

Sygn. akt: KIO 3242/20

WYROK

z dnia 5 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mo-BRUK Spółka Akcyjna w Niecwi, SARPI Dąbrowa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miasto Mysłowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mo-BRUK Spółka Akcyjna w Niecwi, SARPI Dąbrowa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mo-BRUK Spółka Akcyjna w Niecwi, SARPI Dąbrowa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mo-BRUK Spółka Akcyjna w Niecwi, SARPI Dąbrowa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej** a rzecz **Gminy Miasta Mysłowice w Mysłowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Sygn. akt: KIO 3242/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Mysłowice w Mysłowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usunięcie i gospodarowanie odpadami, w tym odpadami niebezpiecznymi, zmagazynowanymi na terenie działki o nr. geod. 2171/78 w Mysłowicach, przy ul. Brzezińskiej 50.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1943 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 grudnia 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mo-BRUK Spółka Akcyjna w Niecwi, SARPI Dąbrowa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności i zaniechań zamawiającego dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

1. zaniechaniu oceny spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
2. zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnienia bądź poprawienia oświadczeń lub dokumentów,
3. zaniechaniu zaproszenia odwołującego do dialogu konkurencyjnego,
4. wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 6 ustawy P.z.p., poprzez błędne przyjęcie, iż odwołujący nie przedłożył żądanych przez zamawiającego dokumentów, tj. oświadczenia oraz dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy odwołujący w wykonaniu wezwania przedłożył wymagane przez zamawiającego oświadczenie oraz stosowne dokumenty potwierdzające spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu,

2. art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do poprawienia lub wyjaśnienia złożonych oświadczeń bądź dokumentów, jeżeli zamawiający miał w tym zakresie, w szczególności wobec oświadczenia JEDZ SARPI Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., wątpliwości,

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 60d ust. 3 oraz art. 25a ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i przyjęcie, że uzupełnienie (złożenie) dokumentów wskutek dokonanego wezwania do złożenia oświadczenia oraz dokumentów musi polegać na złożeniu oświadczeń JEDZ przez obu członków konsorcjum, pomimo tego, że zamawiający nie sformułował takiego żądania, a tylko jeden z członków konsorcjum wykazywał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w postaci wymaganego przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia,

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 60d ust. 2, 3 i 4 oraz w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez niezaproszenie odwołującego do dialogu konkurencyjnego i wadliwe wykluczenie od udziału w postępowaniu będące wynikiem nieodniesienia się przez zamawiającego do złożonych przez odwołującego, wskutek zadośćuczynieniu wezwaniu

zamawiającego, oświadczenia i dokumentów oraz będącego skutkiem wadliwego przyjęciem, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy odwołujący spełnia określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i zostało to przez odwołującego wykazane zgodnie z wymaganiami zawartymi w opisie potrzeb i wymagań i w zgodzie ze skierowanym do niego wezwaniem, a tym samym odwołujący powinien być zostać zaproszony do dialogu konkurencyjnego,

5.art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

W świetle powyższego odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,

b)powtórzenia czynności oceny warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

c)powtórzenia czynności zawiadomienia o wynikach oceny warunków udziału w postępowaniu i zaproszenia odwołującego do udziału w dialogu konkurencyjnym;

2.przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności powołanych w uzasadnieniu odwołania,

3.obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, według norm przepisanych.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ustawy P.z.p. i w sposób prawidłowy ocenił przedłożone przez odwołującego oświadczenia JEDZ oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to z całą pewnością zostałby zaproszony do dialogu konkurencyjnego – zgodnie z art. 60d ust. 4 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał od kandydatów posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca spełni warunek zaproszenia do dialogu, jeżeli wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania wniosków o dopuszczenie, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, co najmniej 3 usługi, z których każda polegała na transporcie oraz zagospodarowaniu (w szczególności nieszkodliwieniu bądź odzysku) co najmniej 200 Mg (ton) odpadów niebezpiecznych (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. – Dz.U. z 2020, poz. 10) będących w stanie ciekłym. Zamawiający dopuszcza wystąpienie wykonawców w ramach konsorcjum i wykazanie spełnienia tego wymogu w ramach konsorcjum (rozdział V), jak również w rozdziale VII pkt 1 zawarto informację, iż zamawiający zaprosi do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu, jednakże nie więcej niż 3 wykonawców.

Zawiadomieniem o wynikach oceny warunków udziału w postępowaniu z dnia 26 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował, iż warunki udziału w postępowaniu spełniło Konsorcjum w składzie: Hydrogeotechnika sp. z o.o. – lider konsorcjum, GEOCOMA sp. z o.o. sp.k. – członek konsorcjum, natomiast warunków udziału w postępowaniu nie spełnił odwołujący i tym samym nie zostanie zaproszony do dialogu konkurencyjnego. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że *Nie przedłożono natomiast formularza JEDZ wystawionego przez członka konsorcjum – SARPI Dąbrowa Górnicza sp z o.o. W zaistniałej sytuacji zamawiający nie ma podstaw prawnych do ponownego wezwania konsorcjum o brakujący, prawidłowo wypełniony dokument JEDZ, co miało przesądzić o niewykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W efekcie odwołujący – wobec treści art. 60d ust. 3 ustawy P.z.p. – został faktycznie wykluczony z przedmiotowego postępowania.*

Odwołujący wskazał, że w wezwaniu z dnia 10 listopada 2020 r. został zobowiązany do złożenia:

a)oświadczenia. Zamawiający posłużył się w przedmiotowym wezwaniu liczbą pojedynczą (*ergo* zobowiązał odwołującego do przedłożenia jednego oświadczenia), dwukrotnie zastosowaną w treści wezwania z dnia 10 listopada 2020 r. oraz zastosowaną także w zawiadomieniu o wynikach oceny warunków udziału w postępowaniu z dnia 26 listopada 2020 r. (nie jest to więc jakkolwiek omyłka, a sformułowanie to należy traktować jako przejaw woli zamawiającego). Odwołujący, w związku z treścią łączącej Mo-BRUK S.A. i SARPI Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. umowę konsorcjum, zgodnie z którą to Lider Konsorcjum (tj. Mo-BRUK S.A.) zobowiązał się do wykazania wiedzy i doświadczenia wymaganego przez zamawiającego (przedłożył więc poprawione oświadczenie JEDZ Mo-BRUK S.A., cc stanowiło wykonanie przedmiotowego wezwania. W ocenie odwołującego, nie powinno również budzić wątpliwości, iż treść omawianego wezwania nie pozwala w żaden sposób na przyjęcie, iż odwołujący miałby przedłożyć dwa oświadczenia JEDZ. Co więcej – oświadczenie JEDZ SARPI Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. (przedłożone wraz wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) nie podlegało żadnym modyfikacjom (*ergo* treść oświadczenia JEDZ SARPI Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. przez cały okres przedmiotowego postępowania pozostała niezmieniona, a stanu tego nie zmieniło ww. wezwanie wystosowane przez zamawiającego). Tym samym – wobec treści art. 25a ust. 6 u.p.z.p. – nie zaistniała potrzeba ponownego przedłożenia oświadczenia JEDZ przez SARPI Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., bowiem nie nastąpiła jakkolwiek zmiana w zakresie wykazywania przez SARPI Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwencją powyższego jest więc niedopuszczalność przyjęcia przez zamawiającego – co stanowiło powód niezaproszenia odwołującego do dialogu konkurencyjnego – iż odwołujący nie wykonał wezwania z dnia 10 listopada 2020 r., gdyż wezwanie to zostało wykonane w całości zgodnie z jego treścią (przedłożono poprawione oświadczenie JEDZ w zakresie obejmującym wezwanie, tj. w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia do wykonania przedmiotu zamówienia).

b)dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wskazał, jakie dokumenty powinny zostać przedłożone w wykonaniu wskazanego wcześniej wezwania, co – w ocenie odwołującego – świadczy o tym, iż doszło do naruszenia art. 26 ust. 3. Niemniej, odwołujący – wykazując staranność – podjął próbę odcodowania woli zamawiającego i w oparciu o treść wezwania – odwołującą się w pełni i wyłącznie do warunku związanego z posiadaniem wiedzy i doświadczenia odwołującego, wraz z pismem z dnia 19

listopada 2020 r. przedłożył dokumenty poświadczające spełnienie warunków (wymogów) udziału w postępowaniu. W szczególności wskazane przez odwołującego w wykazie wykonanych usług zrealizowane prace (wykonane usługi) zostały doprecyzowane poprzez przedłożenie: opisu przedmiotu zamówienia do zadania „Usunięcie i gospodarowanie odpadami, w tym niebezpiecznymi, nielegalnie magazynowanymi na terenie gminy Chybie przy ul. Cieszyńskiej 6” (1); Opisu przedmiotu zamówienia na usunięcie transport i zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych o kodzie 16 81 01* (odpady wykazujące właściwości niebezpieczne) i innych niż niebezpieczne o kodzie 16 81 02 (odpady inne niż wymienione w 16 81 01) zgromadzonych przy ul. Krakowskiej 293 w Kielcach na działkach nr ewid. 414/29 oraz 414/34 obręb 0020, w ilości 1000 Mg (2); Opisu przedmiotu zamówienia na realizację usługi Usunięcie i zagospodarowanie odpadów magazynowanych na nieruchomości przy ul. Szosa Okrężna 11 w Toruniu (3).

Odwołujący zaznaczył, że przedłożone dokumenty (wraz z dotychczas przedstawionymi przez odwołującego) wprost potwierdzały spełnienie przez odwołującego wszystkich postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że jednolity dokument jest oświadczeniem wtórnym w stosunku do zdarzeń, które potwierdza. Odwołujący złożył dwa jednolite dokumenty, ale to co wykazał jako spełnienie wymogów w postępowaniu, tych wymogów nie spełniał. Odwołujący wykazał 3 usługi dla 3 gmin, przy czym z jednolitego dokumentu oraz ze złożonego wykazu nie wynikało, by którekolwiek z nich dotyczyło odpadów niebezpiecznych. Z żadnego nie wynikało również, że chodzi o odpady w stanie ciekłym. W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę do poprawienia wykazu i złożenia dokumentu jednolitego. Został złożony tylko jeden dokument. Jeżeli wykonawca miał wątpliwości co do treści wezwania, to mógł zwrócić się o wyjaśnienia. Odwołujący w wyniku wezwania powtórzył te 3 roboty i dołożył 3 inne. W stosunku do tych dokumentów oświadczenie o spełnianiu wymogów złożył tylko MO-BRUK S.A. Zgodził się, że oświadczenie SARPI miałoby taką samą treść, ale podkreślił, że oświadczenie jest wtórne wobec faktu spełnienia wymogów.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego pn.: „Usunięcie i gospodarowanie odpadami, w tym odpadami niebezpiecznymi, zmagazynowanymi na terenie działki o nr. geod.: 2171/78 w Mysłowicach, przy ul. Brzezińskiej 50” (oznaczenie sprawy: ZP.271.1.16.2020.KG). W opisie potrzeb i wymagań wskazano, iż zamawiający wymaga od kandydatów posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca spełni warunek zaproszenia do dialogu, jeżeli wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania wniosków o dopuszczenie, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, co najmniej 3 usługi, z których każda polegała na transporcie oraz zagospodarowaniu (w szczególności unieszkodliwieniu bądź odzysku) co najmniej 200 Mg (ton) odpadów niebezpiecznych (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. – Dz.U. z 2020, poz. 10) będących w stanie ciekłym. Zamawiający dopuszcza wystąpienie wykonawców w ramach konsorcjum i wykazanie spełnienia tego wymogu w ramach konsorcjum (rozdział V), jak również w rozdziale VII pkt 1 zawarto informację, iż zamawiający zaprosi do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu, jednakże nie więcej niż 3. wykonawców.

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego załączono Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) dla Mo-BRUK S.A., JEDZ dla SARPI Dąbrowa Górnica sp. z o.o., wykaz wykonanych usług wraz z referencjami oraz stosowne pełnomocnictwa.

