

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 roku przez Odwołującego wykonawcę: **BFI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Zakład Utylizacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę: BFI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2104/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Świadczenie usługi transportu odpadów luzem i/lub w balotach pomiędzy Zakładem Utylizacyjnym w Gdańsku

ul. Jabłoniowa 55 a Portem Czystej Energii w Gdańsku ul. Jabłoniowa 55”, numer postępowania: 4/TP/2024, zwane dalej Postępowaniem. Postępowanie prowadzone jest

w trybie podstawowym zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00338576/01 z dnia 24 maja 2024 roku.

W dniu 17 czerwca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę BFI Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, zwanego dalej „Odwołującym” wobec:

1) niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: transport odpadów luzem i/lub w balotach pomiędzy Zakładem Utylizacyjnym w Gdańsku ul. Jabłoniowa 55 a Portem Czystej Energii w Gdańsku ul. Jabłoniowa 55, tj.:

a) czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego BFI sp. z o.o., jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu, mimo że oferta Odwołującego była zgodna zarówno z warunkami postępowania jak i brzmieniem art. 462 ust. 1 Pzp, na który Zamawiający się powołuje;

b) czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.U.T.H. TRANS – HEL – HALIN/ JĘDRZEJEWSKA, 93 – 318 Łódź ul. Strażacka 11, NIP 7260018153, pomimo, że oferta w/w wykonawcy przewyższała ofertę Odwołującego o kwotę 25.682,40 zł., w związku z czym, gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, oferta wybranego Wykonawcy nie powinna otrzymać 100 punktów

2) oraz od zaniechania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą transport odpadów luzem i/lub w balotach pomiędzy Zakładem Utylizacyjnym w Gdańsku ul. Jabłoniowa 55 a Portem Czystej Energii

w Gdańsku ul. Jabłoniowa 55 (sygnatura akt 4/TP/2024) polegających na wyborze oferty Odwołującego jako spełniającej warunki SIWZ i jednocześnie oferującej najniższą cenę brutto.

Powyższym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2) lit) b oraz art. 226 ust. 1 pkt 3) UPzp przez przyjęcie, że oferta Wykonawcy

była sprzeczna z ustawą, gdyż zgodnie art. 462 ust. 1 Pzp „wykonawca może powierzyć wykonanie jedynie części zamówienia podwykonawcy”, co nie wynika z tego przepisu, który nie wyłącza możliwości powierzenia podwykonawcy całości zamówienia, zatem oferta Odwołującego nie pozostawałaby w sprzeczności z art. 462 ust. 1 Pzp;

2) naruszenie art. 462 ust. 1 Pzp przez przyjęcie, że przepis ten wyłącza możliwość powierzenia przez Wykonawcę całości zamówienia publicznego podwykonawcy, podczas gdy przepis ten tej kwestii nie rozstrzyga, regulując wyłącznie zasady powierzenia wykonywania zamówienia w części i w konsekwencji poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z tym przepisem

3) naruszenie art. 17 ust. 2 Pzp poprzez przyjęcie, że powierzenie 100 % zamówienia podwykonawcy prowadzi do omijania zasady wynikającej z tego przepisu i jest sprzeczne z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego i wiarygodnego wykonawcy do realizacji zamówienia, w sytuacji, w której przedmiotem zamówienia są usługi transportowe, w związku z czym z uwagi na brzmienie art. 5 ustawy Prawo przewozowe, powierzenie przez przewoźnika wykonania przewozu innym przewoźnikom nie zwalnia go z odpowiedzialności za ich czynności – odpowiada za nie jak za własne.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania poprzez:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jako niezgodnej z art. 462 ust. 1 Pzp.,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez P.U.T.H. TRANS – HEL – HALINA JĘDRZEJEWSKA, jako najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez BFI sp. z o.o. .

