

WYROK

Warszawa, dnia 22 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Członkowie: Małgorzata Jodłowska

Ernest Klauziński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez wykonawcę Z.D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe i Handel Z.D. w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – G.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHUT G.K.

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 petitum odwołania,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach 3 oraz 4 zamówienia oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy G.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHUT G.K. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert;
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. 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, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego z tytułu reprezentacji w kwocie 3600 zł,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

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:.....

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Transport odpadów komunalnych ze stacji przeładunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji lub stacji przeładunkowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 229924-2024.

W dniu 1 lipca 2024 r. wykonawca - USŁUGI TRANSPORTOWE I HANDEL ZDZISŁAW DĄBROWSKI (c „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie zadania nr 3 oraz 4, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez uznanie, iż oferta wykonawcy PPHUT G.K. (dalej: „Przystępujący”) nie podlega odrzuceniu pomimo jej niezgodności z przepisami Pzp.

ewentualnie:

2) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez uznanie, iż Przystępujący przedłożył prawidłowo podpisane dokumenty tj. informację z KRK oraz dokument JEDZ.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Przystępującego;

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SWZ określił, iż nie określa wymogu

osobistego wykonania zamówienia. Zamawiający dopuścił możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w przypadku powierzenia przez Wykonawcę podwykonawcy lub podwykonawcom, części zamówienia, do której realizacji, niezbędne jest posiadanie uprawnień, o których mowa w pkt. 6.2.2.2. SWZ.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący w treści oferty dla zadania 3 i zadania 4 wskazał w pkt 11:

„Zamówienie:

a) ~~wykonamy sami~~”

b) wykonamy przy udziale podwykonawców, których wskazaliśmy w JEDZ - podwykonawstwo będzie dotyczyło (określić części zamówienia)*:

pełen zakres”.

W SWZ zamawiający wprost wskazał, iż dopuszcza możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom. Przez część należy rozumieć coś mniejszego od całości zamówienia. Wykonawca PPHUT G.K. określając udział

podwykonawców w realizacji zamówienia wskazał „pełen zakres”. Należy to utożsamić ze 100% podzleceniem zamówienia publicznego, co w ocenie Odwołującego jest sprzeczne z treścią art. 462 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie określił poziomu zakresu zamówienia jaki wykonać ma sam wykonawca, nie określił także poziomu jaki może zlecić wykonawca podwykonawcom. Tym samym poprzez brak reguł w zakresie podzlecenia wykonania zamówienia odpowiedzialność za brak naruszenia przepisów ustawy Pzp w tym art. 462 ust. 1 spoczęła wyłącznie na wykonawcy. Wskazanie pełnego zakresu (zamówienia) do zlecenia w ramach podwykonawstwa powoduje, iż oferta wybranego wykonawcy w zadaniach 3 i 4 podlega odrzuceniu, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwie sądów.

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego Odwołujący wskazał, że KRK oraz JEDZ złożone przez Przystępującego, które zostały udostępnione Odwołującemu przez Zamawiającego nie są podpisane – poświadczane przez Wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Na dokumentach istnieje odwzorowanie graficzne znacznika podpisu. Weryfikacja plików nie pozwala na potwierdzenie, iż przesłane dokumenty zostały poświadczane przez wykonawcę. Zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 poz. 2452):

§ 6. 1. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania”, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

2. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

3. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku:

1) podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania – odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania, które każdego z nich dotyczą;

2) przedmiotowych środków dowodowych – odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia;

3) innych dokumentów, w tym dokumentów, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy – odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą.

Biorąc pod uwagę treść dokumentów jakie udostępnił odwołującemu Zamawiający nie sposób uznać, iż dokument JEDZ oraz informacja KRK posiada wymagane prawem opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie

i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę G.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHUT G.K. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba w związku z wycofaniem zarzutu nr 2 odwołania umorzyła na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Izba zważyła:

Wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 462 ust. 1 Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie art. 462 ust. 2 Pzp Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Stosownie do art. 17 ust. 2 Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie natomiast z art. 7 pkt 27) Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o umowie o podwykonawstwo należy przez to 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.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutu odwołania wskazać należy, że w pkt 11 formularza oferty Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia co do zakresu zamówienia, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Zamawiający zatem skorzystał z uprawnienia, jakie ustawodawca przewidział w art. 462 ust. 2 Pzp. Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia oświadczenia czy wykonawca wykonana całość zamówienia samodzielnie czy któraś z jego części zostanie powierzona podwykonawcy. Przystępujący, jak wynika z treści formularza oferty złożył oświadczenie że zamówienie wykona przy udziale podwykonawców, a podwykonawstwo będzie dotyczyło pełnego zakresu.

W ocenie składu orzekającego Przystępujący oświadczył więc, że pełen zakres zamówienia powierzy podwykonawcy. Oświadczenie Przystępującego w tym zakresie jest jednoznaczne.

Skład orzekający uznał natomiast, że takie oświadczenie Przystępującego jest niezgodne z art. 462 ust. 1 Pzp i stanowi podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i Pzp. Oferta Przystępującego jest sprzeczna bowiem z Pzp.

Odnosząc się do prezentowanego na rozprawie stanowiska Zamawiającego co do sposobu rozumienia, interpretacji złożonego przez Przystępującego oświadczenia co do zakresu podwykonawstwa wskazać należy, że wykładnia oświadczenia woli wykonawcy, mając na uwadze art. 65 KC, nie może prowadzić do uzyskania rezultatu sprzecznego z treścią oświadczenia wyrażoną w formularzu oferty. Zamawiający zaś dokonując wykładni oświadczenia Przystępującego zawartego w pkt 11 formularza oferty wywiódł, że w jego ocenie uwzględniając charakter zamówienia ze złożonego oświadczenia wcale nie wynika, że Przystępujący pełen zakres zadania nr 3 oraz 4 ma zamiar powierzyć podwykonawcom. Powyższe pozostaje jednak w sprzeczności z oświadczeniem Przystępującego zawartym w formularzu oferty, a żadna okoliczność powoływana przez Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w treści oferty Przystępującego. Podkreślić bowiem stanowczo należy, że Przystępujący precyzyjnie wskazał, że pełen zakres zamówienia zostanie powierzony podwykonawcy.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że oferta Przystępującego zawierająca oświadczenie o powierzeniu 100% zamówienia podwykonawcom jest sprzeczna w szczególności z art. 462 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Izba w całości podziela i przyjmuje je jako własne stanowisko wyrażone w wyroku KIO 907/23 z 17 kwietnia 2024 r., w którym Izba wskazała, że: „Procedura wyboru wykonawcy, który będzie realizował zamówienie publiczne ma na celu weryfikację rzetelności i profesjonalizmu wykonawców, w tym ustalenie zakresu podwykonawstwa. Jej nadrzędnym celem jest eliminacja z rynku zamówień publicznych patologicznych i nieprawidłowych praktyk przejawiających się m.in. w tym, że podmiot publiczny dokonuje wyboru oferty wykonawcy, które de facto nie realizacje żadnego zakresu zamówienia, a zleca do realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcom, którzy nie są zobowiązani do wykazywania się określonymi

zdolnościami m.in. technicznymi, zawodowymi i finansowymi. W myśl art. 58 §1 Kodeksu cywilnego, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Zatem, oferta obejmująca powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcom, jest nieważna na gruncie art. 58 KC jako sprzeczna z Pzp (m.in. art. 462 ust. 1 Pzp), a także jako stanowiąca wyraz obejścia przepisów ustawy Pzp, których celem jest powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą Pzp, a nie jego podwykonawcom. Powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcom, należy uznać za nie tylko sprzeczne z ustawą, ale czynność taka byłaby również nieważna w świetle art. 58 k.c., jako stanowiąca wyraz obejścia przepisów ustawy. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w której poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcom, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. Taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa (art. 17 ust. 2 PZP), jak i ww. przepisami ustawy PZP. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.”.

Uwzględniając powyższe stanowisko, Izba uwzględniła odwołanie w wyniku czego nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zdaniem Izby argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu zasługiwała na pełną aprobatę.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:

.....
Członkowie:
.....