Odwołujący wraz z wnioskiem złożył wykaz wykonanych usług, gdzie wskazał następujące usługi:

- 1) wykonanie zastępcze usunięcia i zagospodarowania odpadów zgromadzonych przy ul. Krakowskiej 293 w Kielcach, zamawiający – Gmina Miasto Kielce,
- 2) usunięcie i zagospodarowanie odpadów magazynowanych na nieruchomości przy ul. Szosa Okrężna 11 w Toruniu, zamawiający – Gmina Miasto Toruń,
- 3) usunięcie i gospodarowanie odpadami nielegalnie magazynowanymi na terenie gminy Chybie przy ul. Cieszyńskiej 6, zamawiający – Gmina Chybie.

Pismem z dnia 10 listopada 2020 roku zamawiający wystosował do odwołującego pismo następującej treści:

Działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający — Miasto Mysłowice wzywa konsorcjum w składzie: 1) Mo-BRUK S.A.; 33-322 Korzenna, Niecew 68 — lider konsorcjum oraz 2) SARPI Dąbrowa Górnica sp. z o.o.; 48-523 Dąbrowa Górnica, ul. Kokosownicza 16 członek konsorcjum do złożenia oświadczenia oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pod nazwą „Usunięcie i gospodarowanie odpadami, w tym odpadami niebezpiecznymi, zmagazynowanymi na terenie działki o nr. geod.: 2171/78 w Mysłowicach przy ul. Brzezińskiej 50”.

Zamawiający oczekiwał od każdego z wykonawców wykazania, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej 3 usługi, z których każda polegała na transporcie oraz zagospodarowaniu (w szczególności unieszkodliwieniu bądź odzysku) co najmniej 200 Mg (ton) odpadów niebezpiecznych (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. — Dz.U. z 2020, poz. 10) będących w stanie ciekłym. Zamawiający dopuszczał wystąpienie wykonawców w ramach konsorcjum i wykazanie spełnienia tego warunku w ramach konsorcjum.

(...)

Zamawiający stwierdził, że z wykazu usług wynika jedynie to, że konsorcjum Mo-BRUK — Sarpi zrealizowało 3 usługi w zakresie usunięcia i zagospodarowania odpadami, przy czym nie wykazano, by były to odpady niebezpieczne w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. (Dz.U. z 2020, poz. 10) będące w stanie ciekłym. W wykazie nie podano też ilości odpadów usuniętych i zagospodarowanych w ramach wskazanych usług. Ilości te zamawiający ustalił w oparciu o treść przedstawionych przez konsorcjum poświadczeń. W przypadku usługi nr 1 było to 1 032,530 Mg odpadów, w przypadku usługi nr 2 było to 300 Mg odpadów niebezpiecznych, w przypadku usługi nr 3 było to

379,240 Mg odpadów. Z powyższych dokumentów, których forma i treść nie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego wynika zatem, że tylko w jednym przypadku (usługa nr 2) konsorcjum Mo-BRUK-Sarpi wykazało wykonanie usługi polegającej na transporcie oraz zagospodarowaniu co najmniej 200 Mg (ton) odpadów niebezpiecznych, zaś w żadnym przypadku nie wykazało by usługa obejmowała transport oraz zagospodarowanie co najmniej 200 Mg (ton) odpadów niebezpiecznych w stanie ciekłym. Do wniosku o zaproszenie do udziału w postępowaniu lider konsorcjum złożył w ramach pisma z dnia 30 października 2020 r. dodatkowe oświadczenie, w którym wywodził, że spełnia wymóg udziału w postępowaniu w zakresie odpadów ciekłych jednakże potwierdzenie jego spełnienia nie będzie wynikało z przedłożonych referencji. Okazuje się jednak, że z treści przedłożonych referencji oraz wykazu usług nie wynika także to by w dwóch przypadkach usługa dotyczyła odpadów niebezpiecznych.

Na złożenie oświadczenia (JEDZ) oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określa się termin do dnia 23 listopada 2020 r. godzina 9.00 poprzez Platformę Zakupową:

W wyznaczonym terminie odwołujący złożył pismo z dnia 19 listopada 2020 r. wraz z formularzem JEDZ członka konsorcjum, nowym wykazem wykonanych usług, zawierającym 7 usług, wraz z dodatkowymi oświadczeniami i dokumentami referencji.

Pismem z dnia 26 listopada 2020 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał m.in., że:

Z niebudzącego wątpliwości treści wykazu usług wynika jedynie to, że konsorcjum Mo-BRUK — Sarpi zrealizowało 3 usługi w zakresie usunięcia i zagospodarowania odpadami, przy czym nie wykazano, by były to odpady niebezpieczne w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. (Dz.U. z 2020, poz. 10) będące w stanie ciekłym. W wykazie nie podano też ilości odpadów usuniętych i zagospodarowanych w ramach wskazanych usług. Ilości te zamawiający ustalił w oparciu o treść przedstawionych przez konsorcjum poświadczeń. W przypadku usługi nr 1 było to 1 032,530 Mg odpadów, w przypadku usługi nr 2 było to 300 Mg odpadów niebezpiecznych, w przypadku usługi nr 3 było to 379,240 Mg odpadów.

W związku z powyższym w dniu 10 listopada 2020 r. zamawiający, za pośrednictwem Platformy Zakupowej, wezwał w trybie art. 26 ust. 3 uPzp konsorcjum Mo-BRUK — Sarpi do złożenia oświadczenia oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pod nazwą „Usunięcie i gospodarowanie odpadami, w tym odpadami niebezpiecznymi, zmagazynowanymi na terenie działki o nr. geod.. 2171/78 w Mysłowcach przy ul. Brzezińskiej 50”. Na złożenie oświadczenia (JEDZ) oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określono termin do dnia 23 listopada 2020 godzina 9.00 poprzez Platformę Zakupową: <https://myslowice.logintrade.net/reiestracja/ustawowe.html>

W określonym przez zamawiającego terminie, za pośrednictwem Platformy Zakupowej, konsorcjum Mo-BRUK — Sarpi złożyło następujące dokumenty:

-formularz JEDZ wypełniony przez lidera konsorcjum: Mo-BRUK sp. z o.o.

-opisy przedmiotów zamówień udzielonych przez Miasto Toruń, Miasto Kielce i Gminę Chybie, - oświadczenia Mo-BRUK o realizacji usług na rzecz Miasta Toruń, Miasta Kielce i Gminę Chybie; nowy wykaz usług (7 pozycji) wraz z referencjami.

Nie przedłożono natomiast formularza JEDZ wystawionego przez członka konsorcjum — SARPI Dąbrowa Górnicza sp. z o.o. W zaistniałej sytuacji zamawiający nie ma podstaw prawnych do ponownego wezwania konsorcjum o brakujący, prawidłowo wypełniony dokument JEDZ.

Uznać zatem wypada, że konsorcjum w składzie Mo-BRUK sp. z o.o. - SARPI Dąbrowa Górnicza sp. z o.o., mimo wezwania ze strony zamawiającego, nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 60d ust. 2 Prawa zamówień publicznych zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Przepis ten wykładany a contrario stanowi, iż wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu nie zaprasza się do dialogu konkurencyjnego.

Mając na względzie opisane wyżej okoliczności faktyczne i prawne zamawiający zdecydował o nie zaproszeniu do udziału w dialogu konkurencyjnym konsorcjum; 1) Mo-BRUK S.A.; 33-322 Korzenna, Niecew 68 — lider konsorcjum oraz 2) SARPI Dąbrowa Górnicza sp. z o.o.; 48-523 Dąbrowa Górnicza, ul. Koksownicza 16 — członek konsorcjum.

Zgodnie z art. 60d ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W myśl art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wezwał odwołującego do

złożenia dokumentów, tj. oświadczenia JEDZ oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z ustaleń zamawiającego wynikało, że tylko w jednym przypadku (usługa nr 2) konsorcjum Mo-BRUK-Sarpi wykazało wykonanie usługi polegającej na transporcie oraz zagospodarowaniu co najmniej 200 Mg (ton) odpadów niebezpiecznych, zaś w żadnym przypadku nie wykazało by usługa obejmowała transport oraz zagospodarowanie co najmniej 200 Mg (ton) odpadów niebezpiecznych w stanie ciekłym.

W odpowiedzi odwołujący złożył dokumenty, przy czym dokonana przez Izbę analiza złożonych dokumentów również nie potwierdziła, aby usługi wskazane przez odwołującego w pierwszym wykazie pod pozycjami nr 1 i 3 spełniały w pełni warunki udziału w postępowaniu określone w s.i.w.z. Złożone dokumenty w dalszym ciągu potwierdzają jedynie fakt wykonania usług polegających na transporcie i zagospodarowaniu odpadów niebezpiecznych w wymaganej przez s.i.w.z. ilości, niemniej jednak nie potwierdzają, aby odwołujący wykonał usługę w zakresie wymaganej ilości odpadów ciekłych. Izba ustaliła, że z dokumentów wynika, iż część odpadów była w stanie ciekłym, ale nie potwierdzono, by ich ilość odpowiadała ilości wymaganej w s.i.w.z. Również analiza treści odwołania, w której odwołujący wykazywał, że usługi wskazane w pierwszym wykazie spełniają postawione warunki wskazuje, że odwołujący nie potwierdził ilości odpadów niebezpiecznych w stanie ciekłym w wymaganej ilości. Sam odwołujący wskazuje wyłącznie na fakt, iż w odniesieniu do usług wykonanych dla Gminy Miasta Kielce oraz Gminy Chybie, dokonał zagospodarowania odpadów niebezpiecznych w stanie ciekłym, bez podania ich ilości.

Z powyższego wynika zatem, iż zamawiający zasadnie wezwał odwołującego do przedłożenia ponownie dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Należy założyć, iż odwołujący zdawał sobie sprawę z tego, iż przedstawione dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, dlatego też uzupełnił wykaz wykonanych usług o nowe, niewskazane wcześniej, usługi. Wraz z nowym wykazem i dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu, należało przedłożyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków selekcji, złożone w formie jednolitego dokumentu. Oświadczenie takie winno zostać złożone przez obydwu członków konsorcjum, co wynika z art. 25a ust. 6 ustawy P.z.p. Wskazany przepis stanowi, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, jednolity dokument lub oświadczenie składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż zamawiający w wezwaniu z dnia 10 listopada 2020 roku wezwał go do złożenia jedynie jednego oświadczenia, Izba wskazuje, co następuje:

Izba przeanalizowała treść wezwania i skonstatowała, że wezwanie zostało skierowane do obydwu członków konsorcjum. Ponadto już na wstępie wezwania zamawiający wskazał, iż wzywa do złożenia oświadczenia konsorcjum, którego obydwu członków wymienił. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że do złożenia oświadczenia został wezwany wyłącznie lider konsorcjum tj. Mo-BRUK SA. Prawdą jest, że zamawiający użył liczby pojedynczej, tj. „oświadczenie”, ale żądanie jego złożenia wystosował do obu podmiotów, zatem obydwaj członkowie konsorcjum powinni byli do tego żądania się dostosować.

Niezależnie od powyższego, Izba podkreśla, że nawet, jeżeli istniały jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie tego, kto jest obowiązany do złożenia oświadczenia, odwołujący, jako profesjonalny uczestnik obrotu, winien posiadać wiedzę z zakresu przepisów ustawy regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i do tych przepisów się stosować. Zachowanie wykonawcy winno być konsekwencją wymogu zachowania należytej staranności, której definicja zawarta jest w art. 355 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 roku, poz. 1740), dalej: K.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 K.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż odwołujący nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynności zamawiającego Izba uznała tym samym za prawidłowe.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego nadmiernego formalizmu zamawiającego, Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego istotnie cechuje się dość wysokim formalizmem. Niemniej jednak, jak słusznie określa judykatura m. in. w wyroku w Sądzie Okręgowym w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za, iż „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad PZP. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy”.

Postępowanie zamawiającego natomiast, zgodnie z przepisami ustawy, nie może być nigdy utożsamiane z niepotrzebnym formalizmem, do jakiego referował odwołujący. Niewątpliwie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiące szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje zamawiających do takiego właśnie działania, o ile jest ono zgodne z postanowieniami ustawy. Zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie wymogów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....