

Sygn. akt: KIO 1414/19

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Magdalena Grabarczyk
Ewa Kisiel

Protokolant:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 r. przez wykonawcę: M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Proszowice z siedzibą w Proszowicach, przy udziale Wykonawcy EKOM M. Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 1414/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Krakowie.

Sygn. akt KIO 1414/19

Uzasadnienie

Gmina Proszowice z siedzibą w Proszowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów

komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz domków letniskowych położonych na terenie gminy Proszowice”, nr sprawy ROŚ-271.3.2019, zwane dalej: „postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 maja 2019 r. pod numerem 2019/S 095-229854. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 22 lipca 2019 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MKI M. J. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy EKOMM. Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach (dalej: „Przystępujący”) mimo, że w skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu,

względnie

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo, iż wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez Zamawiającego, a to związane z przedstawieniem:

A. informacji w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) Jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”), że wedle własnej wiedzy nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, o których mowa w prawie krajowym podczas gdy, Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska wydał ostateczne decyzje w przedmiocie nałożenia na Przystępującego administracyjnych kar pieniężnych za działania sprzeczne z ochroną środowiska,

B. informacji w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt C JEDZ (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi), że nie znalazł się w sytuacji, w której był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji (pkt a) lub zataił te informacje (pkt b) podczas, gdy wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17, Przystępujący został wykluczony, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta i Gminy Morawica w okresie od 1 lipca 2017 r. do 30 czerwca 2020 r.”, a jego działania zostały uznane jako rażące,

C. informacji w Części IV (Kryteria kwalifikacji) pkt A JEDZ (Ogólne oświadczenia dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji), że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji warunkujące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiada aktualny i nieobarczony wadami wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Gminy i Miasta Proszowice w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji dysponuje on bazą magazynowo-transportową, spełniającą wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, stanowiącą podstawę uzyskania i utrzymania w/w wpisu do działalności regulowanej podczas, gdy Przystępujący takiej bazy nie posiada, a zatem nie spełnia przesłanek z § 2 ust. 1 pkt 1) niniejszego rozporządzenia, tj. nie posiada bazy magazynowo-transportowej w Gminie i Mieście Proszowice ani w odległości 60 km od jej granic,

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania mimo, że nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, w Części V, pkt 1 w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

4. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, zawartej w jego ofercie.

5. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieodrzućenie oferty Przystępującego w sytuacji, gdy zawierała ona rażąco niską cenę.

6. art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji nie wykluczenie Przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy ten w sposób zawiniony rażąco naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał kilka zamówień publicznych, jak i - z ostrożności procesowej - w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu 2C, jak i pozostałych zarzutów, które skutkowałyby wykluczeniem Przystępującego:

7. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez brak wezwania Przystępującego do przedstawienia dokumentu wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej na terenie Gminy Proszowice lub w odległości nie większej niż 60 km od jej granic spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w sytuacji, gdy Odwołujący pismem z dnia 1 lipca 2019 r. poinformował Zamawiającego o fakcie niezgodności we wpisie Przystępującego do rejestru działalności regulowanej na terenie Gminy Proszowice.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny i badania ofert oraz czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert, w tym wykluczenia Przystępującego z postępowania (w konsekwencji odrzucenia jego oferty),

a w sytuacji braku wykluczenia Przystępującego z postępowania i uwzględnienia jedynie któregoś z zarzutów ewentualnych Odwołujący wniósł o:

3. zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów wedle treści odpowiedniego zarzutu oraz wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kwoty wpisu oraz uzasadnionych kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego i kosztów według spisu przedłożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zgodnie z punktacją przyznaną przez Zamawiającego, oferta Przystępującego uzyskała 100,00 punktów i została wybrana do realizacji przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego otrzymała 85,51 punktów i uplasowała się na trzecim miejscu, zaraz za ofertą Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych TAMAX S. C. . Zgodnie z postanowieniami SIWZ o zamówienie mogli ubiegać się tylko wykonawcy, posiadający uprawnienia do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, czyli legitymujący się aktualnym wpisem do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Gminy i Miasta Proszowice w zakresie odbierania odpadów komunalnych, zgodnym z treścią Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W postępowaniu zastosowano tzw. procedurę odwróconą, a z uwagi na wartość zamówienia Wykonawcy składali oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w formie JEDZ.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp:

Zamawiający w JEDZ zobowiązał wykonawców do złożenia m.in. następujących oświadczeń:

1. Czy Wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa

ochrony środowiska, o których mowa, do celów niniejszego postępowania, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE - Część III. pkt C JEDZ;

2. Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje - Część II, pkt C JEDZ;

3. W odniesieniu do kryteriów kwalifikacji wykonawca oświadcza, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji - Część IV pkt A JEDZ.

W Części VI JEDZ, Przystępujący oświadczył, że informacje podane w częściach II-V JEDZ były dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd.

Przystępujący złożył oświadczenia, że nie naruszył swoich obowiązków z dziedziny prawa ochrony środowiska, że nie był winny poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd, czy też, że spełnia warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym w ocenie Odwołującego można zarzucić mu przynajmniej działanie niedbałe, polegające na zaistnieniu przynajmniej niezamierzonego błędu po jego stronie, a związanego z brakiem działania starannego, wymaganego od profesjonalisty, w zakresie ustalenia, czy złożone przez niego oświadczenia są prawdziwe. Jednak ponieważ Przystępujący świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd składając stosowne, nie polegające na prawdzie oświadczenia może zostać zastosowany art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a także art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - z uwagi na fakt, że nie zawężył on rodzaju informacji, których dotyczy, tylko do informacji przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale mówi o informacjach mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Przystępujący w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ oświadczył, że wedle własnej wiedzy nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, o których mowa m.in. w prawie krajowym. Tymczasem Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska (dalej ŚWIOŚ) w drodze ostatecznych decyzji nałożył na Przystępującego kary pieniężne za działania sprzeczne z ochroną środowiska:

1. Decyzja ŚWIOŚ z dnia 9 stycznia 2013 r. znak: IK.7062.71.5.2013 wymierzająca Przystępującemu administracyjną karę pieniężną w wysokości 10 000 zł;
2. Decyzja ŚWIOŚ z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.10.2017 wymierzająca Przystępującemu administracyjną karę pieniężną w wysokości 50 000 zł;
3. Decyzja ŚWIOŚ z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.11.2017 wymierzająca Przystępującemu administracyjną karę pieniężną w wysokości 10 000 zł;
4. Decyzja ŚWIOŚ z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.12.2017 wymierzająca Przystępującemu administracyjną karę pieniężną w wysokości 10 000 zł;
5. Decyzja ŚWIOŚ z dnia 9 stycznia 2018 r., znak: IK.7062.71.1.2018 wymierzająca Przystępującemu administracyjną karę pieniężną w wysokości 1 000 zł.

Jako dowody na potwierdzenie powyższego Odwołujący wskazał:

1. Pismo ŚWIOŚ z dnia 4 lipca 2017 r., znak: IK. 1331.3.2017.A;
2. Decyzja ŚWIOŚ z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.10.2017;
3. Decyzja ŚWIOŚ z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.11.2017;
4. Decyzja ŚWIOŚ z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.12.2017;
5. Decyzja ŚWIOŚ z dnia 9 stycznia 2018 r., znak: IK.7062.71.1.2018.

Decyzja ŚWIOŚ z dnia 9 stycznia 2013 r., która stała się prawomocna z dniem 17 lutego 2017 r. była już przedmiotem rozważań KIO i stanowiła wystarczającą i samodzielną przesłankę do wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp (wyrok z 22 sierpnia 2017 roku, sygn. akt KIO 1638/17). Wobec powyższego Przystępujący wiedział o nałożonych na siebie karach

pieniężnych za działania sprzeczne z ochroną środowiska, a zatem świadomie wprowadził

Zamawiającego w błąd, co stanowi przesłankę do wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W ocenie Odwołującego opisane naruszenie było na tyle rażące i świadome, że podstawą wykluczenia winien być w tym przypadku pkt 16 w/w przepisu.

Zdaniem Odwołującego na obecnym etapie postępowania Przystępujący nie może usprawiedliwiać się brakiem specjalistycznej wiedzy z zakresu prawa administracyjnego, co do terminów ostateczności w/w decyzji o karach środowiskowych, czy też działaniem przez inne podmioty, którym zlecił prowadzenie postępowań. Tak uznała również Izba na 24/25 stronie uzasadnienia w/w wyroku z dnia 22 sierpnia 2017 r.: „Nie stanowił usprawiedliwienia naganności zachowania Wykonawcy E. Żaden z argumentów podniesionych przez niego na rozprawie, czy w piśmie procesowym. Przede wszystkim nie może on zasłaniać się okolicznością, że nawet Izba w postępowaniu odwoławczym prowadzonym pod sygn. akt KIO 1087/17 nie była w stanie ustalić daty ostateczności decyzji organu drugiej instancji. Dokonywanie takich ustaleń nie leży w kompetencji Izby. Kwestia ta powinna zostać wyjaśniona, we własnym interesie, przez samego Przystępującego jako strony postępowania administracyjnego, względnie - w interesie prawidłowości czynności podejmowanych w postępowaniu - przez Zamawiającego. Nie zwalnia Przystępującego z odpowiedzialności twierdzenie, że nie jest on specjalistą z zakresu prawa administracyjnego. Nawet jeśli przyjąć, że wykonawca nie powinien posiadać choćby elementarnej wiedzy w tej dziedzinie, to niewątpliwie jego obowiązkiem jest zapewnienie sobie fachowej pomocy, co jednak w żaden sposób nie zwalnia go z powinności trzymania pieczy nad przebiegiem powierzonych profesjonalnemu pełnomocnikowi sprawy. Stąd argumentacja, że Wykonawca E. korzysta aktualnie z innego pełnomocnika, który nie miał wiedzy o przebiegu omawianego postępowania administracyjnego, czy obarczanie odpowiedzialnością za nieustalenie daty, w której decyzja instancji odwoławczej stała się ostateczna pracownika Przystępującego nie mogły się ostać”. Niezależnie od powyższych decyzji nakładających kary finansowe na Przystępującego w systemie orzecznictwa Głównego Inspektora Ochrony Środowiska znajdują się informacje na temat wyroków i postanowień Naczelnego Sądu Administracyjnego dotyczące oddalenia zażaleń i skarg składanych przez Przystępującego, a także decyzje GIOŚ w przedmiocie utrzymania w mocy decyzji wydanych przez ŚWIOŚ.

Przystępujący w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ oświadczył, że nigdy nie był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji i że nigdy nie zataił tych informacji.

Odwołujący twierdził, że przytoczony wyrok KIO 1638/17 stanowi bezsporny dowód na nieprawdziwość powyższego oświadczenia.

Niezależnie od zarzutów związanych z treścią JEDZ oraz SIWZ Odwołujący wskazał, że wprawdzie Zamawiający nie wyartykułował wprost w SIWZ konieczności posiadania przez wykonawców bazy magazynowo-transportowej stanowiącej podstawę wpisu do rejestru działalności regulowanej w Gminie Proszowice, to jednak uznał, że warunkiem koniecznym do wzięcia udziału w postępowaniu było posiadanie takiego wpisu. Oczywistym jest natomiast, że warunkiem sine qua non uzyskania i utrzymania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych było posiadanie bazy magazynowo-transportowej spełniającej wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Fakt posiadania takiej bazy był weryfikowany pośrednio przez Zamawiającego przez weryfikację, czy wykonawca posiada w/w wpis do rejestru. Wymóg posiadania takiej bazy wynika z art. 9d ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który stanowi, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej. Wymogi dotyczące usytuowania i wyposażenia bazy wnikają natomiast z ww. rozporządzenia Ministra Środowiska. Zgodnie natomiast z art. 9c ust. 4 w/w ustawy, do wniosku o wpis do rejestru dołącza się oświadczenie o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Dalej art. 9j ust. 1 w/w ustawy stanowi, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta wydaje decyzję o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem, w przypadku gdy przedsiębiorca złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 9c ust. 4 niezgodne ze stanem faktycznym lub stwierdził rażące naruszenie warunków wymaganych prawem do wykonywania działalności regulowanej przez przedsiębiorcę. Decyzja taka podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Przystępujący nie spełnia i nie spełniał wymogu dotyczącego posiadania ww. bazy

magazynowo-transportowej w odległości mniejszej niż 60 km od terenu Gminy Proszowice. Zdaniem Odwołującego jedyną bazą, która z całą pewnością nie spełnia warunków określonych przez w/w przepisy prawa, a zapewne będącą podstawą wpisu do RDR w Gminie Proszowice, jest nieruchomości oznaczona jako działka ew. 123/3, obr. 14 Sielec Biskupi, gmina Skalbmierz. Odwołujący wskazał jednak, że decyzją SKO w Kielcach z dnia 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt SKO.OŚ-60/2564/144/2017 Przystępującemu zostało cofnięte bez odszkodowania zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów udzielone przez Starostę Kazimierskiego, a dotyczące dokładnie tej nieruchomości. Jeśli zatem ta sama nieruchomość stanowiła podstawę do wpisu w RDR w Gminie Proszowice to z całą pewnością wpis Przystępującego jest wadliwy i powinno zostać wszczęte postępowanie w zakresie jego wykreślenia. Na dowód powyższego Odwołujący wskazał Decyzję SKO w Kielcach z 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt SKO.OŚ-60/2564 /144/2017. Odwołujący pismem z 1 lipca 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przeprowadzenie kontroli bazy magazynowo-transportowej Przystępującego stanowiącej podstawę wpisu do RDR w Gminie Proszowice. Zamawiający jednak zaniechał przeprowadzenia kontroli, a także udzielenia Odwołującemu odpowiedzi na przesłany wniosek. Na dowód powyższego Odwołujący wskazał wniosek o przeprowadzenie kontroli z 1 lipca 2019 r. wraz z dowodem nadania (wiadomość email z dnia 1 lipca 2019 r.). Zamawiający na skutek otrzymanej informacji posiadał zatem wiedzę na temat wadliwości wpisu Przystępującego do RDR w Gminie Proszowice, co powinno skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania.

W przypadku warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, nie chodziło wyłącznie o formalne spełnienie warunku, ale o weryfikację rzeczywistej możliwości realizacji przez wykonawcę zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami obowiązującego prawa. Uzyskanie wpisu do rejestru miało bowiem potwierdzać, że wykonawca spełnia wszystkie wymagane prawem warunki do tego by prowadzić w danej gminie działalność regulowaną.

W konsekwencji powyższego zarzutu podstawą wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia może również stanowić art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Odwołujący podniósł ponadto, że oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę - 4 672 800 zł, gdy pozostałe oferty:

1. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych TAMAX S. C. - 5 374 000 zł;
2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J. - 6 160 015,87 zł;
3. Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. - 6 812 428,32 zł.

W opinii Odwołującego w świetle powyższego Zamawiający powinien był na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztów oferowanej w zamówieniu usługi. Zamawiający zaniechał jednak takiej czynności. W ocenie Odwołującego zrealizowanie usługi za kwotę podaną przez Przystępującego nie będzie możliwe. Potwierdza to fakt, że drugi z oferentów zaproponował cenę na poziomie zbliżonym do Odwołującego. Przystępujący zaproponował rażąco niską cenę w stosunku reguł rynkowych, a zatem jego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu również na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Zamawiający wprawdzie nie wskazał wprost możliwości wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie w/w przepisu, jednakże mając na uwadze ogrom naruszeń zawodowych jakich dopuścił się Przystępujący oraz doniosłość sektora gospodarki w jakim realizowane jest przedmiotowe zamówienie publiczne opisane wyżej okoliczności winne być wzięte pod uwagę z urzędu. Przystępujący w ciągu ostatnich kilku lat wielokrotnie rażąco, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość - w szczególności gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał kilka zamówień publicznych. Odwołujący wskazał że, wedle jego aktualnej na dzień składania odwołania wiedzy, z winy Przystępującego rozwiązane zostały umowy o zamówienia publiczne realizowane na rzecz następujących podmiotów:

1. Gmina Zabierzów - sektor I,
2. Gmina Zabierzów - sektor II,
3. Gmina Zabierzów - sektor IV,
4. Gmina Mogilany,

5. Gmina Jędrzejów.

Na dowód powyższego Odwołujący wskazał:

1. Pismo Wójta Gminy Zabierzów z dnia 27 lipca 2018 r. - sektor I,
2. Pismo Wójta Gminy Zabierzów z dnia 27 lipca 2018 r. - sektor II,
3. Pismo Wójta Gminy Zabierzów z dnia 27 lipca 2018 r. - sektor IV,
4. Informacja ze strony internetowej Gminy Mogilany,
5. Informacja ze strony internetowej Gminy Jędrzejów.

Zamawiający powinien uwzględnić podczas dokonywania oceny ofert wykonawców również kryterium ich rzetelności.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien wyjaśnić z Przystępującym wątpliwości powstałe w związku z posiadaniem wpisu do rejestru działalności regulowanej. Zaniechanie odpowiedniego wezwania do wyjaśnień stanowić może naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp.

W ramach zgłoszonych w odwołaniu wniosków dowodowych Odwołujący wniósł o zobowiązanie:

1. Przystępującego do dostarczenia dokumentów lub oświadczeń wskazujących adres jego bazy magazynowo-transportowej, która stanowiła podstawę wydania dla Przystępującego aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Gminy i Miasta Proszowice w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia,
2. Zamawiającego do dostarczenia dokumentów lub oświadczeń wskazujących adres bazy magazynowo-transportowej Przystępującego, która stanowiła podstawę wydania dla Przystępującego aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Gminy i Miasta Proszowice w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia,
3. Zamawiającego do dostarczenia dokumentów wskazujących na spełnianie przez ww. bazę Przystępującego wymogów stawianych przez Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, ewentualnie oświadczenia Zamawiającego, czy weryfikował spełnianie przez tą bazę ww. wymogów stawianych przez rozporządzenie - i z jakim rezultatem.

Ze względu na konieczność zapewnienia szybkości postępowania Odwołujący wniósł o zobowiązanie Przystępującego i Zamawiającego o dostarczenie ww. dokumentów, w ramach czynności, które zmierzają do przygotowania rozprawy, w piśmie wysłanym drogą elektroniczną (wraz z wszystkimi załącznikami) zarówno do Zamawiającego, Odwołującego jak i do Prezesa KIO w terminie nie później niż na 2 dni robocze przed planowanym terminem posiedzenia. Jako podstawę prawną żądania Odwołujący wskazał art. 185 ust. 7 Pzp w zw. z art. 1191 §1 Kpc w zw. z art. 248 § 1 Kpc.

Na wypadek, gdyby Przystępujący kwestionował zarzuty Odwołującego w zakresie niespełniania przez Przystępującego wymagań stawianych przez ww. rozporządzenie bazie magazynowo-transportowej Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia czy wskazywana przez Przystępującego baza magazynowo-transportowa, spełnia wymagania odpowiedniego rozporządzenia oraz z oględzin ww. bazy magazynowo-transportowej Przystępującego.

Zamawiający 2 sierpnia 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o jego oddalenie i o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, wskazując ponadto, że w SIWZ nie zostały przewidziane fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 8 Pzp. Z tego względu niezasadne były zarzuty Odwołującego dot. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Odwołujący wskazał, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, ale co do okoliczności, które mogłyby być przesłanką wykluczenia z postępowania tylko na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 8 Pzp. Wobec braku zastrzeżenia możliwości wykluczenia wykonawców w oparciu o te przepisy Pzp wykonawcy nie mogli w tym zakresie wprowadzić Zamawiającego w błąd.

W zakresie związanym z dysponowaniem bazą magazynowo-transportową Zamawiający

wskazał, że nie żądał, by wykonawcy dysponowali taką bazą, a wykazali, że posiadają niezbędne uprawnienia do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zamawiający uznał również za niezasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający podniósł, że ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu przekraczały kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotu zamówienia, co zmusiło Zamawiającego do podwyższenia tej kwoty. Okoliczność ta dowodziła braku rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego. Pozostałe zarzuty odwołania, jako wynikające z powyższych, w ocenie Zamawiającego również powinny zostać oddalone.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że 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, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba przeprowadziła dowód z wskazanych przez Strony dokumentów znajdujących się w aktach postępowania.

W zakresie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego oraz wniosku o zobowiązanie Zamawiającego i Przystępującego do dostarczenia dokumentów dotyczących bazy magazynowo-transportowej Przystępującego, Izba uznała, że dowody zostały powołane jedynie dla zwłoki i na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp odmówiła ich przeprowadzenia.

Zarzuty naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo że w skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, lub
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo, że lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje

wprowadzające w błąd Zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez Zamawiającego,

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania mimo, że nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, w Części V, pkt 1 w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

4. art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji nie wykluczenie Przystępującego z postępowania w sytuacji, gdy ten w sposób zawiniony rażąco naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał kilka zamówień publicznych

nie potwierdziły się.

Zgodnie z Częścią V SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy:

1. posiadali uprawnienia do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wynikające z przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2018 poz. 1454 z późn. zm.),
2. posiadali uprawnienia w zakresie transportu odpadów, wynikające z przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U z 2019 r. poz. 701),
3. w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonali lub wykonywali co najmniej jedną usługę polegającą na odbieraniu i zagospodarowaniu - w okresie co najmniej dwunastu kolejnych miesięcy - odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych przez co najmniej 12 tys. mieszkańców,
4. nie podlegali wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 oraz ust. 5 pkt 8 Pzp.

Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ możliwości wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, który stanowi, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania

lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych,

2. art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, który stanowi, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych.

Biorąc pod uwagę powyższą okoliczność Izba uznała, że Przystępujący nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd - tak w wyniku celowego działania jak i lekkomyślności. Odwołujący dowodził, że złożone Zamawiającemu przez Przystępującego oświadczenie JEDZ w zakresie podstaw związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi oraz ogólnych oświadczenia dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji było z powodów opisanych w uzasadnieniu odwołania nieprawdziwe. Izba uznała jednak, że Odwołujący zmierza do wykazania, że Przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 7 Pzp, a zaniechanie wykluczenia jest wynikiem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, jakiego miał dopuścić się Przystępujący. Skoro Zamawiający nie zastrzegł możliwości wykluczania wykonawców z postępowania na podstawie ww. przepisów Pzp, to niemożliwe było wprowadzenie go w błąd, co do okoliczności określonych w dyspozycjach obu tych przepisów. Oceny tej nie zmienia fakt, że Przystępujący wypełnił JEDZ również w tych częściach, których nie wymagał Zamawiający. JEDZ składany jest w celu wstępnego wykazania przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceniany jest przez pryzmat tychże warunków. Zamawiający nie miał zatem podstaw do oceny JEDZ Przystępującego w zakresie wykraczającym poza przytoczone wyżej warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ.

Zamawiający nie żądał również, by wykonawcy posiadali bazy magazynowo-transportowe spełniającej wymogi odpowiedniego Rozporządzenia Ministra Środowiska lub choćby dysponowali takimi bazami. Warunek udziału w postępowaniu określony w Części V pkt 2 SIWZ wskazywał wyłącznie na obowiązek posiadania stosownych uprawnień. Nie budzi wątpliwości, że takie uprawnienia Przystępujący posiada i fakt ten w należyty sposób wykazał Zamawiającemu. Tym samym nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez brak wezwania Przystępującego do przedstawienia dokumentu wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej na terenie Gminy Proszowice lub w odległości nie większej niż 60 km od jej granic.

Wobec powyższego wskazane wyżej zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

Zarzuty naruszenia:

1. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny zawartej

w jego ofercie,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieodrzućenie oferty Przystępującego w sytuacji, gdy zawierała ona rażąco niską cenę

nie potwierdziły się.

Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią protokołu ZP-PN została ustalona w wysokości 4 259 259,26 zł netto. Zamawiający podczas otwarcia ofert poinformował wykonawców, że na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 4 600 000,00 zł brutto. Ceny ofert złożonych w postępowaniu kształtowały się następująco:

1. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TamaX” S. C. z siedzibą w Sędziszowie - 5 374 000 zł,
2. Przystępujący - 4 672 800,00 zł,
3. Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - 6 812 428,32 zł,
4. Odwołujący - 6 160 015,87 zł.

W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że przedmiotowe postępowanie zostało poprzedzone wcześniejszym, na ten sam przedmiot zamówienia, przy czym poprzednie postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, ze względu na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty przekraczała kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia. Wobec faktu, że w bieżącym postępowaniu również wystąpiła przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisu, Zamawiający zdecydował się zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zadania.

Art. 90 ust. 1a Pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki określone w przytoczonym przepisie. Ponadto żaden z wykonawców nie kwestionował prawidłowości ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. W tych okolicznościach, skoro Odwołujący kwestionował cenę oferty Przystępującego obowiązany był choćby uprawdopodobnić istnienie okoliczności, które były podstawą do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaproponowaną przez Przystępującego cenę. Tymczasem jedynym argumentem Odwołującego na poparcie stawianego zarzutu było oparta na własnym doświadczeniu deklaracja, że za cenę zaproponowaną przez Przystępującego nie da się zrealizować zadania w sposób należyty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).