2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w postaci opłaty od odwołania oraz kosztów ze spisu kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

3. o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów (znajdujących się w dokumentach postępowania):

- 1) Ogłoszenie o zamówieniu Usługi 4/TP/2024 Transport odpadów luzem i/lub w balotach pomiędzy ZU w Gdańsku ul. Jabłoniowa 55 a Portem Czystej Energii w Gdańsku ul. Jabłoniowa 5 - celem wykazania faktu określenia przez Zamawiającego istotnych warunków zamówienia oraz określenia przez Zamawiającego wymagań zamówienia, w tym zwłaszcza niezastrzeżenia w treści oferty obowiązku osobistego wykonania jakiegokolwiek części zamówienia przez Odwołującego,
- 2) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - celem wykazania faktu określenia przez Zamawiającego istotnych warunków zamówienia oraz określenia przez Zamawiającego wymagań zamówienia, w tym zwłaszcza niezastrzeżenia w treści oferty obowiązku osobistego wykonania jakiegokolwiek części zamówienia przez Odwołującego,
- 3) oferty Odwołującego z dnia 31 maja 2024 r. wraz z załącznikami – celem wykazania faktu, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza, a ponadto zgodna z SWZ i obowiązującymi przepisami, w tym art. 462 Pzp,
- 4) Informacja Zamawiającego z otwarcia ofert – celem wykazania faktu, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza z uwagi a zaoferowanie najniższej ceny a oferta złożona przez P.U.T.H. TRANS – HEL – HALINA JĘDRZEJEWSKA uplasowała się na drugim miejscu,
- 5) Informacji Zamawiającego z dnia 12.06.2024 w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego – celem wykazania faktu odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów i wyboru oferty wykonawcy, która powinna uplasować się na drugim miejscu z uwagi na fakt, że zawierała wyższą cenę niż oferta Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania albowiem

ww. środek ochrony prawnej polegający na wniesieniu odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Interes Odwołującego we wniesieniu przedmiotowego odwołania polega na tym, że oferta Odwołującego jako wykonawcy została odrzucona. Gdyby Zamawiający, zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami, nie odrzucił oferty, z uwagi na zaoferowanie przez Odwołującego najniższej ceny brutto, Odwołujący jako wykonawca uzyskałby zamówienie

i otrzymałby środki finansowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia.
Zatem Odwołujący poniósł szkodę polegającą na braku uzyskania środków finansowych za wykonanie zamówienia publicznego.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny sprawy.

Zadawający określił, że za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą całkowitą liczbę punktów w kryterium cena. Kryterium oceny ofert była wyłącznie cena, waga tego kryterium to 100.

W pkt 39 SIMZ Zamawiający dopuścił możliwość korzystania z usług podwykonawców, wskazując:

Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę wszystkich tych części zakresu przedmiotu zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Wskazanie niniejszego winno nastąpić w Formularzu Oferty.

Jednocześnie Zamawiający nie zobowiązał wykonawców do osobistej realizacji jakiegokolwiek części zamówienia.

Pismem z dnia 7 czerwca 2024 r. Zamawiający przekazał informacje z otwarcia ofert. Ofertę złożyło trzech wykonawców, tj.:

- 1) Odwołujący – cena brutto oferty 856.080,00 zł
- 2) wybrany wykonawca – P.U.T.H. TRANS – HEL HALINA JĘDRZEJEWSKA – cena brutto oferty 881.762,40 zł
- 3) Senda sp. z o.o. – cena brutto oferty 1.332.631, 20 zł

Pismem z dnia 12 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty P.U.T.H. TRANS – HEL HALINA JĘDRZEJEWSKA i o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b or art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 462 ust. 1 Pzp.

Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający wskazał, że powierzenie 100% zamówienia podwykonawcy jest „niezgodne z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie jedynie części zamówienia podwykonawcy. Nie jest zatem możliwe powierzenie podwykonawcy całości zamówienia, o które dany wykonawca się ubiega (...), gdyż w rzeczywistości Wykonawca nie wykonuje przedmiotu zamówienia. Powierzenie 100% zamówienia podwykonawcy prowadzi do omijania zasady wynikającej z art. 17 ust. 2 Pzp, a także byłoby sprzeczne z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego i wiarygodnego wykonawcy do realizacji zamówienia.

Odwołujący nie zgadza się z powyższym stanowiskiem, w tym zwłaszcza dokonaną przez Zamawiającego interpretacją art. 462 ust 1 Pzp, niezgodną z jego językową wykładnią.

Zakaz powierzania przez wykonawcę całości zamówienia podwykonawcy nie wynika z przepisów Pzp. Nie został też sformułowany w art. 462 ust. 1, na który powołuje się Zamawiający. Zgodnie z tym przepisem:

Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

Ustawodawca nie dookreślił, w jakiej części wykonawca może powierzyć zamówienie podwykonawcy – czy w 10%, 50% czy nawet w 99,99%, a więc praktycznie wyczerpującej całość zamówienia, co prowadzi do wniosku, że wykonawca nie jest w tym zakresie ograniczony.

