

Sygn. akt KIO 1403/13

WYROK
z dnia 27 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2013 r. przez REMONDIS Mrągowo Sp. z o.o. w Mrągowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Reszel

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża REMONDIS Mrągowo Sp. z o.o. w Mrągowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez REMONDIS Mrągowo Sp. z o.o. w Mrągowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Reszel - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Reszel” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 kwietnia 2013 r., pod numerem 2013/S 070-116836.

Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

6 czerwca 2013 r. zamawiający doręczył zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Reszlu oraz o odrzuceniu oferty Remondis Sp. z o.o. w Mrągowie .

10 czerwca 2013 r. Remondis Mrągowo Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez przyjęcie że złożona przez Remondis Mrągowo Sp. z o.o. oferta jest sprzeczna ze specyfikacją;

- art. 36 ust. 4 ustawy przez przyjęcie że w wykonaniu zamówienia będzie brał udział podwykonawca, którego zakresu działania odwołujący nie przewidział.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Reszlu, zobowiązanie do dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wywodził, że nie można uznać posłużenia się przez niego podwykonawcą przy wykonaniu przedmiotu zamówienia. Podnosił, że nie istnieje normatywna definicja podwykonawcy, zatem podwykonawcą może być podmiot, który działa za wykonawcę w realizacji całości lub określonej części zamówienia i do takiego znaczenia odnosi się przepis art. 36 ust. 4. Podwykonawcą może być jednak również podmiot, którego działania będą incydentalne, uzależnione od wystąpienia zjawisk nadzwyczajnych, w których to sytuacjach sam wykonawca będzie musiał poszukać wyręczenia w wykonaniu jakichś konkretnych czynności objętych zamówieniem, a tak rozumianego rodzaju podwykonawstwa nie obejmuje norma art. 36 ust. 4 Pzp, ponieważ z oczywistych przyczyn nie może

obejmować. Nie istnieje bowiem możliwość określenia części zamówienia, które taki podwykonawca będzie wykonywał, skoro jego działanie jest uzależnione od konieczności wywołanej sytuacją nadzwyczajną.

Odwołujący podniósł, że zdaniem zamawiającego okolicznością jakoby uzasadniającą odrzucenie oferty była wzajemna sprzeczność oświadczeń złożonych w ofercie, tymczasem wyjaśnienia udzielone zamawiającemu były wzajemnie spójne i uzupełniające się, nie naruszyły też SIWZ, ani przepisów Pzp.

Zarzucił nadto, że wezwanie do udzielenia tych wyjaśnień zostało oparte o rozdziale VI SIWZ w pkt 4, odwołującym się do art. 26 ust. 2b Pzp, natomiast ocenę wyjaśnień zamawiający opiera na art. 36 ust.4 Pzp. Odwołujący ocenił, że wyjaśnienia powinny być ocenione w takim trybie w jakim ich zażądano i w jakim zostały udzielone.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wobec braku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 189 ust. 2 Pzp odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie. Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XVII specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający żądał wskazania części zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom. Stosownie do tego żądania w formularzu ofertowym zamawiający przewidział złożenie stosownego oświadczenia przez wykonawcę – wzór formularza zawierał oświadczenia o samodzielnym wykonaniu przedmiotu zamówienia oraz o posłużeniu się podwykonawcą. Wykonawca w związku z postanowieniem rozdziału XVII zobowiązany był do dokonania wyboru oświadczenia.

Kwestie związane z podwykonawstwem miały dla zamawiającego istotne znaczenie, czemu dał wyraz również we wzorze umowy. § 11 ust. 1 - 12 wzoru umowy ustala procedurę powierzania prac podwykonawcom oraz ustalają wymagania zamawiającego w tym zakresie. Z kolei § 10 ust. 1 pkt 2 stanowi, że powierzenie prac podwykonawcom, którzy nie zostali zgłoszeni zgodnie z wymaganiami zamawiającego powoduje obowiązek zapłaty kary umownej.

Nadto § 14 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy dopuszcza możliwość zmiany umowy, w razie wystąpienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy

polegających na zmianie zakresu usług określonych w ofercie i umowie, które wykonawca powierzył podwykonawcom.

