

Szczecin, 14.04.2020

Nr referencyjny: OZ-092/1/IP-2/2020

DO WYKONAWCÓW

dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty, o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, pod nazwą „Poprawa dostępu do portu w Szczecinie w rejonie Basenu Kaszubskiego”.

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) Zamawiający na pytania z dnia 13.03.2020 Zestaw 8 udziela następujących wyjaśnień:

1.

W związku z prowadzonym przez Państwa postępowaniem pn.: „Poprawa dostępu do portu w Szczecinie w rejonie Basenu Kaszubskiego”, zwracam się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

1. Czy Zamawiający zmieni brzmienie punktu 6.1 SIWZ?

Zamawiający w punktach 6.1 oraz 6.2 SIWZ, zawarł następujący zapis:

„6.1. Jeśli Wykonawca zamierza przy realizacji zamówienia powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy(om), Zamawiający żąda wskazania w ofercie tej/tych części zamówienia oraz podania przez Wykonawcę firm podwykonawców.

6.2. Jeśli Wykonawca nie wypełni w formularzu ofertowym informacji o podwykonawcach, oznaczać to będzie, że zamówienie wykona samodzielnie, bez udziału podwykonawców”.

Bardzo proszę o zmianę zapisu w punkcie 6.1. na np. następujący: 6.1. Jeśli Wykonawca zamierza przy realizacji zamówienia powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy(om), Zamawiający żąda wskazania w ofercie tej/tych części zamówienia oraz jeśli jest to możliwe i wiadome, podania przez Wykonawcę wykazu proponowanych podwykonawców (jeżeli nazwy firm podwykonawców są Wykonawcy znane na etapie składania ofert).

Powyższe, motywuję przede wszystkim faktem, iż:

1. Ugruntowane już orzecznictwo KIO w tym zakresie, jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający nie ma podstaw do żądania od Wykonawców wskazania w ofercie konkretnych firm podwykonawców (podania nazw ich firm), co zresztą wynika z samej konstrukcji brzmienia art. 36 b ust. 1, 1a oraz 1b.

W wyroku KIO z dnia 17 listopada 2017 r. o sygnaturze akt: KIO 2320/17, Izba wskazała jednoznacznie, iż: „Art. 36b ust. 1 ustawy Pzp skierowany jest do Zamawiającego i zawiera dwa elementy żądania tj. wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców oraz wskazuje na zamiar powierzenia części zamówienia. W ocenie Izby zamiar powierzenia określonych części

zamówienia podwykonawcom, nie oznacza konieczności wskazania firm podwykonawców na etapie składania ofert, w sytuacji gdy wykonawca nie polega na zasobach tych podmiotów. Wskazuje na to także ust. 1a tego przepisu, z którego wynika, iż w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, a także ust. 1b, ust. 2 ustawy Pzp, stosownie do których czas żądania złożenia oświadczenia o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom ze wskazaniem ich firm i części powierzanych do wykonania, jak również możliwość zmiany tych danych w trakcie realizacji zamówienia, może być różny...”.

Podobnie określono w wyroku KIO z dnia 24 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 242/17; KIO 258/17): „wymóg podania podwykonawców zawarty w art. 36b ust. 1 p.z.p. nie jest tak bezwzględny, jak wynika to bezpośrednio z jego brzmienia i musi być interpretowany w kontekście innych przepisów. (...) Dodatkowo należy zwrócić uwagę na treść art. 71 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, zgodnie z którą w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców”.

2. Ponadto, podkreślenia wymaga fakt, iż w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówień Publicznych (JEDZ), w punkcie „D” części II, który dotyczy zamiaru zlecenia przez wykonawcę osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia, w miejscu przeznaczonym na odpowiedź jasno wskazano „[] Tak [] Nie - Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców”.

W przytaczanym już powyżej wyroku KIO z dnia 04 września 2020 r., o sygnaturze akt: 1756/17, Izba stwierdziła, iż: „...Należy również zwrócić uwagę na treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (pkt D Informacje dotyczące podwykonawców), gdzie wykonawca wskazuje, czy zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia, jeśli tak – to podaje wykaz proponowanych podwykonawców jeśli jest mu to wiadome. Zatem niewątpliwie dokument ten dopuszcza sytuację, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana.”

W innym wyroku KIO z dnia 18 grudnia 2017 r., o sygnaturze akt: 2543/17, Izba wskazała podobnie: „W ocenie Izby wskazanie przez wykonawcę firm podwykonawców stanowi informację wtórną, gdyż na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Ponadto, art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie obejmuje stricte żądania podania „wszystkich firm podwykonawców”, a jedynie pewnego projektu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę. Stanowisko Izby wydaje się być tym bardziej słuszne z uwagi na kształt i treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia dopuszczającego sytuację, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana”.

3. Nie można pominąć faktu, iż podany w ofercie przez wykonawcę wykaz podwykonawców, ma charakter jedynie informacyjny. Wykaz proponowanych podwykonawców, to jedynie pewnego rodzaju projekt listy. Wykaz ten, zgodnie z brzmieniem ustawy Pzp, może zostać przez wykonawcę zmieniony. Wykonawca może zastąpić proponowanego podwykonawcę innym podwykonawcą, jak również może ostatecznie samodzielnie wykonać zakres jaki początkowo planował powierzyć podwykonawcy. W związku z faktem, iż wykaz proponowanych podwykonawców stanowić może jedynie listę wtórną gdyż na etapie realizacji zamówienia dojść może do zmiany takiego podwykonawcy, tym bardziej niezasadnym wydaje się wymóg podania nazw podwykonawców już na etapie składania ofert. Dodatkowo, oczywistym jest

również, iż na etapie przygotowywania oferty, potencjalni wykonawcy nie wiedzą jaki będzie wynik postępowania, kiedy postępowanie zostanie rozstrzygnięte i udzielone, tym bardziej nie wiedzą czy uda im się dane zamówienia uzyskać – w świetle takiego stanu rzeczy, również potencjalni podwykonawcy nie mają takiej pewności a w związku z tym ich deklaracja przed złożeniem jeszcze oferty do Zamawiającego, nie ma charakteru wiążącego, a co więcej może być ona w ogóle niewypowiedziana. Inaczej jest oczywiście w przypadku podmiotów trzecich udostępniających zasoby, niemniej w punkcie 6.1 SIWZ nie jest o nich mowa.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 192/17, Izba orzekła, iż „*przepis art. 36b ust. 1 p.z.p. skierowany jest do Zamawiającego. To Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców (...). Co do wykonawców zauważyć należy, że – w przepisie tym ustawodawca posługuje się pojęciem „zamiaru”, co wskazywałoby, że wykonawca ma podać na etapie składania oferty – w przypadkach gdy część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, co zamawiający dopuścić – firmy, nazwy proponowanych podwykonawców, które są mu na daną chwilę znane. (...) Ewentualne ograniczenie wykonawców – w zakresie swobody doboru podwykonawstwa (podania nazw, firm podwykonawców) – możliwe jest tylko na etapie realizacji zamówienia, gdyż niewątpliwie podwykonawstwo dotyczy właśnie tej fazy postępowania o udzielenie zamówienia i samo podwykonawstwo (podanie nazw, firm podwykonawców) w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wtórny, istotne znaczenie ma treść oferty, w rozumieniu opisu i wskazania zakresu zobowiązania, które wykonawca na siebie przyjmuje i które zaciąga. Wobec powyższego informacje dotyczące podwykonawstwa – podania ich nazw, firm – nie stanowią treści oferty w rozumieniu przepisów art. 87 i 89 p.z.p.*”

Jak zostało wskazane przez Włodzimierza Dzierżanowskiego (Zam.Pub.Dor.2016/6/42-47), „Zamiar nie jest niezmiennym składnikiem oświadczenia woli. Wykonawca nie musi więc z niego skorzystać tj. zawsze może wykonać zamówienie samodzielnie mimo, iż zamierzał z podwykonawstwa (nie oferującego potencjału podmiotu trzeciego) korzystać”.

W wyroku KIO z dnia 17 kwietnia 2018 r. o sygn. akt KIO 606/18, Izba orzekła, iż: „*Wskazać należy, że zobowiązanym do realizacji zamówienia w myśl umowy jest zawsze wykonawca, a nie podwykonawca. Kwestia, czy wykonawca wykona zamówienie swoimi siłami, czy też przy pomocy podwykonawców nie jest istotą umowy o realizację zamówienia z zastrzeżeniem odmienności sytuacji, kiedy Zamawiający ustali kluczową dla niego część zamówienia, którą winien wykonać samodzielnie wykonawca. Kwestia wykonywania zamówienia przy pomocy podwykonawców jest uprawnieniem wykonawcy i stosowanie restrykcyjnych wymagań w tym zakresie jest nieuzasadnione. Wskazać należy na fakt, iż w szczególności przy postępowaniach, gdzie realizacja zamówienia trwa wiele lat, byłoby nierozważnym wymaganie od wykonawcy, aby podał w sposób wiążący i nieodwołalny nazwy podwykonawców i pełny zakres robót, które powierza podwykonawcom. Przy dynamicznych zmianach rynku wykonawców za rok czy dwa, kiedy dany podwykonawca miałby rozpocząć wykonywanie części zadania, mogą nastąpić zmiany organizacyjne wskazanych podwykonawców skutkujące nie tylko zmianą ich nazwy, ale także zakresem możliwym do wykonania prac, które taki wykonawca po dokonanych przekształceniach będzie mógł wykonać. Tym samym uznawanie, iż kwestie dotyczące wskazania nazw podwykonawców oraz dokładnego zakresu robót, które przypadną do wykonania podwykonawcy, stanowią treść oferty, jest, zdaniem Izby, niezasadne.*”

Wobec powyższego, tak jak na wstępie, proszę o modyfikację przedmiotowego punktu jak na wstępie.

Odp.

Zamawiający nie dokona zmiany zapisów siwz, ponieważ są one zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca w formularzu ofertowym ma obowiązek tylko wpisać zakres prac, a pozostałe informacje wypełnia zgodnie z wymogami STANDARDOWEGO FORMULARZA JEDNOLITEGO EUROPEJSKIEGO DOKUMENTU ZAMÓWIENIA.