Takie stanowisko wynika choćby z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3.02.2015 r., KIO 2776/14

„(...) wątpliwe jest, by ustawodawca przez takie sformułowanie przepisów chciał zakazać zlecenia generalnego podwykonawstwa - bardziej prawdopodobne jest to, że standardowo odniósł się do najczęstszej sytuacji, tj. zlecenia wykonania części zamówienia jednemu lub większej liczbie podwykonawców. Przy tym należy zwrócić uwagę, że gdyby przyjąć taką interpretację, wykonawca nie mógłby zlecić podwykonawstwa w 100%, ale w części 90% czy 99% już tak, co byłoby nielogiczne.

Umożliwił natomiast Zamawiającemu zastrzeżenie osobistego wykonania konkretnej części zamówienia, mające kluczowe znaczenie dla realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 121 Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

- 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Z przepisów tych można zatem wyprowadzić normę, że co do zasady nie jest wykluczone powierzenie podwykonawcy wykonania 100 % zamówienia, chyba, że zamawiający wprost określi, że kluczowe zadania muszą być zrealizowane przez wykonawcę. Wówczas podwykonawstwo będzie dotyczyło wyłącznie tych pozostałych, nie zastrzeżonych dla wykonawcy zadań.

Na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z 21 maja 2014 r., KIO 923/14: wskazała:

Zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy P.z.p., wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Przepis ten wprowadza wyjątek od ogólnej zasady możliwości powierzenia realizacji całości lub części zamówienia podwykonawcom i jako taki powinien być stosowany w sposób ścisły.

Ograniczenie możliwości podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa bowiem na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. Tym samym, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji.

Możliwość zatrudniania podwykonawców jest jednym z podstawowych uprawnień wykonawcy w toku realizacji zamówienia publicznego. Na mocy art. 462 Prawa zamówień publicznych wykonawca pozostaje w pełni uprawniony do realizowania zamówień publicznych przy ich pomocy. Wykonawca zatrudnia podwykonawcę na własny koszt i ryzyko, zobowiązany jest więc do kontroli wykonywanych przez niego prac, w tym do odbioru, łączenia poszczególnych elementów, a finalnie do zaoferowania tej pracy zamawiającemu jako świadczenia własnego (tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2023 r., KIO 507/23).

Zatem jeśli zamawiający nie zastrzeże obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zadania, wykonawca nie ma przeszkód do powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom. Na taką interpretację w/w przepisów wskazuje piśmiennictwo:

„W niezmienionym brzmieniu pozostał przepis zezwalający wykonawcy na powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Przepis ten budzi wątpliwości w zakresie ustalenia, czy zezwala na powierzenie przez wykonawcę realizacji całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom. W przypadku gdy zamawiający nie przewiduje zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zadania, wykonawca nie ma przeszkód do powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom” E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran,

A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 462.

Podobnie:

„Trzeba dostrzec swoistą subtelność regulacji art. 462 ust. 1 Pzp (podobnie zresztą jak i art. 36a ust. 1 Pzp z 2004 r.). Komentarzowy przepis w swoim literalnym brzmieniu stanowi przeciwieństwo dopuszczalności powierzenia części zamówienia podwykonawcy, a nie o zakazie powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Wyraża zatem wyłącznie normę prawną, w myśl której dany podwykonawca może realizować część zamówienia. Norma ta per se nie implikuje przeciwieństwa normy zakazującej, aby kilku podwykonawców wykonało całość zamówienia. Co najwyżej w drodze interpretacji a contrario można z niej wywnioskować, że niedopuszczalne jest powierzenie całego zamówienia jednemu tylko podwykonawcy.” J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel,

M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 462.

Kwestię braku zakazu powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom została rozstrzygnięta w opinii Urzędu Zamówień Publicznych,

na gruncie poprzednio obowiązującego art. 36 Pzp, który zastąpił analizowany art. 462 Pzp pt.: „Podwykonawstwo – nowelizacja ustawy Pzp z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych :

Wykładni przepisu art. 36a ust. 1 u.Pzp należy dokonywać łącznie z przepisem art. 36a ust. 2 u.Pzp W drugim z ww. przepisów przewidziana została możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia. A zatem, w sytuacji, gdy zamawiający nie skorzysta z ww. uprawnienia, wykonawca będzie mógł powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom.”

