15; wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 417/15.

Odwoływanie się przez Zamawiającego do poglądów doktryny i orzecznictwa należy uznać za nietrafne, gdyż powołane tezy zostały sformułowane w odmiennym stanie prawnym.

Nadto, zdaniem Izby wykładania historyczna przedmiotowego przepisu przemawia za odkodowaniem normy prawnej o prezentowanej treści. Poprzednie brzmienie przepisu w istocie pozostawiało zamawiającemu pewną dowolność co do wdrożenia procedury wyjaśnień, zamawiający na podstawie własnej oceny podejmował decyzję o wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Na gruncie analizowanego przepisu ustawodawca pozostawił zamawiającemu uprawnienie do oceny ceny oferty i jednocześnie sprzęgł z nim obowiązek jej wyjaśnienia w przypadku pojawienia się wątpliwości, jednocześnie wyróżniając dwie okoliczności, które są na tyle istotne, że w przypadku ich zaistnienia (którejkolwiek z nich) cena oferty winna być zbadana w toku wyjaśnień złożonych przez wykonawcę.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego, stwierdzić należy, iż skoro w przedmiotowym postępowaniu cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest niższa o 63,84% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o 42,45% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert (przed poprawkami) i 42,52% (z uwzględnieniem poprawek), to oznacza to, iż zaktualizowały się obydwie przesłanki określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązujące Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy, którego oferta zawiera cenę o wartości poniżej ww. progów, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. Nie realizując powyższego Zamawiający tym samym naruszył wskazany przepis.

Jeśli idzie o stanowisko Zamawiającego, że jego działanie jest zgodne z treścią dyrektywy wskazać należy, że Prezes UZP w odpowiedzi na wyjaśnienia wyraźnie wskazał, że Trybunał Sprawiedliwości UE zaaprobował jako zgodne z prawem UE ustalenie, który zobowiązuje zamawiającego do podjęcia wyjaśnień dotyczących ceny, a z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia w niniejszej sprawie.

Za bezprzedmiotową należy uznać uwagę Zamawiającego, iż punktem dla oceny ofert powinna być wartość przedmiotu zamówienia, a nie kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, bowiem rzeczona ocena była dokonywana właśnie w świetle wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Rozważania Zamawiającego co do okoliczności, które wskazują, z jakich przyczyn cena zakwestionowanej oferty nie budziła wątpliwości Zamawiającego pozostają bez znaczenia wobec przyjęcia przez Izbę, że ziszczenie się kazuistycznie określonych przesłanek z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi podstawę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Reasumując stwierdzić należy, że nie ma racji Zamawiający twierdząc, że to Zamawiający decyduje samodzielnie, czy zachodzi podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny również w okolicznościach ujętych kazuistycznie we wskazanym przepisie. Stanowisko to zostało już przesądzone w orzecznictwie i nie ma żadnych podstaw, żeby je weryfikować. Stąd też, w ocenie Izby, stwierdzenie przez Prezesa UZP naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za prawidłowe.

II.

W dacie wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w zakresie podwykonawstwa obowiązywały przepisy wskazywane przez Zamawiającego i Prezesa UZP w następującym brzmieniu:

Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (art. 36a ust. 1 ustawy Pzp). 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 (art. 36a ust. 2 ustawy Pzp).

W ocenie Prezesa UZP, przywołane wyżej przepisy powinny być rozpatrywane i interpretowane łącznie, co również akceptuje Zamawiający i z tym należy się zgodzić. Jednakże wnioski, do których dochodzą strony, są zgoła odmienne.

Tymczasem, zdaniem Izby, nie powinno budzić żadnych wątpliwości stwierdzenie, że w zamówieniach publicznych zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Wynika to z literalnej treści art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. Powstaje zatem kwestia, jak odczytać regulację z ust. 2 tegoż przepisu. Zamawiający w tym zakresie podzielił również stanowisko Prezes UZP, że jest to regulacja pozwalająca na ograniczenie podwykonawstwa. Izba i te twierdzenia uznaje za słuszne.

Prezes UZP stanął na stanowisku, że jeśli Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie określa kluczowych części, to tym samym nie ma prawa wskazywać, że niedopuszczalne jest podzlecenie całości zamówienia. Z tym rozumowaniem nie zgodził się Zamawiający. Co więcej Prezes UZP wskazał, że za takie nieuprawnione ograniczenie podwykonawstwa uznał postanowienie SIWZ (Kontraktu) o treści: *„Wykonawca nie podzleci całości Robót”*.

W ocenie Izby, zdanie zawarte w SIWZ (Kontrakt, subklauzula 4.4) o treści: „Wykonawca nie podzleci całości Robót” stanowi parafrazę sformułowania zawartego w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. Innymi słowy jest to wskazanie, że wykonawca może podzlecić część robót (część zamówienia), nie może tylko zlecić całości zamówienia swoim podwykonawcom.

Jednocześnie Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia zawartego w art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, tj. nie oznaczył kluczowych części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę. Oznacza to, że Zamawiający wskazał jedynie przyszłemu wykonawcom, iż nie akceptuje podzlecenia całości Robót (całości zamówienia). Mogą zatem wykonawcy powierzyć podwykonawcom każdą część zamówienia, byle one łącznie nie objęły jego całości. Takie działanie pozostaje w zgodzie z przywołanymi regulacjami Pzp.

W ocenie Izby, prawidłowa wykładnia ustępów 1 i 2 przepisu art. 36a Pzp powinna być następująca. Przepis ust. 2 art. 36a ustawy Pzp pozwala Zamawiającemu na ograniczenie podwykonawstwa wyłącznie poprzez rodzajowe wskazanie prac, które muszą być wykonane osobiście przez wykonawcę i są kluczowymi elementami danego zamówienia. To uprawnienie polega na tym, że ustawodawca przyznał zamawiającym prawo do określenia, że w całym zamówieniu są takie części (mające charakter kluczowych), które nie mogą być w danym postępowaniu podzlecane podwykonawcom.

Jednakże uprawnienie to nie zmienia treści ust. 1 art. 36a ustawy Pzp, bowiem ani zamawiający ani wykonawca nie mogą zdecydować, iż w danym zamówieniu możliwe będzie podzlecenie całości zadania do wykonania. Zatem, zamawiający w ramach uprawnienia wynikającego z ust. 2 art. 36a ustawy Pzp może jedynie dokonać wyboru konkretnych elementów (części zamówienia), co do których nie będzie działał art. 36a ust.1 ustawy Pzp.

Jeśli więc zamawiający nie określił zakazu rodzajowego dla części robót, co do których obowiązuje zakaz podzlecenia, to oznacza to, że jedynie powtórzył zasadę zakazu podzlecenia całości zamówienia określoną w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp.

Takie działanie właśnie przeprowadził Zamawiający w rozpatrywanym postępowaniu. Odmienna interpretacja kwestionowanych postanowień SIWZ (Kontraktu), zdaniem Izby, jest nieuprawniona i wykraczająca poza reguły wykładni przepisu art. 36a ustawy Pzp.

Zwrócić należy również uwagę, że przedmiotowe stanowisko prezentowane już było w orzecznictwie. Wystarczy wskazać na orzeczenie Izby z dnia 11 czerwca 2014 r., sygn. akt: 1075/14, w którym wskazano: „*Odnosząc się do dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa przy realizacji zamówienia publicznego Izba powzięła wątpliwość, co do możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia w całości. Należy mieć bowiem na względzie, że zarówno przepis art. 36a ust. 1 P.z.p., jak i definicja umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b P.z.p.) odnoszą się explicite do realizacji części zamówienia. Należy również zwrócić uwagę na odmienną konstrukcję przepisu art. 36a ust. 1 P.z.p. i jego poprzednika w*

postaci art. 36 ust. 5 in principio P.z.p., który traktował o możliwości powierzenia wykonania zamówienia bez doprecyzowania, czy chodzi o jego całość, czy tylko oznaczoną część, podczas gdy obecnie obowiązujący przepis P.z.p. takie wskazanie zawiera. Izba dostrzega wprawdzie, że taka interpretacja art. 36a ust. 1 P.z.p. rodzić może trudności w ustaleniu znaczenia użytego w nim pojęcia "części zamówienia" (de lege lata nie jest wiadome, czy należy odnosić je tylko do sytuacji, w których - zgodnie z przepisem art. 36 ust. 2 pkt 1 P.z.p. - przedmiot zamówienia podzielony został na części, czy też do wszystkich udzielanych przez zamawiających zamówień, a jeśli tak, to czy i w jaki sposób określać minimalny poziom partycypacji wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w realizacji zamówienia publicznego), co nie zmienia faktu, że w jego świetle faktyczne scedowanie realizacji całości zamówienia na podmiot trzeci wydaje się niedopuszczalne. Przeciwnie zapatrywanie prowadziłoby bowiem do obejścia wyrażonej w art. 7 ust. 3 P.z.p. zasady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami. Dodać należy, że prezentowana przez Przystępującego liberalna interpretacja przepisu art. 36a ust. 1 P.z.p. prowadziłaby w istocie do sytuacji, w której zamawiający, do czasu rozpoczęcia realizacji udzielonych zamówień, nie mieliby wiedzy o tym, jaki podmiot będzie je faktycznie realizował, bowiem wskazania nazw (firm) podwykonawców mogą żądać jedynie w sytuacji, w której wykonawca powołuje się na ich zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b P.z.p., celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (argument z art. 36b ust. 1 P.z.p.). Możliwą konsekwencją takiej interpretacji przepisów dotyczących podwykonawstwa byłoby również funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywanie przetargów (także za pomocą potencjału podmiotów trzecich), nie zaś realizacja zakontraktowanych z zamawiającymi zamówień.

Izba nie podziela zapatrywania, jakoby możliwość powierzenia realizacji zamówienia w całości podwykonawcy wynikała z łącznej wykładni przepisów art. 36a ust. 1 i 2 P.z.p. Zdaniem Izby druga z przywołanych regulacji wyznacza dopuszczalne granice odstępstw od zasady podwykonawstwa (nawet na gruncie obowiązujących przepisów podwykonawstwo jest nadal regułą, doznającą wszak jeszcze jednego wyjątku, o którym mowa była powyżej), w ramach których zamawiającemu nie można czynić zarzutu jej naruszania. Nie wynika z niej natomiast, jakoby nieskorzystanie z przewidzianych tam zastrzeżeń osobistego wykonania zamówienia powodowało możliwość powierzenia jego realizacji w całości podwykonawcy. Podkreślić należy, że gdyby wolą ustawodawcy było w istocie utrzymanie takiego rozwiązania, to zarówno przepis art. 36a ust. 1 P.z.p., jak i art. 2 pkt 9b P.z.p. zostałyby skonstruowane inaczej".

Reasumując stwierdzić należy, że z przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp wynika zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy. Teza ta wpisuje się również w przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia

udziela się wyłącznie wykonawcy, a nie podwykonawcy. Z kolei przepis art. 36a ust. 2 ustawy Pzp daje zamawiającemu uprawnienie do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania określonych części zamówienia przez wykonawcę, jednakże brak takiego zastrzeżenia, w ocenie Izby, nie powoduje, że możliwe jest wtenczas wykonanie całości zamówienia przez podwykonawcę, bowiem to sprzeciwiałby się treści przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo wskazać należy, że stanowisko Prezesa UZP, iż naruszenie art. 36a ust. 1 i 2 ustawy Pzp „mogło mieć wpływ na wynik postępowania”, a wynika to z faktu, że wobec odrzucenia ww. oferty Zamawiający nie wezwał wykonawcy SKANSKA S.A., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie znajduje uzasadnienia. Skoro bowiem Izba weryfikując, w toku postępowania odwoławczego, decyzję Zamawiającego co prawidłowości odrzucenia oferty złożonej przez SKANSKA S.A. doszła do przekonania, że decyzja ta była prawidłowa, to nie ma żadnej możliwości, gdyby nawet takie naruszenie zostało stwierdzone, wpływu na wynik postępowania, bowiem z mocy przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wzywa się wykonawcy do uzupełnienia określonych dokumentów czy też oświadczeń, jeśli oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

W okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca SKANSKA S.A. nie mógłby być wezwany do uzupełnienia dokumentu, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skoro jego oferta została skutecznie odrzucona jako, że Izba podtrzymała decyzję Zamawiającego w tym zakresie (sygn. akt: KIO 1394/16).

Wobec powyższego, skład orzekający Izby, wyraził opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....