Odwołujący złożył formularz bez wyraźnego oświadczenia, co do posłużenia się podwykonawcą – żadne z oświadczeń nie zostało podkreślone ani wykreślone. Jednocześnie opisał zakres prac podwykonawcy jako „odbiór odpadów komunalnych i segregowanych”. Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie zasobów własnych, jednak wraz z ofertą złożył oświadczenie FHU KUBA Z..... O..... o udostępnieniu zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Zamawiający powołując się na art. 26 ust. 2b Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W odpowiedzi odwołujący oświadczył, że przedmiot zamówienia wykona samodzielnie, natomiast podwykonawca został wskazany na wypadek zdarzeń nagłych, nadzwyczajnych i losowych, w których incydentalnie zostałby zastąpiony w wykonaniu swych zadań przez podwykonawcę. Wyjaśnił, że z uwagi na przewidywaną jedynie w nadzwyczajnych sytuacjach współpracę z podwykonawcą nie jest możliwe w chwili obecnej określenie zakresu działania podwykonawcy. Odwołujący oświadczył też, że przez odbiór odpadów komunalnych rozumie opróżnianie pojemników i zagospodarowanie odpadów zgodnie z Wojewódzkim Planem Gospodarki Odpadami.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania umożliwi wybranie złożonej przez niego oferty.

Odwołanie okazało się bezzasadne, gdyż odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odpowiada prawu.

Wobec braku jednoznacznego oświadczenia odwołującego w formularzu oferty oraz wątpliwości wynikających ze złożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów zamawiający zasadnie zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia. Jest słusznym prawem zamawiającego wiedzieć, w jaki sposób będzie wykonywany przedmiot zamówienia, jeśli podania takich informacji wymagał, a nie zostały mu udzielone.

Art. 26 ust. 2b Pzp nie jest normą proceduralną stanowiącą o uprawnieniu lub powinności zamawiającego. Podstawą działania zamawiającego winny być art. 87 ust. 1 Pzp w odniesieniu do formularza oferty oraz art. 26 ust. Pzp co do zobowiązania oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Jednak dla oceny czynności wezwania do wyjaśnień treści oferty i złożonych wraz z nią oświadczeń lub dokumentów, a także dla oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę wskazanie przez zamawiającego błędnej podstawy prawnej nie ma znaczenia.

Zamawiający jasno wskazał jakie kwestie winny być wyjaśnione, a sam fakt dokonania wezwania nie grozi wykonawcy negatywnymi skutkami i nie zmienia jego sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nawet jeśli żądanych wyjaśnień by nie udzielił. Skutki dla wykonawcy rodzi dopiero ocena udzielonych wyjaśnień (lub w razie ich braku – ocena oferty i złożonych wraz z nią oświadczeń lub dokumentów).

Istotą sporu jest ocena wyjaśnień udzielonych przez odwołującego.

Izba zgodziła się z poglądem zamawiającego i uznała, że odwołujący udzielił wyjaśnień niejednoznacznych, wewnątrznie sprzecznych, uzasadniających odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący z jednej strony twierdzi bowiem, że przedmiot zamówienia wykona samodzielnie, z drugiej jednak wskazuje udział innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. Posługuje się przy tym nieprecyzyjnymi określeniami i zmienia zakres podwykonawstwa w stosunku do wskazanego w formularzu ofertowym. Na podstawie wyjaśnień nie można ustalić, jak ma być realizowany przedmiot zamówienia. Odwołujący wbrew wymaganiu zamawiającego oraz wcześniejszej własnej deklaracji zawartej w ofercie nie określił zakresu podwykonawstwa, a pojęciu „odbioru” odpadów nadaje znaczenie szersze, niż wynikające z przepisów prawa i praktyki.

Wykonywanie działalności stanowiącej przedmiot zamówienia podlega ścisłym regulacjom wynikającym z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach i nie jest dostępne każdemu podmiotowi zainteresowanemu, lecz tylko takiemu, który spełnia wymagania wynikające z przepisów.

Za prawidłowe wykonywanie przepisów przywołanych ustaw odpowiada zamawiający. Racjonalne więc są działania zamawiającego, który żądał wskazania części zamówienia powierzonej w przyszłości podwykonawcom oraz kwestie podwykonawstwa uregulował szczegółowo we wzorze umowy, a następnie konsekwentnie je badał w toku postępowania.

Odwołujący w udzielonych wyjaśnieniach nie tylko nie rozproszył, lecz pogłębił wątpliwości zamawiającego. W tej sytuacji, skoro opisane w rozdziale XVII specyfikacji wymagania zamawiającego stawiane treści oferty w dalszym ciągu nie zostały spełnione, oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Brak definicji legalnej podwykonawstwa nie przemawia przeciw prezentowanej ocenie. Pośrednio definicję taką można wyprowadzić zresztą z art. 36 ust. 4 i 5 Pzp. Z przepisów tych wynika bowiem, że za podwykonawstwo należy uznać wykonanie całości lub części przedmiotu zamówienia przez podmiot inny, niż wykonawca.

Odwołujący wskazywał na rozprawie, że nie posłuży się podwykonawcą, lecz jedynie zastępcą. Przepisy ustawy nie przewidują instytucji zastępstwa, stąd zasadniczo podmiot wykonujący część przedmiotu zamówienia zamiast wykonawcy, należy uznać za podwykonawcę.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: