Sygn. akt: KIO 4770/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Kot
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu16 grudnia 2024 r. przez wykonawcę WM Wiatrowiec Energie sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Wsi (dalej: „Odwołujący")w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Borek Wielkopolski z siedzibą w Borku Wielkopolskim (dalej: „Zamawiający")

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 13 grudnia 2024 r., unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 13 grudnia 2024 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 759 zł 00 gr (słownie: siedemset pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa;
   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem 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:……

KIO 4770/24

Uzasadnienie

Gmina Borek Wielkopolski z siedzibą w Borku Wielkopolskim(dalej: „Zamawiający" lub „Gmina") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji pod nazwą: „Odbiór odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnie zebranych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Borek Wlkp. wraz z wyposażeniem tych nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki oraz dostarczanie odebranych odpadów do instalacji przetwarzania odpadów – Wielkopolskie Centrum Recyklingu – Spółka z o.o. w Jarocinie, Witaszyczki, ul. M.M. 1A, 63-200 Jarocin w terminie od dnia 1 stycznia 2025 roku do 31 grudnia 2025 roku" (Nr referencyjny: ZPE.271.11.2024, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 5 listopada 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00578243/01.

16 grudnia 2024 r. wykonawca WM Wiatrowiec Energie sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Wsi (dalej: „Odwołujący" lub „WM Wiatrowiec") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2024 r. oraz z dnia 13 grudnia 2024 r., niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, polegających na:

- unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 462 ust. 1 oraz art. 16 ustawy Pzp;
- dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z pominięciem oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 462 ust. 1 oraz

art. 16 ustawy Pzp przez bezzasadne uznanie, że oferta WM Wiatrowiec jest niezgodna z przepisami ustawy i w konsekwencji bezzasadne dokonanie unieważnienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i bezzasadne dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Czynność WM Wiatrowiec dokonana w tym Postępowaniu po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie może być potraktowana jako zmiana treści oferty (tym bardziej, że kwestia podwykonawstwa w ofercie ma charakter informacyjny), nie może być także potraktowana jako oświadczenie o powierzeniu podwykonawcy całości przedmiotu zamówienia, które zastępuję pierwotne oświadczenie zawarte w treści oferty Odwołującego. Powyższe wynika z tego, że WM Wiatrowiec jedynie zaproponował, zapytał Zamawiającego przed podpisaniem umowy, czy Gmina wyraża zgodę, aby usługa była w części realizowana przez zaproponowanego podwykonawcę. Tymczasem Zamawiający potraktował pytanie, wniosek Odwołującego jako zmianę treści oferty, co doprowadziło do sytuacji, w której Gmina na podstawie nie samej treści oferty, tylko na podstawie wniosku o wyrażenie zgody na wprowadzenie podwykonawcy z dnia 6 grudnia 2024 r. i powielonego w dniu 10 grudnia 2024 r złożonego po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, oceniła ofertę WM Wiatrowiec. Z tych powodów Zamawiający błędnie „uznał zgłoszenie podwykonawcy z dnia 10 grudnia 2024 r. wraz z załączonymi dokumentami jako oświadczenie woli Wykonawcy formalnie zgłaszające powierzenie części zamówienia podwykonawcy ZGO–NOVA sp. z o.o." (uzasadnienie unieważnienia wyboru oferty z dnia 11 grudnia 2024 r. str. 1), podczas gdy we wniosku złożonym Gminie w dniu 6 grudnia 2024 r. Odwołujący wyraźnie wskazał, że wnosi jedynie o wyrażenie zgody na wprowadzenie podwykonawcy, a nie, że oświadcza, że będzie realizował usługę za pomocą podwykonawcy. WM Wiatrowiec wskazuje, że właśnie powyżej wskazane ustalenie Zamawiającego w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przez Gminę przepisów ustawy Pzp wskazanych powyżej, co z kolei doprowadziło do niezgodnego z przepisami Pzp unieważnienia wyboru oferty Odwołującego i jej odrzucenia, a następnie do niezgodnego z przepisami Pzp dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty WM Wiatrowiec. Takie działanie Zamawiającego wprost narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na szkodę Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy B.R. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANS-KOM B.R. z siedzibą w Gostyninie jako najkorzystniejsze w Postępowaniu;
2) unieważnienie unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego lub ewentualnie nakazanie dokonania ponownego wyboru oferty WM Wiatrowiec jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

9 stycznia 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem IV ust. 1, ust. 11 i ust. 12 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"):

„1. Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnie zebranych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Borek Wlkp. wraz z wyposażeniem tych nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki oraz dostarczanie odebranych odpadów do instalacji przetwarzania odpadów – Wielkopolskie Centrum Recyklingu – Spółka z o.o. w Jarocinie, Witaszyczki, ul. M.M. 1A, 63-200 Jarocin w terminie od dnia 1 stycznia 2025 roku do 31 grudnia 2025 roku.

(…)

11. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom.

12. Zamawiający wymaga aby w przypadku powierzenia do realizacji części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie zakres usług, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu

wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców. W przypadku wykonywania części przedmiotu zamówienia przy pomocy podwykonawców jest zobowiązany przedstawić niezwłocznie Zamawiającemu uwierzytelnioną kopię umowy zawartej z podwykonawcami".

Zamawiający nie zastrzegł w dokumentach zamówienia – zgodnie z przepisami art. 60 pkt 1 i art. 121 pkt 1 ustawy Pzp – obowiązku osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę kluczowych zadań dotyczących przedmiotu zamówienia.

WM Wiatrowiec w złożonym Formularzu oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ oświadczył, że „prace objęte zamówieniem zamierzamy wykonać sami".

Ponadto w pkt 5 Formularza oferty Odwołujący zawarł oświadczenie o następującej treści: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia wraz z załącznikami (w tym z projektem umowy) i uznajemy się za związanych określonymi w niej wymaganiami i zasadami postępowania".

Zgodnie z Rozdziałem XX ust. 2 SWZ „Złożenie oferty jest jednoznaczne z akceptacją przez Wykonawcę Projektu Umowy".

Stosownie do brzmienia § 9 ust. 2 Projektu Umowy stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ (dalej: „PU") „W trakcie realizacji Umowy, powierzenie wykonania części umowy nowemu podwykonawcy lub zmiana podwykonawcy, w tym podwykonawcy, na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, może nastąpić po uprzednim pisemnym powiadomieniu Zamawiającego i uzyskaniu jego zgody".

2 grudnia 2024 r. Gmina dokonała wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu tj. oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 6 grudnia 2024 r. WM Wiatrowiec zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o „wyrażenie zgody na powierzenie części zamówienia ZPE.271.11.2024 podwykonawcy" i jednocześnie wskazał nazwę proponowanego podwykonawcy (ZGO-NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Witaszczykach).

10 grudnia 2024 r. Odwołujący – w odpowiedzi na wezwanie Gminy z dnia 9 grudnia 2024 r. – złożył żądane przez Zamawiającego dokumenty, w tym wzór umowy podwykonawczej do akceptacji przez Gminę.

Zamawiający 11 grudnia 2024 r. zamieścił na stronie internetowej prowadzonego Postępowania informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty WM Wiatrowiec z dnia 2 grudnia 2024 r. oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności oceny ofert złożonych w Postępowaniu.

W treści pisma z dnia 11 grudnia 2024 r. pn. „Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty" Gmina wskazała (pisownia oryginalna):

„(…) W dniu 10 grudnia 2024 r. Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. zgłosił zamiar udzielenia części zamówienia podwykonawcy ZGO–NOVA sp. z o.o., Witaszyczki, ul. im. M.M. 1, 63–200 Jarocin, NIP: 6172186465, a jako zakres części zamówienia powierzonego podwykonawcy wskazał: odbiór i transport odpadów z nieruchomości zamieszkałych oraz PSZOK z terenu gminy Borek Wielkopolski do Wielkopolskiego Centrum Recyklingu sp. z o.o. w Jarocinie, z wyłączeniem koordynacji i nadzoru nad realizacją zamówienia w okresie od dnia 1 stycznia 2025 r. do dnia 31 grudnia 2025 r. Zamawiający wskazuje, iż nie zastrzegł, na podstawie przepisu art. 121 ustawy Pzp, obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Ponadto w postanowieniach rozdz. IV pkt 11 Zamawiający poinformował, iż Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom. To czy Wykonawca skorzysta z możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom w świetle przepisów art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz postanowień SWZ nie jest zależne od wyrażenia zgody przez Zamawiającego (poza akceptacją umowy zawieranej pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą), lecz jest to tylko i wyłącznie suwerenną decyzją Wykonawcy. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający uznał zgłoszenie podwykonawcy z dnia 10 grudnia 2024 r. wraz z załączonymi dokumentami jako oświadczenie woli Wykonawcy formalnie zgłaszające powierzenie części zamówienia podwykonawcy ZGO–NOVA sp. z o.o. Co więcej, Zamawiający biorąc pod uwagę przepisy ustawy Pzp, a także poglądy doktryny oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy z wybranym w postępowaniu Wykonawcą. Jednakże po szczegółowym przeanalizowaniu otrzymanego oświadczenia o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy wraz przekazaną dokumentacją stwierdzić należy, że Wykonawca powierza podwykonawcy wykonanie całości zamówienia, tj. odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnie zebranych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Borek Wlkp. wraz z wyposażeniem tych nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki oraz dostarczanie odebranych odpadów do instalacji przetwarzania odpadów wskazanej przez Zamawiającego, w terminie od dnia 1 stycznia 2025 roku do 31 grudnia 2025 roku, co potwierdzone zostało w przesłanym zgłoszeniu oraz wzorze umowy. Zamawiający nie może w świetle postanowień SWZ i załączników do SWZ uznać, że zakres zamówienia, który Wykonawca wskazał, że będzie wykonywał sam tj. koordynacja oraz nadzór nad zamówieniem, stanowi część zamówienia, gdyż przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych zmieszanych i

selektywnie zebranych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Borek Wlkp. wraz z wyposażeniem tych nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki oraz dostarczanie odebranych odpadów do instalacji przetwarzania odpadów – Wielkopolskie Centrum Recyklingu – Spółka z o.o. w Jarocinie, Witaszyczki, ul. M.M. 1A, 63–200 Jarocin w terminie od dnia 1 stycznia 2025 roku do 31 grudnia 2025 roku, inne czynności są tylko i wyłącznie logicznym następstwem wykonywania przedmiotu umowy i nie stanowią jego odrębnej części. Powierzenie całości przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie przepisów art. 461 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie tylko części zamówienia podwykonawcy. Literalna wykładania przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno w poglądach doktryny, jak i orzecznictwa sądów oraz KIO nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne. Dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego podwykonawcy w istocie prowadziłoby do zmiany wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych (…)".

13 grudnia 2024 r. Gmina poinformowała wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy B.R. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANS-KOM B.R. z siedzibą w Gostyninie oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego. W piśmie z dnia 12 grudnia 2024 r. Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty WM Wiatrowiec (pisownia oryginalna):