Podobne stanowisko zajęła Krakowska Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 15 lipca 2021 r. KIO 1654/21:

„ustawodawca tak obecnie jak i wcześniej nie zdecydował się na wprowadzenie wprost zakazu powierzenia całości zamówienia podwykonawcom, a przepis art. 462 ust. 1 ustawy stanowi o uprawnieniu wykonawcy, a nie o ustanowieniu dla niego zakazu czy obowiązku. Ustawodawca także nie określił minimalnego zakresu zamówienia jaki wykonawca byłby zobligowany pozostawić do samodzielnego wykonania, tym samym praktycznie każda nawet pojedyncza czy nieistotna czynność wykonana samodzielnie przez wykonawcę, będzie powierzeniem jedynie części zamówienia podwykonawcom.”

Odwolujący zwraca w tym miejscu uwagę, że nawet w przypadku powierzenia obowiązku świadczenia usług transportowych podwykonawcy, nie prowadzi to do powierzenia realizacji całości zamówienia przez niego, z uwagi na

konieczność koordynacji i organizacji tych usług przez Wykonawcę, w którego gestii – jako przewoźnika umownego, ponoszącego w myśl art. 5 ustawy Prawo przewozowe będzie między

- zarządzanie realizacją umowy,
- organizacja i koordynacja prac podwykonawców,
- dbanie o prawidłową realizację prac,
- rozliczanie godzin usług dodatkowych,
- udział w czynnościach odbiorowych z Zamawiającym,
- wystawianie faktur, przyjmowanie faktur od podwykonawców, dbanie o przepływy finansowe,
- obsługa prawna projektu, obsługa administracyjna, dochodzenie ewentualnych roszczeń.

Przed wszystkim jednak, z racji jednoznacznych w tym zakresie przepisów prawa przewozowego i surowych regulacji dotyczących odpowiedzialności przewoźnika umownego za działania i zaniechania przewoźników faktycznych, interesy zamawiającego nie zostaną narażone. Realizacja usług transportowych z wykorzystaniem podwykonawców z punktu widzenia odpowiedzialności wykonawcy nie różni się od sytuacji wykonania zamówienia publicznego poprzez pracowników własnych wykonawcy lub osób świadczących na jego rzecz usługi na podstawie umów cywilnoprawnych.

Tym samym powierzenie nawet 100 % realizacji zadania podwykonawcy nie doprowadzi do naruszenia, czy omińnięcia normy prawnej wynikającej z art. 17. ust. 2 Pzp zgodnie z którym Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Wybór podwykonawcy, który zamierza powierzyć wykonanie całości zamówienia jednemu bądź kilku podwykonawcom, z uwagi na brak zakazu realizacji 100% zadania siłami podwykonawców będzie bowiem zgodny z obowiązującymi przepisami, co wynika chociażby z bogatego orzecznictwa KIO zaprezentowanego w wyrokach innych, niż wskazane przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu o przetargu:

1) Wyrok KIO z 19.06.2018r., KIO 1107/18:

Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w obecnym brzmieniu nie wykluczają bowiem, w sposób jednoznaczny, możliwości powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcom, a jak to wynika z dotychczasowego dorobku orzeczniczego Sądów Okręgowych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie rozbieżności czy też niejasności, powstające na tle obowiązujących przepisów ustawy Pzp czy też specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać na korzyść wykonawcy.”

2) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 7.11.2013 r., KIO/KU 97/13

„Zgodnie z art. 36 ust. 5 u.Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Z analizy treści ww. przepisu wynika po pierwsze, że zamawiający może w całości wyłączyć realizację zamówienia przez podwykonawców, a po drugie taka decyzja zamawiającego nie może być arbitralna tzn. abstrahująca od specyfiki przedmiotu zamówienia.

Z wykładni literalnej ww. przepisu wynika, że nie ma przeciwwskazań aby wybrany wykonawca powierzył wykonanie całości zamówienia podwykonawcy.”

Biorąc pod uwagę powyższe niniejsze odwołanie od czynności obejmującej odrzucenie oferty Odwołującego i zawarte w nim żądania należy uznać za uzasadnione.

Uzasadnione jest również odwołanie w zakresie w jakim odnosi się ono do czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.U.T.H. TRANS – HEL – HALINA JĘDRZEJEWSKA, 93 – 318 Łódź Strażacka 11, NIP 7260018153.

Oferta w/w wykonawcy przewyższała ofertę Odwołującego o kwotę 25.682,40 zł..

Gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, oferta wybranego Wykonawcy nie powinna otrzymać 100 punktów.

W takim wypadku oczywistym jest, że Zamawiający byłby zobowiązany wybrać ofertę Odwołującego jako spełniającą warunki SWZ i jednocześnie oferującą najniższą cenę brutto

i Odwołującemu udzieli zamówienie publiczne pod nazwą transport odpadów luzem i/lub

w balotach pomiędzy Zakładem Utylizacyjnym w Gdańsku ul. Jabłoniowa 55 a Portem Czystej Energii w Gdańsku ul. Jabłoniowa 55 (sygnatura akt 4/TP/2024).

Ponieważ Zamawiający dokonując wyboru oferty i odrzucając ofertę Odwołującego, naruszył opisane wyżej przepisy Pzp, uzasadniony jest też wniosek o powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez BFI sp. z o.o.

W związku z tym Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Pismem z dnia 24 czerwca 2024 roku Zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie,

w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odpowiedzi, Odwołujący pismem procesowym z dnia 28 czerwca 2024 roku złożył replikę na odpowiedź na

odwołanie.

Pismem z dnia 04.07.2024 roku Zamawiający przedstawił swoje stanowisko wobec repliki Odwołującego, podtrzymując dotychczasowe stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez

ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Izba odnie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w sposób łączny, zgodnie ze sposobem prowadzenia argumentacji przez Odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba przywoła treść przepisów ustawy Pzp, których naruszenie zarzuca Odwołujący:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy,
- art. 462 ust, 1 Pzp – Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy,
- art. 17 ust. 2 Pzp – Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z treści SWZ wynika, że Zamawiający dopuścił możliwość realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców, jednocześnie Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę jakiegokolwiek części zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę, w której w pkt 10 złożył oświadczenie, o treści: *następujące części niniejszego zamówienia powierzę/powierzmy podwykonawcom*, wskazując w tabeli w kolumnie „Część zamówienia” - 100%, w kolumnie: „Nazwa i adres podwykonawcy, o ile są znane: - pole zostało wykreślone (brak treści).

Nie jest zatem sporne między stronami, że tak określona przez Odwołującego część zamówienia, która ma zostać powierzona podwykonawcom w 100%-tach, oznacza

że zamówienie to nie będzie realizowane przez Wykonawcę, lecz w całości przez podwykonawców.

Odwołujący twierdzi jednak, że zakaz powierzenia przez wykonawcę całości zamówienia podwykonawcy nie wynika z przepisów Pzp.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w przepisach prawa.

Powierzenie realizacji zamówienia podwykonawcom w 100%-tach stoi w sprzeczności z treścią art. 462 ust, 1 Pzp, zgodnie z którym Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przywołać należy również definicję umowy o podwykonawstwo wskazanej w art. 7 pkt 27 ustawy Pzp, zgodnie z którym przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

Izba wskazuje, że literalna wykładania art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, co do

tego, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne. Z przepisu art. 462 ust. 1 Pzp jednoznacznie wynika, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia. Powyższe jest spójne z zawartą w art. 7

pkt 27 ustawy Pzp definicją umowy o podwykonawstwo, która odwołuje się do wykonania części zamówienia przez podwykonawcę. Wskazać ponadto należy, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), a nie podwykonawcy. Tym samym dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego podwykonawcy w istocie prowadziłoby do zmiany wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 11/21 (wydanym na skutek skargi wniesionej na wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2020 r. sygn. akt: KIO 2971/20, KIO 2976), zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, który stwierdził, że *„Podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.”* (por. wyrok z 14 marca 2024 roku, sygn. akt: KIO 539/24).

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że ustawodawca nie określił w jakiej części wykonawca może powierzyć zamówienie podwykonawcy – czy jest to 10%, 50% czy nawet 99,99%, co nie jest jednoznaczne z brakiem ograniczenia przez ustawodawcę możliwości powierzenia zamówienia podwykonawcy. Odwołujący w swojej argumentacji całkowicie pomija okoliczność, że w treści przepisu zarówno 462 ust.1 Pzp jak i 7 pkt 27 Pzp jest mowa o wykonaniu części zamówienia przez podwykonawcę, a nie całości zamówienia.

Nie jest zatem uprawnione twierdzenie Odwołującego, że w zakresie powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy, Wykonawca nie jest ograniczony, bowiem ograniczenie to wynika wprost z treści ww. przepisów.

Nie jest również uprawnione twierdzenie Odwołującego, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia, to wykonawca nie ma przeszkód do powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawców.

Izba wyjaśnia, że brak wskazania przez Zamawiającego zakresu zamówienia, przeznaczonego do osobistego wykonania przez wykonawcę, oznacza jedynie tyle,

że do decyzji wykonawcy pozostawiony jest wybór, którą część zamówienia powierzy on podwykonawcy. Nie oznacza to jednak możliwości realizacji całości zamówienia przez podwykonawcę.

Za takim sposobem rozumienia przepisu 462 ust. 1 Pzp nie świadczą również przywołane przez Odwołującego stanowiska z doktryny. Podkreślenia wymagają wątpliwości interpretacyjne podnoszone przez autorów, oraz wyraźne odniesienie się do możliwości powierzenia podwykonawcy części zamówienia. Zauważenia wymaga, że część przywołanych przez Odwołującego opinii jak też wyroków Krajowej Izby Odwoławczej odnosi się do nieaktualnego już stanu prawnego.

Izba zwraca również uwagę na brak konsekwencji w argumentacji Odwołującego, który na str. 8 odwołania, próbuje wykazać, że jednak to nie całość przedmiotu zamówienia zostanie powierzona podwykonawcom. Odwołujący przywołuje m.in. zakres związany z zarządzaniem realizacją umowy, organizacją i koordynacją prac podwykonawców, dbaniem o prawidłową realizację prac, rozliczeniem godzin usług dodatkowych, udziałem w czynnościach odbiorowych z Zamawiającym, wystawianiem faktur, przyjmowaniem faktur od podwykonawców, dbaniem o przepływy finansowe, obsługą prawną projektu, obsługą administracyjną, dochodzeniem ewentualnych roszczeń, co jednak nie wynika z treści oferty i stoi w sprzeczności z oświadczeniem Odwołującego o powierzeniu podwykonawcy 100 % części zamówienia. Można zatem odnieść wrażenia, że Odwołujący ma świadomość braku możliwości powierzenia podwykonawcy całości realizacji zamówienia i na tą okoliczność przedstawia powyższą argumentację, odwołując się również do wymogów prawa przewozowego i odpowiedzialności przewoźnika.

W tych okolicznościach, Izba nie dopatrzyła się naruszeń przepisów prawa zamówień publicznych w zarzucanych Zamawiającemu czynnościach. Zamawiający był w pełni uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)

oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 462 ust. 1 Pzp .

Izba w pełni podziela stanowiska wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej:

z dnia 14 marca 2023 roku o sygn. akt: KIO 539/23 oraz z dnia 14 czerwca 2023 r o sygn.:

KIO 1492/23 przywołane w uzasadnieniu faktycznym odrzucania oferty Odwołującego.

Ponadto, Izba podziela również stanowisko Odwołującego podniesione w odpowiedzi

na odwołanie z dnia 24 czerwca 2024 roku, przyjmując je za własne.

Reasumując powyższe, w analizowanych okolicznościach, treść oferty Odwołującego jednoznacznie wskazuje, że 100% części zamówienia zostanie powierzona do realizacji podwykonawcom, co należy postrzegać jako ofertę sprzeczną z ustawą, oraz jako obejście przepisów ustawy, dopuszczających możliwość zlecenia podwykonawcom części zamówienia a także udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba nie odniosła się do argumentów podniesionych przez Odwołującego w replice na odpowiedź na odwołanie w zakresie dotyczącym dyrektyw unijnych regulujących możliwości korzystania z podwykonawców i ich zasobów. Stanowiły one rozszerzenie zarzutów odwołania o nowe okoliczności niezawarte w odwołaniu, co należy postrzegać jako nowe zarzuty. Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: