

Sygn. akt: KIO 3111/24

WYROK

Warszawa, dnia 11 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych „HAK” S. B., ul. „Adama Próchnika 25, 97-300 Piotrków Trybunalski w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gmina Czarnocin, ul. Główna 142, 97-318 Czarnocin

przy udziale przystępującego po stronie Zamawiającego – Wykonawcy S. i Synowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje odrzucenie oferty Wykonawcy S. i Synowie Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Ustawy i powtórzenie czynności oceny ofert.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Gminę Czarnocin i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego;
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony odwołującej poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 3111/24

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Czarnocin, w trybie podstawowym bez negocjacji na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości, na których zamieszkuje mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Czarnocin, powiat piotrkowski, woj. łódzkie (nr postępowania: RIP.271.11.2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.06.2024 r., S 122/2024 376698-2024, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty wybranej, wniesione zostało w dniu 26.08.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. (sygn. akt KIO 3111/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3, pkt 4 ustawy pzp w zw. art. 239 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 17 ust 2 ustawy pzp w zw. z art. 8 ustawy pzp w zw. z art. 58 kc w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta Wykonawcy S. i Synowie Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy została złożona w sposób niezgodny z ustawą pzp i jako taka powinna podlegać odrzuceniu, z uwagi na fakt, że wykonawca S. i Synowie Sp. z o.o. w treści złożonej oferty przewidział zlecenie podwykonawcy do 100% przedmiotu zamówienia. Zatem oferta wykonawcy S. i Synowie Sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt, że nie jest dopuszczalne na gruncie ustawy pzp powierzenie 100% przedmiotu zamówienia podwykonawcy. W konsekwencji powyższego Zamawiający w sposób nieprawidłowy, z naruszeniem ustawy pzp dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo, że oferta ta jako złożona z naruszeniem art. 462 ust. 1 ustawy pzp jest niezgodna z przepisami ustawy. Jednocześnie taka czynność Zamawiającego naruszyła zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, z pokrzywdzeniem odwołującego, który złożył ofertę zgodną z ustawą.

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. art. 239 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy pzp w zw. z 17 ust 2 ustawy pzp zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, ponieważ Zamawiający w rozdziale 5 „Podwykonawstwo” Str. 9 SWZ przewidział możliwość zalecenia części zamówienia podwykonawcom, podczas gdy Wykonawca S. i Synowie Sp. z o.o. złożył ofertę, zgodnie z którą zakłada, że powierzy podwykonawcom do 100% przedmiotu

zamówienia. Zatem oferta wykonawcy S. i Synowie Sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt, że nie jest dopuszczalne na gruncie ustawy pzp powierzenie 100% przedmiotu zamówienia podwykonawcy. W konsekwencji powyższego Zamawiający w sposób nieprawidłowy, z naruszeniem ustawy pzp dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo, że oferta ta, jako złożona z naruszeniem art. 462 ust. 1 ustawy pzp i postanowieniami SWZ jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jednocześnie taka czynność Zamawiającego naruszyła zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, z pokrzywdzeniem odwołującego, który złożył ofertę zgodną z ustawą.

Ewentualnie, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu nr 1 i/lub nr 2

3. Naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 16 ustawy pzp w związku z art. 239 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy S. i Synowie Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty, w szczególności pkt 7 formularza oferty, co doprowadziło do przedwczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy treść pkt 7 formularza oferty wykonawcy S. i Synowie Sp. z o.o. wskazuje, że wykonawca ten planuje zrealizować usługę w taki sposób, aby nawet 100% przedmiotu zamówienia powierzyć podwykonawcom, co oczywiście jest niezgodne z ustawą pzp, w szczególności z art. 462 ust. 1 ustawy pzp. Jednocześnie Zamawiający poprzez taką czynność w Postępowaniu dokonał naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z pokrzywdzeniem Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert, dokonania ponownego badania i oceny ofert, ewentualnie wezwania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp wykonawcy S. i Synowie Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie dot. pkt 7 formularza oferty, tj. wyjaśnienia w jaki sposób wykonawca zmierza świadczyć usługę osobiście w jakimkolwiek zakresie, w sytuacji gdy podzleci podwykonawcom 100 % zakresu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający poinformował o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 14.08.2024 r.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na formularz oferty S. i Synowie Sp. z o.o. i oświadczenie dotyczące podwykonawstwa (pkt 7), w którym wskazano części zamówienia, jakie powierzone mają być podwykonawcy: Do 100 % zgodnie z art. 462 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W ten sam sposób opisano % udział w zamówieniu. W ocenie Odwołującego przepisy Ustawy nie dopuszczają powierzenia 100% zamówienia do wykonania podwykonawcy (art. 462 ust. 2, art. 7 pkt 27), wskazując wprost na części zamówienia. Oferta wybrana jest w tym zakresie niezgodna z ustawą i podlega odrzuceniu

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3, 4 i 5. Ponadto oferta jest w tym zakresie niezgodna z warunkami zamówienia (pkt 5 str. 9 swz). Powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcom należy uznać nie tylko za sprzeczne z ustawą, ale czynność taka byłaby również nieważna w świetle art. 58 k.c., jako stanowiąca wyraz obejścia przepisów ustawy.

Wykazana niezgodność jest niemożliwa do usunięcia, co prowadzić musiałoby do poprawienia treści oferty. Procedura wyjaśnienia treści oferty również nie może skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty niezgodnej z ustawą.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w terminie Wykonawca – S. i Synowie Sp. z o.o. z/s w Częstochowie.

#### Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska stron i uczestnika prezentowane ustnie na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Okoliczności sprawy sprowadzały się do oświadczenia z formularza ofertowego wykonawcy S. i Synowie Sp. z o.o., z pkt 7 dotyczącego udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia. Zamówienie obejmuje usługę ciągłą odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w terminie 36 miesięcy, tj. od dnia 01.09.2024 r, do dnia 31.08.2027 r.

W pkt 5, str. 9 swz Zamawiający przywołał regulację ustawową z art. 462, w tym określił zakres badania wobec podwykonawcy (5.2 i 5.3). Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia (5.6).

W formularzu ofertowym, wypełniając w tabeli część dotyczącą wskazania części zamówienia, jaką wykonawca zamierza powierzyć do realizacji, nie została podana nazwa podwykonawcy/podwykonawców, a w opisie „nazwa części zamówienia powierzona podwykonawcy” (kol. 3) i „% udział w zamówieniu” (kol. 4), wykonawca wskazał tą samą informację: Do 100% zgodnie z art. 462 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 462 ust. 1 i 2 Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (1). Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie,

części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani (2).

Izba uwzględniła odwołanie uznając, iż oświadczeniem złożonym w ofercie wykonawca S. i Synowie Sp. z o.o. potwierdził zamiar realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców nawet w pełnym zakresie prac.

Nie była sporna pomiędzy stronami wykładnia przepisów Ustawy, które uniemożliwiają przekazanie do realizacji przez podwykonawcę/ów całości zamówienia. Okolicznością sporną pozostawało natomiast oświadczenie złożone w formularzu ofertowym, którym wykonawca określił zamiar powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy: Do 100% zgodnie z art. 462 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Zamawiający i Przystępujący po jego stronie wykonawca składający to oświadczenie, na odparcie zarzutów z pkt 1 i 2 odwołania podnosili, iż przywołanie art. 462 Ustawy miało wskazywać na zamiar powierzenia w 100% jakiejś części zamówienia, a nie w 100% całości zamówienia.

Izba uwzględniając odwołanie uznała taką argumentację za pozbawioną racji z uwagi na sprzeczność takiego rozumienia z częścią oświadczenia, w którym wykonawca określił procentowy udział w zamówieniu, jako „Do 100% zgodnie z art. 462 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych”. Nie przekonały składu orzekającego argumenty i wykładnia prezentowana przez Zamawiającego i Przystępującego, w której znaczenie określenia użytego w kol. 3 i 4 tabeli „Do 100%” miało zostać nadane odesłaniem do art. 462 Ustawy, jako wyznaczającego zakres zlecenia do „części zamówienia”. Przepis art. 462 Ustawy obejmuje łącznie aż osiem ustępów, zawierających regulację poświęconą podwykonawstwu części zamówienia i sam w sobie wprost nie zawiera zakazu powierzenia w całości realizacji zamówienia przez podwykonawcę. Takie stanowisko wynika z wykładni wykraczającej poza wskazany przepis i ma zasadnicze odniesienie do znaczenia regulacji ustawowej, jako procedury mającej na celu wyłonienie wykonawcy, któremu ma zostać powierzone wykonanie zamówienia publicznego, poddanego ocenie podmiotowej. Stanowisko o braku możliwości powierzenia w całości zamówienia podwykonawcy było wyrażane w kilku orzeczeniach KIO (przykładowo wyrok z 22.07.2024 r., sygn. akt KIO 2306/24, wyrok z 17.04.2023 r., sygn. akt KIO 907/23) i zasadniczo sprowadzało się do wspólnej argumentacji, która znalazła uznanie również w orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych.

W wyroku z dnia 05.05.2021 r., sygn. akt XXIII Zs 11/21 Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał:

W tym miejscu Sąd Okręgowy pragnie przedstawić kilka uwag dotyczących interpretacji dotyczących powierzenia wykonania przedmiotu zamówienia przez podwykonawców. Nie ulega wątpliwości, że na gruncie 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 (art. 2 pkt 9b) jak i w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. te same 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 jak i w nowelizacji z dnia 11 września 2019 r. 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 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.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wyjaśniał, iż złożone oświadczenie należy rozumieć w ten sposób, iż wskazuje na możliwość powierzenia realizacji w całości jakiejś części zamówienia (nieokreślonej) w dowolnym momencie świadczenia umowy. Składając ofertę wykonawca był bowiem władny do wykonania całości zamówienia.

W ocenie składu orzekającego, złożone oświadczenie należy ocenić jako określające w sposób zasadniczy założenie, jakim kierował się wykonawca składając ofertę, przyjmując możliwość powierzenia w całości zamówienia podwykonawcy (do 100 % zamówienia). Nie mają znaczenia dla obecnego rozstrzygnięcia rozważania, jakie znaczenie może mieć dla oceny oferty, wskazanie w ofercie części zamówienia, jakie może być powierzone do realizacji podwykonawcy, czy też wskazanie na konkretnego podwykonawcę. Takie informacje nie zostały bowiem ujęte w oświadczeniu ocenianym w sprawie. Zasadniczym

bowiem było oświadczenie złożone w ofercie wskazujące na możliwość powierzenia całości prac do realizacji podwykonawcy.

W ocenie Izby, taki wniosek jest uzasadniony nie tylko określonym w formularzu procentowym udziałem w zamówieniu podwykonawstwa (do 100%), ale także brakiem jakiegokolwiek określenia, które wskazywałoby na ograniczenie zakresu podwykonawstwa do części zamówienia.

Jedynym argumentem Zamawiającego i Przystępującego, mającym wskazywać na takie zawężenie oświadczenia, było powołanie się na art. 462 Ustawy. W ocenie składu orzekającego ten argument nie jest przekonujący, gdyż wskazany

przepis reguluje szereg innych kwestii związanych z zaangażowaniem podwykonawcy w realizację zamówienia i nie zawiera wprost zakazu powierzenia w całości realizacji zamówienia podwykonawcy. Przykładowo przepis art. 462 odnosi się do obowiązku przekazania informacji zamawiającemu o podwykonawcach przed przystąpieniem do wykonania zamówienia (ust. 3 i 4), możliwości nadania przez zamawiającego, czy wobec podwykonawcy nie zachodzą podstawy do wykluczenia (ust. 5 i 6), jak i zmiany podwykonawcy (ust. 7). Analiza art. 462 Ustawy wskazuje na szerszą regulację obejmującą zaangażowanie w zamówieniu podwykonawcy, w tym skutki, jakie dla wykonawcy się z tym wiążą tak na etapie składania oferty, jak i samej realizacji zamówienia. Zgodnie z ust. 8 powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.

W ocenie składu orzekającego wskazanie w oświadczeniu na regulację ustawową z art. 462 miało wyłącznie takie znaczenie, że wykonawca potwierdził, iż udział podwykonawcy nakładać będzie obowiązki związane z przestrzeganiem zasad opisanych w tym przepisie. Oświadczenie to w żaden sposób nie zmienia określonego udziału procentowego w zamówieniu, części jakie wykonawca mógłby zlecić do realizacji. Określenie „do 100%” oznacza, iż nie można wykluczyć, że zamówienie w całości będzie zlecane podwykonawcy do realizacji. Wskazuje na to chociażby brak identyfikacji części zamówienia, nazwy podwykonawcy, co otwiera wykonawcy pełną dowolność na etapie realizacji zamówienia. Zlecenie w całości prac podwykonawcy będzie zgodne ze złożoną ofertą, którą Zamawiający przyjął dokonując jej wyboru, jednocześnie wypaczając istotę umowy o zamówienie publiczne, której wykonawcą miał być podmiot wybrany na podstawie przepisów Ustawy.

Wykonawca, jako profesjonalny uczestnik rynku musi brać odpowiedzialność za oświadczenia składane na etapie oferty. W ocenie Izby był to zabieg celowy, umożliwiający swobodne wykorzystanie własnych zasobów, które nie koniecznie będą musiały być zaangażowane w realizację tej konkretnej umowy.

W tych okolicznościach, Izba uznała, iż wybór oferty S. i Synowie Sp. z o.o., naruszał przepisy Ustawy. Oferta jako niezgodna z Ustawą oraz warunkami zamówienia zakładała możliwość zlecenia całości prac podwykonawcy, co nie zostało w żaden sposób ograniczone w ofercie, a tym samym uzasadniało konieczność akceptacji sytuacji, w której całość prac będzie powierzona do wykonania podwykonawcy.

Na tej podstawie Izba uznała zasadność odwołania i nakazała unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucić ofertę S. i Synowie Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Ustawy i powtórzyć czynność oceny ofert pozostałych w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 oz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł oraz uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego wykazane rachunkiem złożonymi przed zamknięciem rozprawy ograniczone do wysokości 3.600 zł i obciążyła nimi w całości Zamawiającego.

Przewodnicząca: .....