

WYROK
z dnia 12 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel -Kowalczyk

Członkowie: Emil Kuriata

Jolanta Markowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz Conteko Sp. z o.o. z siedzibą Radłowie** postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Radłów**

przy udziale wykonawcy **K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K. W. z siedzibą w Stopnicy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz Conteko Sp. z o.o. z siedzibą Radłowie** i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz Conteko Sp. z o.o. z siedzibą Radłowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz Conteko Sp. z o.o. z siedzibą Radłowie** na rzecz Gminy Radłów, kwotę 2460 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, 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 Warszawie.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Radłów – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Radłów, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Radłowie, w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r., znak sprawy: PPI.271.18.3.20.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 17 grudnia 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz Conteko Sp. z o.o. z siedzibą Radłowie** (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia: czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pana K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K. W. z siedzibą w Stopnicy** (zwany dalej **EcoTech**) oraz zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia **EcoTech** z Postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że nie podlega on wykluczeniu z Postępowania, gdyż w części III sekcja C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) na pytanie, czy jest winien poważnego wykroczenia zawodowego udzielił odpowiedzi przeczącej (NIE) bez podania jakichkolwiek informacji, w sytuacji, gdy wykonawca ten był winien poważnego wykroczenia zawodowego, bowiem

a.w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, tj. umowę na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z obszaru gminy Olesno” w okresie od 01.07.2017 do co najmniej 30 maja 2019 r.,

b.w okresie co najmniej od lipca do sierpnia 2018 r. nielegalnie deponował odpady komunalne odebrane z terenu gminy Olesno na działkach położonych na terenie leśnym, przy łuku lokalnej drogi relacji Tarnobrzeg - Stalowa Wola,

przy czym wykonawca **EcoTech** miał świadomość ww. okoliczności, bowiem został w 2019 r. skutecznie wykluczony przez Gminę Olesno z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, a nadto był stroną postępowania administracyjnego dotyczącego

opłaty za składowanie odpadów oraz postępowania w sprawie usunięcia odpadów z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania, stąd też zatajenie ww. informacji musi być ocenione jako przejaw co najmniej rażącego niedbalstwa tego wykonawcy,

2.art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia EcoTech z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania, gdyż w części III sekcja C JEDZ na pytanie, czy jest winien poważnego wykroczenia zawodowego udzielił odpowiedzi przeczącej (NIE) bez podawania jakichkolwiek informacji, w sytuacji, gdy wykonawca ten był winien poważnego wykroczenia zawodowego, bowiem

a.w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, tj. umowę na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z obszaru gminy Olesno” w okresie od 01.07.2017 do co najmniej 30 maja 2019 r.,

b.w okresie co najmniej od lipca do sierpnia 2018 r. nielegalnie deponował odpady komunalne odebrane z terenu gminy Olesno na działkach położonych na terenie leśnym, przy łuku lokalnej drogi relacji Tarnobrzeg - Stalowa Wola,

przy czym wykonawca EcoTech miał świadomość ww. okoliczności, bowiem został w 2019r. skutecznie wykluczony przez Gminę Olesno z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, a nadto był stroną postępowania administracyjnego dotyczącego opłaty za składowanie odpadów oraz postępowania w sprawie usunięcia odpadów z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej niedbalstwa (i to zdaniem Odwołującego niedbalstwa rażącego),

3. art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia EcoTech z Postępowania pomimo iż wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności:

a.w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, tj. umowę na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z obszaru gminy Olesno” w okresie od 01.07.2017 do co najmniej 30 maja 2019 r.,

b.w okresie co najmniej od lipca do sierpnia 2018 r. w wyniku zamierzonego działania (lub co najmniej rażącego niedbalstwa) nielegalnie deponował odpady komunalne odebrane z terenu gminy Olesno na działkach położonych na terenie leśnym, przy łuku lokalnej drogi relacji Tarnobrzeg - Stalowa Wola,

a jednocześnie nie przedstawił Zamawiającemu dowodów potwierdzających podjęcie środków wystarczających do wykazania jego rzetelności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.uwzględnienia odwołania w całości,

2.nakazania Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,

3.nakazanie Zamawiającemu wykluczenie EcoTech z Postępowania.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania Odwołujący odnośnie poważnego wykroczenia zawodowego wskazał, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający, w rozdziale IX pkt 2) SIWZ przewidział, że wykluczy z Postępowania m.in. 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.

Odwołujący wskazał, że wykonawca EcoTech składając swoją ofertę przedstawił Zamawiającemu dokument JEDZ, w którym w części III sekcja C jednoznacznie oświadczył, że nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego. Jednocześnie jednak informacje posiadane przez Odwołującego - które zostały przekazane Zamawiającemu w toku Postępowania o udzielenie zamówienia - wskazują, że wykonawca ten, wbrew swoim zapewnieniom, naruszył poważnie swoje obowiązki zawodowe.

Odwołujący podniósł, że wykonawca ten, zgodnie ze stanowiskiem Gminy Olesno, w części nie wykonał, a w części wykonał nienależycie zamówienie na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z obszaru Gminy Olesno w okresie od 1 lipca 2017 r. do 30 kwietnia 2019 r. W szczególności EcoTech:

- w części nieterminowo odbierał poszczególne frakcje odpadów z naruszeniem częstotliwości uwzględniającej wytyczne SIWZ,

- w części nieterminowo, a w części nie wykonał obowiązku wyposażenia nieruchomości zamieszkałych w pojemniki na odpady komunalne zmieszane,

- nie wykonał obowiązku odbioru odpadów wielkogabarytowych w I półroczu 2019 r.,

- nie przekazał części odebranych odpadów komunalnych do instalacji przetwarzającej odpady, lecz je nielegalnie zdeponował na działce leśnej na terenie Gminy Grębów (szerzej na ten temat w dalszej części odwołania).

Odwołujący podkreślił, iż informacje posiadane przez niego potwierdzają, że EcoTech faktycznie naruszył swoje obowiązki zawodowe nie wykonując / nienależycie wykonując umowę w sprawie zamówienia publicznego w takim stopniu, który podważa jego wiarygodność jako uczestnika zamówień publicznych. Co więcej, jak wynika z ustaleń Odwołującego, EcoTech jest winien bardzo poważnego wykroczenia zawodowego, polegającego na zdeponowaniu odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy Olesno na działce leśnej. Mianowicie, jak zostało ujawnione przez Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, na terenie działki leśnej położonej w miejscowości Grębów wykonawca ten zmagazynował i zakopał odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych, odpady tworzyw sztucznych oraz niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, niewątpliwie wypełnia znamiona fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy przewidzianej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się 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.

Odwołujący przywołał orzecznictwo zgodnie z którym, posłużenie się w przywołanym przepisie pojęciem „w

sposób zwiniony" dotyczy możliwości przypisania wykonawcy winy, która może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niebaldstwo, lekkomyślność) - sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie, lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć (por. w szczególności uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1298/20, podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 7 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1001/18). Nadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 czerwca 2017 r. sygn. akt XII Ga 219/17, poważne naruszenie obowiązków zawodowych należy utożsamiać raczej z brakiem profesjonalizmu w postępowaniu, a nie z zaniedbaniem, czy brakiem staranności przy realizacji zamówienia. Do pojęcia "poważnego naruszenia obowiązków zawodowych" odniósł się również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 roku o sygn. C- 465/11 (Forposta), wskazując m.in., że "pojęcie "poważnego wykroczenia" zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niebaldstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy."

W tym kontekście, fakt zakopania przez EcoTech odpadów komunalnych (w tym odpadów komunalnych niesegregowanych o kodzie 20 03 01) na działce leśnej niewątpliwie podważa rzetelność tego wykonawcy. Zakopanie odpadów komunalnych w lesie, zamiast przekazania ich do właściwej instalacji przetwarzającej odpady (co oczywiście wiąże się z koniecznością zapłaty właścicielowi takiej instalacji wynagrodzenia za przetworzenie odpadów) jest jednym z najpoważniejszych (jeśli nie najpoważniejszym) wykroczeniem zawodowym, jakie można przypisać podmiotowi odbierającemu odpady komunalne.

Odpady te - co istotne - zostały przewiezione z miejsca ich wytworzenia na odległość blisko 100 km, poza granice obowiązującego wówczas regionu gospodarowania odpadami (region tarnowski województwa małopolskiego), na teren innego województwa (tj. na teren województwa podkarpackiego) - co było zakazane na mocy obowiązującego wówczas przepisu art. 20 ust. 8 obowiązującej wówczas ustawy o odpadach. Nadto okoliczność zakopania tychże odpadów w ziemi (w lesie) wskazuje w sposób jednoznaczny na zamiar ukrycia ich nielegalnego składowania przed organami ochrony środowiska. Przesądza to, w ocenie Odwołującego, o możliwości przypisania wykonawcy EcoTech winy w naruszeniu obowiązków zawodowych - i to zdaniem Odwołującego winy umyślnej.

Odwołujący wskazał ponadto, że nie sposób zakwalifikować ww. okoliczności inaczej, aniżeli jako rażącego naruszenia podstawowych obowiązków zawodowych przez wykonawcę EcoTech, wyrażającego się nie tylko naruszeniem postanowień umowy łączącej go z Gminą Olesno (w myśl tych postanowień odpady miały zostać przekazane do właściwej instalacji przetwarzającej odpady - za takie przekazanie do zagospodarowania Gmina wypłacała wykonawcy wynagrodzenie umowne), ale również obowiązujących przepisów prawa, w tym ustawy o odpadach oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (przy czym za naruszenie tych przepisów groziła i grozi osobie nierzeczywiście odpowiedzialność administracyjna, wykroczeniowa i karna).

Odwołujący dostrzegł także, że działalność polegająca na odbiorze odpadów komunalnych jest działalnością regulowaną, wymagającą od podmiotów ją wykonujących znacznej profesjonalizacji. Powyższe sprawia, że od przedsiębiorców zajmujących się tego rodzaju działalnością wymagana jest szczególnego rodzaju staranność, która musi być oceniana według podwyższonego miernika. Przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości winni każdorazowo dokładać szczególnej staranności, aby przepisów obowiązującego prawa przestrzegać i postępować z odebranymi odpadami w sposób zgodny z prawem i bezpieczny dla środowiska.

Tymczasem nielegalne składowanie odpadów (a w istocie ich zakopywanie w lesie) może bezpośrednio grozić powstaniem szkody środowisku, czego podmiot profesjonalnie zajmujący się odbiorem i zagospodarowaniem odpadów musi być świadomy. Działanie takie musi być zatem ocenione jako fundamentalnie podważające uczciwość i wiarygodność zawodową wykonawcy, świadczące co najmniej o braku jego profesjonalizmu. W tej sytuacji nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości, że wykonawca EcoTech winien zostać z Postępowania wykluczony na zasadzie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że jakkolwiek Zamawiający uzyskał w toku Postępowania informacje dotyczące ww. naruszeń (poinformował go o nich Odwołujący pismem z dnia 30 listopada 2020 r.), to zaniechał ich szczegółowego sprawdzenia. Zamawiający poprzestał jedynie na uzyskaniu od EcoTech lakonicznych oświadczeń (zawartych w piśmie EcoTech z dnia 4 grudnia 2020 r.), bardzo zdawkowo odnoszących się do zarzutów Gminy Olesno, a nie popartych żadnymi dowodami. Oświadczenia te w dużej mierze sprowadzały się do próby podważenia bezstronności Gminy Olesno w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co jednak bez powołania konkretnych faktów i dowodów na ich poparcie trudno jest uznać za wystarczające. Zamawiający nie zwrócił się jednak o jakiegokolwiek wyjaśnienia do zamawiającego w ww. postępowaniu, tj. Gminy Olesno, ani o jakiegokolwiek udowodnienie twierdzeń EcoTech o rzekomo należytych wykonaniu zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Olesno oraz o braku jego winy w fakcie zakopania posiadanych przez niego odpadów na działce leśnej w Grębowie.

Powyższe, zdanie, Odwołującego potwierdza, że Zamawiający zaniechał dokonania rzetelnej oceny EcoTech pod kątem fakultatywnej przesłanki wykluczenia zapisanej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp - do czego, jako gospodarz Postępowania odpowiedzialny za zapewnienie jego zgodności z obowiązującymi przepisami, był obowiązany. Odnośnie wprowadzenia w błąd Zamawiającego odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niebaldstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria (kryteria selekcji) lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się również wykonawcę, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przedmiotowe uregulowania nakazują wykluczyć takich wykonawców, którzy:

1) odpowiednio: wprowadzają w błąd zamawiającego (tj. wywołują skutek w postaci błędnego przeświadczenia zamawiającego o rzeczywistości) lub przekazują informacje, które zamawiającego w błąd wprowadzić mogą;

- 2) odpowiednio: w zakresie okoliczności dotyczących m.in. spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub niepodlegania wykluczeniu albo w zakresie mającym wpływ na decyzję zamawiającego, zaś
- 3) podanie przez nich nieprawdziwych informacji ma charakter zawiniony, przy czym wina może mieć charakter odpowiednio: winy umyślnej lub z rażącego niedbalstwa albo z lekkomyślności lub zwykłego (nie rażącego) niedbalstwa.

W stanie faktycznym sprawy, w ocenie Odwołującego, wszystkie ww. okoliczności zostały spełnione.

Ad. 1) Co do zasady wprowadzenie zamawiającego w błąd następuje (bądź może nastąpić) poprzez przekazanie informacji nieprawdziwych. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy. Jest to zatem informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeganie rzeczywistości.

Niewątpliwie oświadczenie przez EcoTech w dokumencie JEDZ, że wykonawca ten nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego w sytuacji, gdy wykonawca tej w wyniku zamierzonego niedbalstwa lub zamierzonego działania nie wykonał należycie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego (dotyczącej odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu Gminy Olesno) oraz gdy dokonał nielegalnego zakopania odpadów pochodzących z terenu Gminy Olesno na terenie działki leśnej w Grębowie, jest informacją nieprawdziwą. Jej podanie przez EcoTech wywołało u Zamawiającego błędne przekonanie, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

Ad. 2) Informacje zatajone przez EcoTech odnosiły się do fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Informacje takie miały bezpośredni wpływ na decyzję Zamawiającego o niewykluczeniu EcoTech z Postępowania i w konsekwencji o dokonaniu wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Ad. 3) Podanie ww. informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa, i to niedbalstwa rażącego.

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności. Ów wzorzec staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02).

W stosunku do profesjonalistów (do których z pewnością należą wykonawcy oferujący swoje usługi na rynku zamówień publicznych, a zajmujący się działalnością regulowaną) miernik należytej staranności należy ustalać przy zastosowaniu przepisu art. 355 § 2 k.c. Zgodnie z jego treścią, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności. Jak się wskazuje w orzecznictwie, prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2015 r. sygn. akt I ACa 347/15). Od podmiotu takiego wymaga się posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, która obejmuje nie tylko formalne kwalifikacje, ale również ustalone standardy wymagań (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 7 maja 2015 r. sygn. akt I ACa 1666/14). Należyta staranność dłużnika, określona z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt ICSK330/11).

Pojęcie „rażącego niedbalstwa” jest nieostre i nie zawsze łatwe do oddzielenia od niedbalstwa zwykłego. W polskim orzecznictwie podkreśla się jednak konieczność obiektywizacji tego pojęcia, oceniając je w oderwaniu od elementów subiektywnych (jak np. stan psychiczny sprawcy). W tym zakresie, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2010 r. sygn. akt IV CK 151/03: „Rażące niedbalstwo jest wyższym od niedbalstwa stopniem winy nieumyślnej. Niedbalstwo określa się jako niedołożenie należytej staranności, tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c.). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak: zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej.”

Ponadto, jak się wskazuje w piśmiennictwie w przypadku, gdy wykonanie zobowiązania wymaga specjalnych wiadomości lub umiejętności, za rażące niedbalstwo należy uznać także jego postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu tych wiadomości lub umiejętności (tak m.in. J. Dąbrowa, System Prawa Cywilnego, Tom III, Część 1, Prawo zobowiązań - część ogólna (red. Z Radwański) oraz M. Nestorowicz, System Prawa Prywatnego, Tom VII, Prawo zobowiązań - część szczegółowa (red. J. Rajski), str. 1009 -1010).

W tym zakresie Odwołujący dostrzegł, że pewnym minimum staranności, której należy wymagać od wykonawcy profesjonalnie ubiegającego się o zamówienia publiczne, jest oczekiwanie, aby przekazywane przez niego informacje były informacjami prawdziwymi. Wykonawca, jeśli tylko posiada możliwość ich weryfikacji, winien takiego sprawdzenia dokonać. Wykonawca winien sobie bowiem zdawać sprawę, że przekazywane informacje stanowią podstawę wydatkowania istotnych środków publicznych (w tym przypadku kilkudziesięciu milionów złotych), zaś odpowiedzialność wykonawcy za podanie informacji fałszywych jest w prawie polskim szczególnie rygorystyczna.

W stanie faktycznym sprawy, w ocenie Odwołującego, takiej staranności po stronie EcoTech mogło zabraknąć. Jak podał Odwołujący, Wykonawca ten posiadał wiedzę o trudnościach, jakie napotkał przy wykonywaniu zamówienia publicznego na „odbior i zagospodarowanie odpadów komunalnych z obszaru gminy Olesno” w okresie od 01.07.2017 do 30 maja 2019 r. Miał też świadomość, że w prowadzonym w 2019 r. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający - Gmina Olesno - dokonała wykluczenia go z postępowania na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z obszaru gminy Olesno wraz z prowadzeniem Punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK)” właśnie z uwagi na stwierdzenie, że wykonawca ten winien jest poważnego naruszenia obowiązków zawodowych i nienależytego wykonania zamówienia.

Bezspornie, zdaniem Odwołującego, EcoTech wiedział również o fakcie zakopania odpadów komunalnych na działce

leśnej w Gminie Grębów oraz o prowadzonych w tym zakresie postępowaniach administracyjnych przez uprawnione organy. Zatajenie ww. informacji, wyrażające się pominięciem ww. okoliczności w złożonym przez niego formularzu JEDZ winno być ocenione jako zatajenie tychże informacji oraz wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do okoliczności mającej znaczenie dla wyniku Postępowania. Nie przyznając się do faktu nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia oraz do nielegalnego deponowania odpadów w na obszarze leśnym EcoTech w istocie uniemożliwił Zamawiającemu dokonanie rzetelnej oceny przesłanki wykluczenia.

W konsekwencji, Odwołujący uznał za uzasadnioną tezę, że wykonawca EcoTech winien zostać wykluczony z Postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (w stanie faktycznym sprawy spełnione są przesłanki określone w obu tych przepisach).

W dniu 22 grudnia 2020 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której nie uwzględnił zarzutów w nim zawartych oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, stosownie do norm prawem przepisanych oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych w odpowiedzi na odwołanie na okoliczność poprawnego prowadzenia postępowania.

W pierwszej kolejności Zamawiający przedstawił rys historyczny prowadzonego postępowania. Zamawiający wskazał, że w dniu 16 października 2020 roku wszczął trzecie postępowanie na Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Radłów, na których zamieszkują mieszkańcy oraz PSZOK w Radłowie, w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r. W dniu 7 grudnia 2020 roku została wybrana oferta Wykonawcy: P.U.H. EcoTech K. W., ul. Tadeusza Kościuszki 65c, 28-130 Stopnica. Zamawiający podniósł, że cena ofertowa brutto - 2.608.200,00 zł, była najniższą i najkorzystniejszą dla lokalnej wspólnoty samorządowej, gdyż stawka opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi zbieranymi i odbieranymi w sposób selektywny musiałaby zostać zwiększona do kwoty 28,49 zł, co doprowadziłoby do wzrostu opłaty o 49,93%. Zatem zaproponowana kwota była najbardziej korzystna dla gminy Radłów. Umowa w sprawie niniejszego zamówienia publicznego, mogła zostać zawarta zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, po dniu 17.12.2020 r. Ostatniego dnia Konsorcjum FB Serwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów – Lider Konsorcjum oraz Conteko Sp. z o.o., ul. Woleńska 15, 33-130 Radłów – Partner Konsorcjum złożyło odwołanie do KIO.

Przechodząc do merytorycznego stanowiska, Zamawiający wskazał, że w jego ocenie zarzuty zawarte w treści odwołania pozostają nieuzasadnione, stąd odwołanie powinno zostać oddalone. Zamawiający podkreślił, iż od samego początku oceny ofert, Odwołujący próbował wpływać na decyzje Zamawiającego, czego konsekwencją miało być odrzucenie oferty P.U.H. EcoTech K. W. lub jego wykluczenie z postępowania. Na wstępie poddał w wątpliwość oświadczenie złożone przez Przystępującego w zakresie wpisu do działalności regulowanej. Otóż podkreślić należy, iż weryfikacja „prawdziwości” oświadczenia złożonego do wpisu w Rejestrze Działalności Regulowanej przez Firmę P.U.H. EcoTech K. W. nastąpiła na etapie składania wniosku przez przedsiębiorcę zgodnie z art. 8a ust. 1a. z klauzula wskazaną w art. 8 ust. 1b Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1439), więc Zamawiający nie miał podstawy prawnej na etapie prowadzonego postępowania na Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Radłów, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Radłowie, w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r., znak sprawy: PPI.271.18.3.20, prawa do kontroli prawdziwości złożonego oświadczenia, będącego podstawą wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej. Zamawiający zwrócił również uwagę, iż zgodnie z Rozdziałem X ust. 8 pkt 1 lit. a SIWZ dla zadania: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Radłów, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Radłowie, w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r.” warunkiem sine qua non udzielenia zamówienia było m.in. złożenie zaświadczenia potwierdzającego wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 ze zm.), prowadzonego przez Burmistrza Radłowa. Zatem spełnianie warunku zostanie ocenione na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku, na zasadzie spełnia/nie spełnia. Zamawiający podkreślił, iż zgodnie ze stanowiskiem judykatury nie ma możliwości domagania się oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie weryfikacji wydanego zaświadczenia, skoro Zamawiający w tym zakresie nie sformułował żadnych dodatkowych wymogów. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ w przedmiotowym zakresie są wiążące i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. Zamawiający nie może oceniać ofert w oparciu o dokumenty, których nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu, czy też SIWZ (vide Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2020 r., sygnatura akt: KIO 2093/20). Zatem, w ocenie Zamawiającego, dopuszczenie do oceny wykonawcy przez przyrządek kontroli posiadane zaświadczenia, czego domagał się Odwołujący, oznaczałoby konieczność konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu *post factum*, co stoi w sprzeczności nie tylko z uprawnieniem Zamawiającego do formułowania warunków udziału w postępowaniu, lecz również z obowiązkiem doprecyzowania warunków w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Nie jest bowiem możliwe, aby to inny wykonawca formułował katalog dokumentów w oparciu, o który należy przeprowadzić ocenę innego wykonawcy. Niemniej, co istotne, Burmistrz Radłowa zwrócił uwagę, iż jest organem uprawnionym do prowadzenia działalności regulowanej, zatem na późniejszym etapie jest uprawniony do orzekania, czy wykreślić określony podmiot z rejestru czy też nie. Konkludując podnieść należy, iż Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, Przystępujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu i nie ma znaczenia w niniejszym stanie faktycznym, czy należy sprawdzić prawidłowość oświadczenia przedsiębiorcy, będącego podstawą wpisu do działalności regulowanej, skoro tego dokumentacja przetargowa nie przewidywała.

Odnosząc się do kwestii rzetelności i wiarygodności P.U.H EcoTech K. W., czego skutkiem miałyby być wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2, Zamawiający podniósł, iż w sposób obiektywny dokonał własnych ustaleń faktycznych, m.in. poprzez wyjaśnienia złożone przez P.U.H EcoTech K. W., dostarczone nowych referencji od zamawiających z sąsiednich gmin, tj. gminy Żabno i Lisia Góra, informacjach o wyborach dokonanych przez innych zamawiających, które skutkowały koniecznością uznania, iż w/w wykonawca w sposób rzetelny wywiązuje się ze swych obowiązków i daje rękojmię prawidłowego wykonywania swych usług. W tym miejscu Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż dokumenty, jakich zamawiający może żądać w postępowaniu określone są Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) - dalej r.w.s.r.d. W rozporządzeniu tym brak jest wskazania dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia na podstawie i ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż wezwał do wyjaśnień P.U.H EcoTech, a wykonawca dokonał czynności tzw. self-cleaning. Zgodnie bowiem

z ustawy Pzp. Wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca ma prawo przedstawić wszelkie, wybrane przez siebie dokumenty i inne dowody na powyższą okoliczność. Wówczas, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ustawy Pzp. Nie inaczej było w niniejszej sprawie, gdyż dokonana przez Zamawiającego czynność materialno-techniczna została zwieńczona zaakceptowaniem przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez P.U.H EcoTech K. W. . W ocenie Zamawiającego, powyższe zostało dokonane zgodnie z panującym stanowiskiem judykatury, które *expressis verbis* stanowi, iż „ocena zasadności przesłanek wykluczenia nie może opierać się wyłącznie na subiektywnej ocenie sytuacji dokonanej przez inny podmiot zamawiający.” Zamawiający podkreślił, że interes zamawiającego nie zawsze jest tożsamy z interesami wykonawców realizujących zamówienia. Choć co do zasady dążą oni do realizacji jednego celu tj. wykonania zamówienia publicznego, to jednak, jak w każdym zobowiązaniu kontraktowym, pojawić się mogą spory co do interpretacji zapisów umownych czy dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji umowy. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych czy prawnych, to skutkować może sporami w trakcie realizacji umowy. Obiektywna zaś ocena danej sytuacji, to próba podjęcia analizy stanowisk obu stron sporu, analiza materiału dowodowego i ocena mocy dowodowej poszczególnych dokumentów jak i stanowisk stron” (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2019 r., sygnatura akt: KIO 988/19). W ocenie Zamawiającego, w świetle ustawy Pzp jego obowiązkiem było dokonanie własnych i obiektywnych ocen naruszeń obowiązków zawodowych przez P.U.H EcoTech K. W., w tym wykazanie winy poprzez rzetelną analizę okoliczności związanych z realizacją zamówień. Analiza nie mogła zatem zostać ograniczona do przytoczenia stanowiska Odwołującego się, z innych postępowań. Jak bowiem podniesiono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2019 r., sygnatura akt: KIO 2487/19 „uczestnictwo w danym przetargu (postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) i wykluczenie wykonawcy z tego przetargu nawet na podstawie tak surowych przesłanek jak art. 24 ust. 1 pkt 16 czy pkt 17 p.z.p. nie może powodować a priori wykluczenia wykonawcy z innego przetargu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 p.z.p. przez okres 3 lat wskazany w art. 24 ust. 7 pkt 3 p.z.p. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 p.z.p. jest jedną z fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy, i tylko tego wykonawcy, 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. Zatem podstawa wykluczenia aktualizuje się dopiero w przypadku naruszenia obowiązków zawodowych z winy wykonawcy i to poważnego naruszenia. Nie można zatem tej przesłanki (nawet gdy nie jest ona wprost zdefiniowana), interpretować rozszerzająco”. Zamawiający podniósł, iż przedstawione wyjaśnienia przez P.U.H EcoTech K. W., dostarczone referencje od zamawiających z sąsiednich gmin, tj. gminy Żabno i Lisia Góra, informacje o wyborach dokonanych przez innych zamawiających, skutkują koniecznością uznania przez Zamawiającego, iż w/w wykonawca w sposób rzetelny wywiązuje się ze swych obowiązków i daje rękojmię prawidłowego wykonywania swych usług.

Odnosząc się do kwestii zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia EcoTech z Postępowania, Zamawiający podniósł, iż w/w przepisy są jedną z fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy, i to jedynie w sytuacji gdy wyjaśnienia i ustalenia faktyczne poczynione przez Zamawiającego są na tyle budzące wątpliwość, iż każda sędzić iż Wykonawca dopuścił się deliktu zawodowego i to w sposób poważny, co przełoży się na realizację przez niego udzielonego Zamówienia. Zamawiający wskazał, że w niniejszej sprawie ustalenia faktyczne przez niego poczynione, doprowadziły do konstatacji, iż warunek *sine qua non* zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie został spełniony, bowiem brak uczciwości i wiarygodności nie został udowodniony. Jeszcze raz podkreślenia wymaga fakt, iż ciężar dowodowy spełnienia przesłanek wynikających z w/w przepisów spoczywa na Zamawiającym. Powyższą tezę potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2019 r. sygnatura akt: KIO 589/19 w którym *expressis verbis* podniesiono, iż „to zamawiający musi udowodnić istnienie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, podając przy tym w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia wykonawcy argumentację odnoszącą się do każdej z przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) i przedstawiając powody, dla których uznał, iż zostały one kumulatywnie spełnione”. Reasumując Zamawiający wskazał, że skoro postępowanie przedstawione wyjaśnienia przez P.U.H EcoTech K. W., dostarczone referencje od zamawiających z sąsiednich gmin, tj. gminy Żabno i Lisia Góra, informacje o wyborach dokonanych przez innych zamawiających, skutkują koniecznością uznania przez Zamawiającego, iż w/w wykonawca w sposób rzetelny wywiązuje się ze swych obowiązków i daje rękojmię prawidłowego wykonywania swych usług. W tym świetle Zamawiający uznał, że czynność polegająca na:

a) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P.U.H EcoTech K. W.;

b) zaniechania wykluczenia K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P.U.H EcoTech K. W.;

- została podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W dniu 21 grudnia 2020 r. wykonawca K. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K. W. z siedzibą w stopnicy zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wskazał co następuje. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia EcoTech z Postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że nie podlega on wykluczeniu z Postępowania albowiem w części III sekcja C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) na pytanie, czy jest winien poważnego wykroczenia zawodowego udzielił odpowiedzi przeczącej (NIE) bez podania jakichkolwiek informacji, a w ocenie Odwołującego powinien zaznaczyć (TAK) gdyż nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, tj. umowę na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z obszaru gminy Olesno” w okresie od 01.07.2017 do co najmniej 30 maja 2019 r., oraz w okresie co najmniej od lipca do sierpnia 2018 r. nielegalnie deponował odpady komunalne odebrane z terenu gminy Olesno na działkach położonych na terenie leśnym, przy łuku lokalnej drogi relacji Tarnobrzeg - Stalowa Wola. Stosownie do treści art. 24 ust.5 pkt.2 ustawy Pzp w celu wykluczenia wykonawcy na podstawie przesłanek fakultatywnych konieczne jest ich wskazanie przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. W przeciwnym razie przesłanki te nie

będą miały zastosowania w danym postępowaniu (art. 24 ust. 6 ustawy PZP) Jeżeli jednak zostaną przez zamawiającego przewidziane, stają się w danym postępowaniu obligatoryjnymi podstawami wykluczenia (komentarz; Skubiszak-Kalinowska Irena i Ewa Wiktorowska LEX/el. 2020 - komentarz, stan prawny : 2 kwietnia 2020 r.) Przywołał również wyrok KIO z dnia 22.01.2019r. sygn. akt. 2688/18. W związku z tym Wykonawca wskazał, że Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 16.10.2020 r. nr 1) 2020/S 202-489967 w DUUE nie wskazał żadnych przesłanek o fakultatywnym wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp a ich zastosowanie jest możliwe tylko po wcześniejszym wskazaniu ich w ogłoszeniu, SIWZ.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, Wykonawca co do wykluczenia z postępowania w 2019 r prowadzonego przez Gminę Olesno, znak 341/4/19 podkreślił, że w prowadzonym postępowaniu jego oferta była droższa od oferty wybranej w związku z czym nie miał możliwości wykazania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia przez wniesienie odwołania do KIO. Ponadto ostatni kwartał realizowanej trzyletniej umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów nie należał do opłacalnych dlatego zdecydował, że nie będzie sprawdzał oferty wybranej przez Zamawiającego czy spełnia wymogi SIWZ aby móc złożyć odwołanie z uwagi na kompletny brak opłacalności ekonomicznej takiego przedsięwzięcia. W tym miejscu EcoTech zaznaczył, że pomimo tak poważnych zarzutów w uzasadnieniu Gmina realizowała umowę do samego końca przez cały okres trzech lat i naliczyła jedynie niewielką kwotę jako karę umowną nie wskazując podstaw jej naliczenia (EcoTech podejrzewa że było to nieterminowe rozstawienie koszy). EcoTech wskazał, że skoro zatem umowa była wykonywana tak źle to pojawia się pytanie dlaczego Gmina nie odstąpiła od umowy, nie naliczyła kar umownych za wskazane przewinienia i w ostatnim kwartale 2018 r. (po prawie 2,5 letnim obowiązywaniu umowy) wystawiła referencje o należyтым wykonywaniu umowy. W jego ocenie powodem utraty zaufania przez Gminę była informacja otrzymana z Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska o deponowaniu przez niego odpadów na działkach przy lokalnej drodze relacji Tarnobrzeg - Stalowa Wola. EcoTech podniósł, że ta informacja również okazała się chybiona, gdyż zdeponowane odpady pochodziły z segregacji prowadzonej przez EcoTech odpadów komunalnych. Działka o której mowa o deponowaniu odpadów stanowiła jego własność i po uporządkowaniu jej sprawa zakończyła się postanowieniem SR w Tarnobrzegu Sygn. akt II W 775/19 o odmowie wszczęcia postępowania w sprawie wykroczenia. EcoTech podkreślił iż za rzekome zakopane odpady w lesie jak sugeruje Odwołujący nie doszło do ukarania.

Odnośnie naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia EcoTech z Postępowania pomimo iż wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe przy czym Odwołujący wskazał przesłanki podniesione w zarzucie 1 czyli wskazuje że odwołujący w przesłonce fakultatywnej zataił fakt naruszenie realizacji umowy z Gminą Olesno i nielegalne deponowanie odpadów na działkach przy lokalnej drodze relacji Tarnobrzeg - Stalowa Wola, Wykonawca podniósł, że Odwołujący swoją tezę dowodową oparł jedynie na informacji pochodzącej z uzasadnienia wykluczenia EcoTech z postępowania prowadzonego przez Gminę Olesno na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z obszaru gminy Olesno wraz z prowadzeniem Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w 2019 r. znak 341/4/19. W jego ocenie, brak jest jakichkolwiek innych dowodów zaś całe uzasadnienie oparte jest na nieprawdziwych informacjach prawdopodobnie opartych o rzekome zakopanie odpadów komunalnych i barku jego obrony przed stawianymi zarzutami (oraz bogatym orzecznictwie które nie ma żadnego znaczenia gdyż w całości zostało wydane w odmiennym stanie faktycznym).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp samodzielnie. Odwołujący wywodził bowiem, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego, który miał złożyć informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, a dotyczące okoliczności braku zaistnienia w stosunku do niego podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust.5 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający może wykluczyć z postępowania 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 nienależyście wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp opierając się na przedstawieniu przez Przystępującego informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie nie podlegania przez niego wykluczeniu

z Postępowania, gdyż w części III sekcja C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) na pytanie, czy jest winien poważnego wykroczenia zawodowego udzielił odpowiedzi przeczącej (NIE). Niewątpliwie ww. pytanie, zawarte w JEDZ dotyczy fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Jak ustaliła Izba i co nie było sporne pomiędzy stronami, w ogłoszeniu o zamówieniu nr 2020/S 202-489967 opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2020 r. Zamawiający nie zawarł informacji o podstawach wykluczenia wykonawcy z postępowania, którego ogłoszenie dotyczyło. Zgodnie z ustaleniami Izby, przesłanki wykluczenia zostały wskazane przez Zamawiającego tylko w pkt IX SIWZ, w szczególności w pkt IX.2.2) wskazano, iż Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Przesłanka wykluczenia wykonawców określona w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jest tzw. przesłanką fakultatywną tj. możliwą do zastosowania w danym postępowaniu wyłącznie w sytuacji gdy Zamawiający na etapie przygotowania postępowania Zamawiający podejmie decyzję o jej zastosowaniu w danym postępowaniu i wyrazi tę decyzję stosownie do regulacji art. 24 ust. 6 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24. ust. 5 ustawy Pzp, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Izba nie podziela interpretacji tego przepisu przedstawionej przez Odwołującego, jakoby dla prawidłowości zastrzeżenia stosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia wystarczające było wskazanie takiego zamiaru tylko w SIWZ – ze względu na użycie spójnika „lub”. Izba natomiast w całości podziela i uznaje za własną argumentację zawartą w wyroku KIO z dn. 22 maja 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 912/18 i wskazuje, że stanowisko Odwołującego okazało się nieprawidłowe. Podkreślenia wymaga, że to w których konkretnie dokumentach postępowania muszą być wymienione fakultatywne przesłanki wykluczenia regulują przepisy odnoszące się do poszczególnych trybów postępowania. W niektórych trybach postępowania nie występuje bowiem zaproszenie do negocjacji, zaś w innych nie ma mamy do czynienia z ogłoszeniem o zamówieniu. Wobec powyższego odpowiedź na pytanie, czy w danej sprawie wskazano fakultatywne podstawy wykluczenia w prawidłowych dokumentach postępowania, wymaga analizy przepisów regulujących dany tryb. Dostrzeżenia wymagało, że analizowane postępowanie zamawiający prowadził w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z przepisami regulującymi ten tryb, podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musiały być określone zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5. Natomiast z art. 41 pkt 7 regulującego treść ogłoszenia o zamówieniu wynika, że ogłoszenie o zamówieniu, postępowania prowadzanego w trybie przetargu nieograniczonego zawiera warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia. W tej sytuacji niewystarczającym, w ocenie Izby, a w konsekwencji nieskutecznym było wskazanie tych podstaw jedynie w SIWZ, przy jednoczesnym pominięciu obowiązku ich zastrzeżenia w podstawowym dokumencie wszczynającym postępowanie, jakim jest ogłoszenie o zamówieniu. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że w analizowanym postępowaniu zamawiający nie zastrzegł skutecznie fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Konsekwencją powyższego, jest w niniejszym postępowaniu, brak podstaw do badania przez Zamawiającego istnienia przesłanek do wykluczania wykonawcy w oparciu o z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp oraz dokonania czynności wykluczenia w oparciu w ww. normę. Tym samym, nie potwierdził się również zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Skoro Izba uznała, że fakultatywna przesłanka wykluczania z postępowania nie została skutecznie zastrzeżona, to przekazywane w tym zakresie przez Przystępującego informacje, są irrelevantne dla niniejszego postępowania, a tym samym nie mogą zostać uznane za informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp lub informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu – art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, iż oświadczenie, jakie Przystępujący złożył w części III sekcji C dokumentu JEDZ, wbrew stanowisku Odwołującego, nie dotyczyło podstaw wykluczenia w tym postępowaniu. Nie mogło więc mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w tym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której Zamawiający nie miał prawa badać. Jednocześnie Izba wskazuje, iż wobec poczynionych ustaleń nie badała merytorycznych zarzutów podniesionych przez Odwołującego, a przedłożone przez niego dowody uznała za nieistotne dla sprawy.

Reasumując Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył wskazywanych przez Odwołującego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, co skutkuje oddaleniem odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....

.....
.....