„Po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy z wybranym w postępowaniu Wykonawcą – firmą WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o., dalej WM Wiatrowiec – w dniu 10 grudnia 2024 r. Wykonawca dokonał zgłoszenia podwykonawcy. Zgłoszenie wraz z załączonymi dokumentami potraktowane zostało przez Zamawiającego jako oświadczenie woli Wykonawcy, formalnie zgłaszającego powierzenie części zamówienia podwykonawcy. Po szczegółowym przeanalizowaniu otrzymanego oświadczenia o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy wraz przekazaną dokumentacją Zamawiający stwierdził, że Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie całości zamówienia, co potwierdzone zostało w przesłanym zgłoszeniu oraz wzorze umowy. Zamawiający nie mógł w świetle przepisów ustawy PZP, postanowień SWZ i załączników do SWZ uznać, że zakres zamówienia, który Wykonawca wskazał, że będzie wykonywał sam tj. koordynacja oraz nadzór nad zamówieniem, stanowił część zamówienia, gdyż przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnie zebranych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Borek Wlkp. wraz z wyposażeniem tych nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki oraz dostarczanie odebranych odpadów do instalacji przetwarzania odpadów – Wielkopolskie Centrum Recyklingu – Spółka z o.o. w Jarocinie, Witaszyczki, ul. M.M. 1A, 63–200 Jarocin w terminie od dnia 1 stycznia 2025 roku do 31 grudnia 2025 roku, inne czynności są tylko i wyłącznie logicznym następstwem wykonywania przedmiotu umowy i nie stanowią jego odrębnej części. Zakres planowanego przez wykonawcę WM Wiatrowiec podwykonawstwa pokrywa się więc dokładnie z zakresem niniejszego zamówienia. WM Wiatrowiec w świetle oświadczenia zawartego w piśmie z dnia 10 grudnia 2024 r., zamierza więc przekazać do realizacji podwykonawcy całe zamówienie, co jest sprzeczne z treścią art. 462 ust. 1 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. A contrario, nie istnieje możliwość powierzenia podwykonawcom realizacji całości zamówienia (…); (…) Powierzenie całości przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie przepisów art. 461 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie tylko części zamówienia podwykonawcy (…); (…) Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 462 ust. 1 oraz art. 16 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta, która została złożona przez wykonawcę jest niezgodna z przepisami ustawy. Ponadto zgodnie z przepisem art. 16 ustawy PZP, zamawiający jest zobowiązany przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. W związku z powyższym ofertę należy odrzucić jako niezgodną z przepisami prawa".

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…); 3) jest niezgodna z przepisami ustawy; (..)".

Art. 462 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy".

Przechodząc do rozpoznawania odwołania w pierwszej kolejności należy wskazać, że zarówno czynność unieważnienia wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z dnia 11 grudnia 2024 r. jak i następnie czynność odrzucenia oferty WM Wiatrowiec z dnia 13 grudnia 2024 r. zostały dokonane w wyniku błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że korespondencję kierowaną do Gminy po dokonaniu czynności badania i oceny oferty Odwołującego i po wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu – tj. pismo z dnia 10 grudnia 2024 r. przedłożone na skutek

wniosku z dnia 6 grudnia 2024 r. i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2024 r., należy potraktować jako oświadczenie woli wykonawcy formalnie zgłaszające powierzenie części zamówienia podwykonawcy. Tymczasem we wniosku z dnia 6 grudnia 2024 r. i w konsekwencji także z dnia 10 grudnia 2024 r., znajduje się jedynie propozycja wprowadzenia podwykonawcy, co nie jest równoznaczne z oświadczeniem o powierzeniu przez WM Wiatrowiec wykonania części zamówienia wskazanemu podwykonawcy. Przede wszystkim z treści pisma z dnia 6 grudnia 2024 r. wprost wynika, że Odwołujący prosi „o wyrażenie zgody na powierzenie części zamówienia ZPE.271.11.2024 podwykonawcy" i jednocześnie podaje nazwę „proponowanego podwykonawcy". Z kolei 9 grudnia 2024 r. Zamawiający, w związku z pismem z dnia 6 grudnia 2024 r. o wyrażenie zgody na powierzenie części zamówienia podwykonawcy, wezwał WM Wiatrowiec do złożenia pisma zawierającego wyszczególnione przez Gminę informacje oraz do przedłożenia dokumentów, w tym wzoru umowy z podwykonawcą do akceptacji przez Zamawiającego. Odwołujący słusznie podniósł, że jego odpowiedź z dnia 10 grudnia 2024 r. stanowiła kontynuację procedowania wniosku o wyrażenie zgody na powierzenie części zamówienia sugerowanemu podwykonawcy, tym bardziej, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy takie powierzenie mogło nastąpić tylko w przypadku akceptacji ze strony Gminy, której Zamawiający nie udzielił. Zgodnie bowiem z brzmieniem § 9 ust. 2 PU „W trakcie realizacji Umowy, powierzenie wykonania części umowy nowemu podwykonawcy lub zmiana podwykonawcy, w tym podwykonawcy, na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, może nastąpić po uprzednim pisemnym powiadomieniu Zamawiającego i uzyskaniu jego zgody". Niezrozumiałe jest zatem stanowisko Gminy wyrażone w treści pisma z dnia 11 grudnia 2024 r. pn. „Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty", a następnie również w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, że w niniejszej sprawie – w świetle postanowień SWZ – to czy wykonawca skorzysta z możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy nie jest zależne od wyrażenia zgody przez Zamawiającego. Skoro Gmina przewidziała w PU możliwość powierzenia wykonania części umowy nowemu podwykonawcy, pod warunkiem uprzedniego pisemnego powiadomienia Zamawiającego i uzyskaniu jego zgody, niejasne jest dlaczego nie zastosowała się do procedury opisanej w PU stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ. Wymaga podkreślenia, że Gmina w Rozdziale XX ust. 2 SWZ wskazała, że „Złożenie oferty jest jednoznaczne z akceptacją przez Wykonawcę Projektu Umowy". Ponadto w pkt 5 Formularza oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ wykonawcy złożyli oświadczenie o następującej treści: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia wraz z załącznikami (w tym z projektem umowy) i uznajemy się za związanych określonymi w niej wymaganiami i zasadami postępowania". Tym samym Odwołujący przedkładając wniosek z dnia 6 grudnia 2024 r., a następnie z dnia 10 grudnia 2024 r. – po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i przed przystąpieniem do wykonania umowy, działał na podstawie § 9 ust. 2 PU, a zatem w pełni dostosował się do trybu procedowania w przedmiocie powierzenia wykonania części umowy podwykonawcy i oczekiwał tego samego od Zamawiającego tj., że Gmina wyrazi swoje jednoznaczne stanowisko w przedmiocie możliwości powierzenia wykonania części zamówienia proponowanemu podwykonawcy. Tymczasem Zamawiający błędnie i w sposób nieuprawniony uznał po pierwsze – że pismo z dnia 10 grudnia 2024 r. stanowiące de facto kontynuację procedowania wniosku o wyrażenie zgody na powierzenie części zamówienia podwykonawcy, należy potraktować jako oświadczenie woli Odwołującego o powierzeniu wykonania części zamówienia zaproponowanemu podwykonawcy, a po drugie – że zastępuje ono pierwotne oświadczenie zawarte przez WM Wiatrowiec w Formularzu oferty tj. że doszło do zmiany treści oferty i w konsekwencji, że uzasadnione jest odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 462 ust. 1 oraz 16 ustawy Pzp. Odnosząc się do powyższych twierdzeń Gminy należy w pierwszej kolejności stanowczo podkreślić, że – jak słusznie podniósł Odwołujący – nie można potraktować pism WM Wiatrowiec z dnia 6 grudnia 2024 r. oraz z dnia 10 grudnia 2024 r. jako oświadczenia woli Odwołującego o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że ustawodawca w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp odsyła do stosowania przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm., dalej: „k.c.") do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych, jeśli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 k.c. „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje". Natomiast według przepisu art. 65 § 2 k.c. „W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu". Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 k.c. dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. W ocenie Izby o tym, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie mamy do czynienia ze złożeniem przez Odwołującego oświadczenia woli o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o., a wyłącznie z propozycją powierzenia wykonania części umowy wskazanemu podwykonawcy i wnioskiem o wyrażenie zgody na takie

powierzenie, świadczy nie tylko literalna treść oświadczenia WM Wiatrowiec, ale również rzeczywista wola wykonawcy składającego to oświadczenie. Ponadto – co znamienne – do powierzenia wykonania części przedmiotu zamówienia podwykonawcy nie doszło, bowiem Odwołujący nie uzyskał akceptacji ze strony Zamawiającego. Kolejno, należy zauważyć, że bezsporne jest pomiędzy stronami, że w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy decyzja o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz wskazanie podwykonawcy może nastąpić nie tylko w trakcie wykonywania umowy, ale również przed przystąpieniem do wykonania umowy. Gmina w uzasadnieniu pisma z dnia 11 grudnia 2024 r. pn. „Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty" w sposób jasny i niebudzący wątpliwości wskazała, że „(…) Zamawiający biorąc pod uwagę przepisy ustawy Pzp, a także poglądy doktryny oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy z wybranym w postępowaniu Wykonawcą (…)". Powyższe stanowisko Gminy jest spójne z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. z wyrokiem z dnia z dnia 16 września 2019 r. o sygn. akt sygn. akt KIO 1669/19, sygn. akt KIO 1679/19 oraz sygn. akt KIO 1682/19, w którym Izba stwierdziła, że „(…) Fakt, że Most Sp. z o.o. nie został wskazany w ofercie konsorcjum jako podwykonawca, pozbawiony jest doniosłości prawnej, gdyż obowiązek wskazania podwykonawców oraz powierzonego im zakresu robót ma wyłącznie charakter informacyjny. Z przepisów ustawy wynika bowiem, że jeśli zamawiający nie zastrzeże części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, to obowiązkiem wykonawcy jest jedynie poinformowanie zamawiającego o zakresie zamówienia, który powierzy podwykonawcom i podania nazw podwykonawców, o ile są mu znane, przed przystąpieniem do wykonywania umowy. Informacje te nie muszą zostać przekazane zamawiającemu już na etapie składania oferty. Ponadto, skoro ustawa dopuszcza w art. 36b ust. 2 oraz art. 36ba ust. 1 Pzp zmianę podwykonawcy, w tym zmianę w czasie wykonywania umowy, to tym bardziej wskazanie nowego podwykonawcy, może nastąpić jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (arg. a maiori ad minus z art. 36b ust. 2 oraz art. 36ba ust. 1 Pzp) (…)" (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2019 r. o sygn. akt KIO 1082/19). Zdaniem składu orzekającego powyższe tezy choć wypracowane na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) pozostają nadal aktualne. Również w wyroku z dnia 10 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 215/22 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „(…) Wskazanie przez wykonawcę firm podwykonawców stanowi informację wtórną, gdyż na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Przepisy nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Ustawa nie przewiduje także niedopuszczenia podwykonawstwa na etapie wykonywania umowy, nawet gdyby w treści oferty wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi. Zatem, nie można wobec wykonawcy, który nie podał wcale lub nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty (…) (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2018 r. o sygn. akt KIO 1073/18 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2336/17). Ponadto w doktrynie wyrażane jest stanowisko, zgodnie z którym ustawa Pzp nie przewiduje żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że zgodnie z brzmieniem art. 462 ust. 2 ustawy Pzp ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert, co przesądza o jego informacyjnym charakterze. Jeśli bowiem decyzja o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz wskazanie podwykonawcy mogą nastąpić przed przystąpieniem do wykonania umowy, a nawet w trakcie wykonywania umowy, to tym bardziej wykonawca nie jest zobowiązany ustawą do tego, aby wskazanie takie nastąpiło już w ofercie i miało charakter wiążący. Innymi słowy przepisy ustawy Pzp nie statuują bezwzględnego obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców oraz zakresu powierzonych im prac, i to pod rygorem odrzucenia oferty (tak: D. Grześkowiak-Stojek [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 462 ustawy Pzp; zob. też: P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 2, Warszawa 2024, art. 462 ustawy Pzp oraz E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 462 ustawy Pzp). Jak jednak zaznaczył J. Jerzykowski „(…) Oświadczenie o zamiarze wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawców zyskuje walor treści zobowiązania wykonawcy w przypadku, gdy zamawiający wskaże w dokumentach zamówienia konkretne zakresy przedmiotu zamówienia zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę (art. 60 p.z.p.). Gdy zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny ustanawia wymóg, aby określone zakresy rzeczowe były wykonane osobiście przez wykonawcę, w konsekwencji ustanawia wobec nich umowny zakaz podwykonawstwa. Określenie w ofercie podwykonawstwa dla zakresu prac wyłączonego z takiej możliwości stanowi więc niezgodność treści oferty z treścią warunków zamówienia (…)" (tak: J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 462 ustawy Pzp). Biorąc pod uwagę powyższy dorobek orzeczniczy oraz podglądy doktryny całkowicie niezrozumiała jest decyzja Gminy o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający bowiem

z jednej strony zgodził się, że możliwe jest powierzenie części zamówienia podwykonawcy po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej a przed podpisaniem umowy z wybranym wykonawcą, przy jednoczesnym podkreśleniu, że nie zastrzegł na podstawie art. 60 pkt 1 i art. 121 pkt 1 ustawy Pzp obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, a z drugiej strony uznał, że wniosek WM Wiatrowiec z dnia 6 grudnia 2024 r., a także z dnia 10 grudnia 2024 r., który – co znamienne – został przedłożony po wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a więc po dokonaniu czynności badania i oceny tej oferty, stanowi zmianę treści oferty złożonej w Postępowaniu w zakresie dotyczącym podwykonawstwa. W ocenie Izby powyższe dobitnie obrazuje brak spójności i konsekwencji w działaniach podejmowanych przez Gminę. W świetle powyższych rozważań prawnych oraz w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy nie sposób stwierdzić, że zaproponowanie przez WM Wiatrowiec podwykonawcy na etapie przed przystąpieniem do realizacji umowy należy uznać za zmianę treści oferty. Wymaga zauważenia, że Odwołujący składając ofertę oświadczył, że będzie samodzielnie realizować usługę i zarówno w odwołaniu jak i podczas rozprawy deklarował, że przez cały czas jest zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt 10 Formularza oferty, natomiast złożony wniosek ma jedynie charakter propozycji, która nie stanowi jakiejkolwiek zmiany w tym zakresie bez uprzedniej akceptacji ze strony Zamawiającego. Oferta Odwołującego przeszła pozytywnie proces badana i oceny, a zatem nie budziła wątpliwości Gminy. Z kolei po wyborze oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, WM Wiatrowiec wyłącznie zapytał o możliwość powierzenia proponowanemu podwykonawcy wykonania części przedmiotu zamówienia, jednak do powierzenia nie doszło, ponieważ nie może do niego dojść dopóki zgodnie z § 9 ust. 2 PU nie wyrazi na to zgody Gmina. Słusznie zatem podniósł WM Wiatrowiec w treści odwołania, że w konsekwencji nie można stwierdzić, że oferta wykonawcy jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp i jako taka podlega odrzuceniu. Zamawiający dokonał bowiem czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie błędnie ustalonego stanu faktycznego w niniejszej sprawie.

Reasumując, skład orzekający wskazuje, że – biorąc pod uwagę dokonaną ocenę treści zawiadomienia z dnia 12 grudnia 2024 r. – brak było podstaw do uznania czynności odrzucenia oferty WM Wiatrowiec na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 462 ust. 1 oraz art. 16 ustawy Pzp za prawidłową i odpowiadającą przepisom ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości i na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w związku z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:.....