Sygn. akt: KIO 2918/20

WYROK

z dnia 26 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 listopada 2020r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. **przez odwołującego:** J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiuul. Władysława Łokietka nr 4, 41-933 Bytom w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego**: Gmina Tarnowskie Góry Urząd Miejski w Tarnowskich Górach ul. Rynek 4, 42-600 Tarnowskie Góry

przy udziale przystępującego ZRD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazuje wykluczenie z postępowania przystępującego po stronie zamawiającego i odrzucenie jego oferty.
1.1. Kosztami postępowania obciąża ZRD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków i zalicza w poczet kosztów postepowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiu ul. Władysława Łokietka nr 4, 41-933 Bytom tytułem wpisu od odwołania
1.2. zasądza od ZRD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiuul. Władysława Łokietka nr 4, 41-933 Bytom stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Gliwicach

Przewodniczący:……

UZASADNIENIE

ODWOŁANIE

Odwołujący składając odwołanie wskazał na następujące czynności i zaniechania zamawiającego w związku z podniesionymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi w sprawie.

I. Działając w imieniu J. W. - pełnomocnictwo w załączeniu - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiu - dalej: „Odwołujący" - na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - dalej „ustawa" lub „pzp" - składam niniejsze odwołanie.

1. Odwołanie dotyczy działań i zaniechań Gminy Tarnowskie Góry, Urząd Miejski w Tarnowskich Górach - dalej: „Zamawiający".

2. Działania i zaniechania Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem miały miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zimowe utrzymanie dróg w sezonie 2020/2021 na terenie Gminy Tarnowskie Góry" - dalej: postępowanie".

3. Zamawiający nadał Postępowaniu znak: BZP.271.34.2020

4. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem regulacji właściwych dla zamówień o wartości większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

5. Zgodnie z dyspozycją Rozdziału V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - dalej: SIWZ - Zamawiający podzieli zamówienie na dwie części i dopuścił składanie ofert częściowych. Niniejsze odwołanie dotyczy obu części.

II. Zgodnie z art. 179 pzp składający odwołanie musi posiadać interes we wniesieniu tego środka odwoławczego.

1. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp tym samym posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania.

2. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, którego oferta winna być uznana za najkorzystniejszą, a na skutek błędów Zamawiającego oferta Odwołującego uzyskała drugą w kolejności liczbę punktów.

3. Naruszenia przepisów ustawy miały bezpośredni wpływ na wybór oferty i co za tym idzie na udzielenie zamówienia, a zatem (o ile Krajowa Izba Odwoławcza potwierdzi postawione zarzuty) odwołanie - zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 pzp - winno być uwzględnione.

4. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp. Szkoda będzie polegać na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w Postępowaniu nie uzyska zamówienia i nie nabędzie nowych zdolności co może utrudnić uzyskanie zamówień w przyszłości.

5.W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody polegającej m.in. na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania i realizacji zamówienia.

III.Zgodnie z art. 187 ust. 1 pzp odwołanie podlega rozpoznaniu, gdyż wpis od odwołania został uiszczony a odwołanie - w ocenie Odwołującego - nie zawiera braków formalnych.

1.Zamawiający przekazał informację o wynikach Postępowania w dniu 30 października 2020r.

2.Wynikający z art. 182 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 185 ust. 8 pzp 10-cio dniowy termin na wniesienie odwołania został dochowany.

3.Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 pzp.

4.Brak innych - skutkujących odrzuceniem odwołania - przesłanek wymienionych w art. 189 ust. 2 pzp.

IV.Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 7 ust. 1 i 3 pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z ustawą,

2.Art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 2 pkt 5) ppkt a) pzp ze względu na wybór oferty złożonej przez ZRD Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Radzionkowie - dalej: ZRD - która nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy i SIWZ,

3.Art. 24 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRD z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

4.Art. 24 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRD z postępowania, pomimo iż wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

5.Art. 24 pkt pkt 17 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRD z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego.

6.Art. 89 ust. 5 i 24 ust. 4 pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ZRD pomimo, iż spółka ZRD podlega wykluczeniu z Postępowania.

7.Art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 pzp poprzez uznanie, iż ZRD złożył wyjaśnienia co do ceny i wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

V.Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w obu

częściach:

1.Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2.Dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.

3.Wykluczenie ZRD z postępowania.

4.Odrzucenie oferty złożonej przez ZRD.

5.Dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Przedstawione powyżej zarzuty i żądania oparte o przepisy ustawy odwołujący uzasadnił następująco w uzasadnieniu odwołania.

Uzasadnienie odwołania

Postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

1.Zgodnie z postanowieniami Rozdziału III postępowanie prowadzone jest w oparciu o art 24aa ustawy Pzp - tzw. procedura odwrócona.

Wykonawcy mogli złożyć oferty częściowe.

a.Część nr 1 - Rejon 1 obejmuje place i jezdnie gminne oraz chodniki przyległe do nieruchomości gminnych w dzielnicach: Bobrowniki Śląskie - Piekary Rudne, Centrum, Lasowice, Os. Jana i Sowice.

b.Część nr 2 - Rejon 2 obejmuje place i jezdnie gminne oraz chodniki przyległe do nieruchomości gminnych w dzielnicach: Opatowice, Pniowiec, Repty Śl, Stare Tamowice, Rybna, Strzybnica.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XV

a.Pkt 2.2.2. Zamawiający był zobowiązany do wykluczenie z postępowania wykonawcę w sytuacji o której mowa w art. 24 ust 5 ustawy pzp (fakultatywne przesłanki wykluczenia Wykonawcy) tj. tego, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust.1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

b.Pkt 3.1. Każdy wykonawca był zobowiązany do wykazania, że posiada wpis do Rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (tzw. „Rejestr BDO" - dostępny pod adresem internetowym: www.bdo.mos.gov.pl) — dział VII Transportujący odpady (kod 20 03 03 - odpady z oczyszczania ulic) zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 797, z późn. zm.).

c. Pkt 3.3.1. Każdy wykonawca był zobowiązany do wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonuje należycie:

• Dla Części Nr1(Rejon1):co najmniej jedną usługę polegającą na zimowym utrzymaniu placów, jezdni i chodników o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 300 000 m2,

• Dla Części Nr2(Rejon 2): co najmniej jedną usługę polegającą na zimowymutrzymaniu placów, jezdni i chodników o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 200 000 m2.

d. Pkt 3.3.2. Każdy wykonawca był zobowiązany do wykazania że dysponuje lub będzie dysponował osobami niezbędnymi do wykonania niniejszego zamówienia:

e . W pkt 4.1. SIWZ Zamawiający wymagał złożenia szeregu dokumentów w tym wypełniony należycie formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienie - dalej: „JEDZ".

f. Zamawiający wymagał, by zgodnie z pkt 5.1 każdy z wykonawców przedstawił informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

4. Zamawiający w Rozdziale XVII przedstawił informacje dotyczące procedury sanacyjnej w przypadku istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz pkt 16-20 lub art. 24 ust. 5 pzp.

II.Przebieg postępowania.

1. W terminie wyznaczonym na złożenie ofert na realizację zamówienia wpłynęły - na każdą część zamówienia - dwie oferty. Ofertę złożył Odwołujący i Zakład Robót Drogowych sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Radzionkowie - numer wpisu do KRS to: 0000373594. ZRD to spółka komandytowa - zgodnie z danymi w KRS spółkę tworzy komplementariusz, którym jest Zakład Robót Drogowych O. sp. z o.o. z siedzibą w Radzionkowie - nr wpisu do KRS 0000361848 oraz osoby fizyczne: J. O., A. O., A. B. .

2. 30 października 2020r. Zamawiający poinformował, iż ofertę najkorzystniejszą - w obu częściach zamówienia - złożył ZRD.

3. Spółka ZRD winna być wykluczona z Postępowania a jej oferta odrzucona.

III.Przesłanki wykluczenia ZRD.

1.Formularz JEDZ.

a.Formularz w części C wymaga odpowiedzi na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? ZRD odpowiedziała negatywnie na to pytanie.

b.Odwołujący działając na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej pismem z dnia 14 września 2020r. wezwał Gminę Sosnowiec do udzielenie informacji nt. umów realizowanych przez Zakład Robót Drogowych O. sp. z o.o. Gmina Sosnowiec pismem z dnia 24 września 2020 potwierdziła, iż w związku z odstąpieniem umów dot. zamówienia „Modernizacja infrastruktury autobusowo-tramwajowej na terenie Sosnowca - budowa i rozbudowa małych węzłów przesiadkowych i łączących je ścieżek rowerowych" (część II, III, IV) naliczyła i potrąciła kary umowne z wynagrodzenia oraz wniosła powództwo o zapłatę pozostałych kar. Zakład Robót Drogowych O. sp. o.o. sp. k. skierował powództwo o zapłatę p-ko Gminie Sosnowiec.

c.ZRD sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Radzionkowie, który złożył ofertę w niniejszym Postępowaniu i Zakład Robót Drogowych O. sp. o.o. sp. k. z siedzibą w Radzionkowie to zgodnie z wiedzą Odwołującego ten sam przedsiębiorca występujący pod inną firmą. Oznacza to, że ZRD miał obowiązek podać w JEDZ informacje o odstąpieniu od umowy z Gminą Sosnowiec oraz nałożeniu kar umownych i to niezależnie od tego kto dokonał tego odstąpienia.

d.Brak oświadczenia w JEDZ skutkuje wykluczeniem z Postępowania.

2.Rejestr BDO.

a.Zamawiający wymagał w Rozdziale XV pkt. 3.1 SIWZ by wykonawca posiadał wpis do rejestru podmiotów gospodarujących odpadami, czyli Rejestr BDO dostępny pod adresem internetowym www.bdo.mos.gov.pl Wymóg dotyczył wpisu w Działu VII transportujący odpady kod 20 03 03 - odpady z oczyszczania ulic.

b.ZRD w pkt 11 formularza oferty zamiast wskazać zgodnie z treścią SIWZ numer rejestracyjny BDO wykreślił ten fragment wzoru oferty. Działanie takie należy uznać za oświadczenie, że ZRD nie posiada wpisu do BDO i co za tym idzie nie posiada numeru BDO.

c.ZRD na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 października br. złożył oświadczenie datowane na dzień 21 października 2020r. - załącznik nr 6 do oferty - iż jest wpisany do Rejestru BDO pod numerem rejestracyjnym: 000…572.

d.Oświadczenie to nie jest prawdziwe, gdyż pod tym numerem zarejestrowany jest Zakład Robót Drogowym ORFIN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa.

3.Krajowy Rejestr Karny.

a.Zamawiający wymagał (Rozdziała XV pkt. 5.1 SIWZ) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

b.Na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów z dnia 13 października 2020r. wykonawca ZRD złożył datowane na 9 lipca 2020r. „Zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym". Dokument ten nie posiada oznaczeń pozwalających jednoznacznie określić jakiego podmiotu dotyczy.

■Pieczęć w lewym górnym rogu dokumentu znajduje się pieczęć „Zakład Robót Drogowych O. Sp. z o.o. Sp. k.",

■Pozycja nr 1 dokumentu odnosi się do „Zakładu Robót Drogowych Sp. z o.o. Sp. k.”,

•Ofertę złożył „ZRD Sp. z o.o. Sp. k.”,

c.Z treści dokumentu nie wynika w sposób jednoznaczny kogo - której spółki - dotyczy. Wskazać jednak należy, że przyjmując za decydujący numer KRS 373594 informacja dotyczy ZRD Sp. z o.o. Sp. k.

4.Kadra.

a.Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował co najmniej 26 osobowym zespołem w przypadku złożenia ofert na obie części - Rozdz. XV pkt. 3.3.2 SIWZ:

•dyspozytor

•18 kierowców

•7 osób odpowiedzialnych za usuwanie śliskości.

b.Zgodnie z postanowieniami §2 ust. 2 wzoru umowy do wykonania usługi muszą być zastosowane m.in. samochody ciężarowe lub specjalne o różnej ładowności, traktory, ładowarki o poj. łyżki min. M3 i szer. Max. 2m, samochody patrolowe. A zatem personel musi mieć uprawnienia do obsługi co najmniej sprzętu wskazanego w umowie.

•do kierowania samochodami ciężarowymi lub specjalnymi są to uprawnienia do prowadzenia pojazdów kat. B, C,

•do prowadzenia traktora wymagane są uprawnienia kat. T lub C.

•do obsługi ładowarki są wymagane uprawnienia do obsługi ładowarki o poj. łyżki min. M3.

•samochód patrolowy to uprawnienia kat. B.

c.Zamawiający zaznaczył również, że uprawnienia mają być aktualne, co oznacza, że dodatkowo wymagane jest świadectwo kwalifikacyjne z kodem 95, które jest aktualizowane co pięć lat.

d.ZRD przedstawił Wykaz osób - załącznik nr 3 z zakresem czynności przy realizacji zamówienia i z ogólną informacją, że dana osoba posiada uprawnienia do kierowania pojazdami. Oświadczenie to nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia warunku.

•nie można ustalić jakie uprawnienia zawodowe posiadają poszczególne osoby

•nie można ustalić czy uprawnienia zawodowe są aktualne,

•nie można ustalić czy ZRD dysponuje osobami uprawnionymi do obsługi ładowarki o poj. łyżki min. 1 m3.

5.Doświadczenie.

a.SIWZ w Rozdziale XV pkt 3.3.1. definiowała wymagane doświadczenie.

b.ZRD nie wykazał tego, iż posiada takie minimalne doświadczenie.

c.Na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 października 2020r. do złożenia stosownych dokumentów ZDR przedłożył 2 referencje wystawione dla Zakładu Robót Drogowych O. Sp. z o.o. Sp. k.

■ZRD nie wskazało w ofercie, że będzie korzystać z zasobów udostępnionych,

■ZRD nie wskazywało, że będzie korzystać z podwykonawcy.

d.ZRD nie spełnia postawionego warunku a co najmniej nie wykazało tego faktu.

e.Ponieważ jak już wcześniej wykazano zdaniem mego mocodawcy jest to ten sam przedsiębiorca to podlega wykluczeniu z Postępowania ze względu na uchybienia w zakresie JEDZ.

Przesłanki odrzucenia oferty.

1.ZRD wycenił swą ofertę o ponad 30% mniej od wartości zamówienia. Zamawiający wezwał więc ZRD do wyjaśnień w zakresie ceny.

2.Odpowiedź na wezwanie zamawiającego ZRD O. Sp. z o.o. Sp. k. - spółka ta nie jest wykonawcą, który złożył ofertę w Postępowaniu i to nie on był wzywany do złożenia wyjaśnień.

3.Podmiot faktycznie wezwany, czyli ZRD Sp. z o.o. Sp. k. nie złożył wyjaśnień i dlatego jego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 pzp.

4.Jeżeliby uznać, że wyjaśnienia zostały złożone to nie wyjaśniają one wysokości ceny a zatem oferta winna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) pzp.

5.Udostępnione Odwołującemu części pisma nie zawierają żadnych informacji, które by można uznać za przekonujące i wykazujące (jak wskazuje ustawa) oszczędną metodę wykonania zamówienia, niezwykle korzystne rozwiązania techniczne, czy też wyjątkowe sprzyjające warunki odnoszące się do zamówienia.

6.ZRD wskazał, że zatrudnia ludzi na podstawie umowy o pracę za stawkę minimalną i spoza aglomeracji. Nie jest to jednak szczególna okoliczność. W Polsce bez względu na miejsce zamieszkania, czy to jest aglomeracja czy też nie obowiązują te same przepisy odnoszące się do zasad wynagradzania. Zatrudnianie osób z odległych miejsc generuje raczej koszty niż je obniża, bo pracownik musi skalkulować czas i koszt dojazdu do pracy albo taki transport winien zapewnić pracodawca.

7.Certyfikat ISO nie ma wpływu na koszt wykonania usługi, tym bardziej że został on wystawiony na przedsiębiorcę Zakład Robót Drogowych O. Sp. z o.o. Sp. k. a nie na ZRD. Pardoks zatem polega na tym, iż jeśli by przyjąć duży wpływ

ISO na cenę to skoro ZDR nie posiada ISO to znaczy, że nie może zaoferować tak niskiej ceny.

8.Wyjaśnienia te również nie zawierają informacji odnoszących się do konkretnych norm, czy sposobów, które są w ramach tej normy wykorzystywane i które rzekomo przynoszą korzyści w postaci niskich kosztów, które mogą się przełożyć na lepsze, bardziej atrakcyjne ceny niż te, które stosują konkurenci.

9.W wyjaśnieniach powołano się na atrakcyjne ceny wody, soli i piasku. Wartość tych materiałów jednak nie posiada takiej elastyczności cenowej, żeby zagwarantować takie różnice w cenach. W przypadku soli drogowej, materiały te związane są z zasobami naturalnymi i ich wydobycie przez kopalnie, które są obłożone swoimi stałymi kosztami, podatkami i koncesjami, „wypłaszcza" te ceny na rynku i wartość tych zasobów dla konkurentów jest podobna.

10.ZRD nie ma możliwości pozyskania tych materiałów na rynku poniżej średniego poziomu, który jest dostępny dla wszystkich przedsiębiorców, którzy specjalizują się w tych usługach. Wyjaśnienia zawierają liczne odniesienia do orzecznictwa i stanu prawnego - nie jest to jednak wyjaśnienie ceny w tym konkretnym Postępowaniu.

V. Podsumowując odwołujący wnosi o przyjęcie i uznanie przedstawionych argumentów za zasadne i ich uwzględnienie.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie pismo z dnia 23 listopada 2020r.

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, którego wierzytelny odpis przedkładam w załączeniu:

1)oświadczam, że uwzględniam w części odwołanie Wykonawcy J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., tj. w części dotyczącej podstaw wykluczenia Przystępującego (ZRD Spółka z o.o. Sp. Komandytowa) na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, tj. z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania,

2)w pozostałym zakresie wnoszę o oddalenie odwołania Wykonawcy J. W. - Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. .

UZASADNIENIE

Odwołanie, w ocenie Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie, za wyjątkiem zarzutu Odwołującego dotyczącego podstaw wykluczenia Przystępującego - w osobie ZRD Spółka z o.o. Sp. Komandytowa - na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, tj. z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W tym jednak zakresie Zamawiający oświadczył o uwzględnieniu odwołania.

Odnosząc się do pozostałych, podnoszonych w odwołaniu zarzutów, w pierwszej kolejności wypada zaważyć, że Zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie na "Zimowe utrzymanie dróg w sezonie 2020/2021 na terenie Gminy Tarnowskie Góry", oznaczone numerem Zamawiającego: BZP.271.34.2020.

Przechodząc do poszczególnych zarzutów Odwołującego, zważyć należy, że:

Całkowicie niezasadny jest zarzut Odwołującego co do braku po stronie Przystępującego wpisu do Rejestru BDO. Zwrócić należy w tym miejscu uwagę, że Przystępujący zmienił Firmę pod którą funkcjonuje w obrocie gospodarczym. Z informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców KRS, pobranej dla Nr KRS: 0000373594 wynika, że Przystępujący aktualnie, od 23 marca 2020 roku funkcjonuje w obrocie pod Firmą: "ZRD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa". Poprzednio Firma Przystępującego brzmiała: "Zakład Robót Drogowych O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa". Niezmiennie też Przystępujący posługuje się Nr NIP: 645-251-98-73.

Rejestr BDO prowadzony jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020r., poz. 797 z późn. zm.). Podstawową, obok oznaczenia (nazwy) podmiotu, daną identyfikującą podmioty podlegające wpisowi do Rejestru jest numer identyfikacji podatkowej (NIP) lub numer PESEL w przypadku podmiotów będących osobami fizycznymi nieobowiązanymi do posiadania numeru identyfikacji podatkowej. W ogólnodostępnym Rejestrze Podmiotów BDO, dostępnym pod adresem: https://bdo.mos.gov.pl/, pod numerem rejestrowym: 000058572 widnieje podmiot oznaczony jako "Zakład Robót Drogowych O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa" i posługujący się Nr NIP: 645-251-98-73, identycznym jak Nr NIP Przystępującego.

Zatem Przystępujący posiada wpis do Rejestru Podmiotów BDO. Wprawdzie w Rejestrze tym widnieje Przystępujący pod poprzednią Firmą, nie zmienia to jednak faktu, że je to ten sam podmiot, identyfikowany między innymi tym samym numerem NIP.

Zarzut Odwołującego zatem, że pod numerem BDO zarejestrowany jest inny podmiot, aniżeli Przystępujący nie może się ostać w świetle przytoczonych okoliczności.

Podobnie, jak w pkt. I powyżej, całkowicie bezpodstawny jest zarzut Odwołującego, iż wątpliwym jest którego podmiotu dotyczy przedłożona przez Przystępującego informacja z KRK. Przedłożone przez Przystępującego zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym dotyczy bezspornie Przystępującego. Wszak w cz. I zapytania - oznaczenie podmiotu zbiorowego - widnieje nazwa Przystępującego (ZRD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa), jego adres tożsamy z ujawnionym w KRS, a ponadto widnieje tamże numer KRS - identyczny z tym numerem Przystępującego.

Nie ma przy tym znaczenia, jaki podmiot widnieje na tym dokumencie w miejscu wskazania podmiotu kierującego zapytanie. Istotna jest treść zapytania (oznaczenie podmiotu zbiorowego, którego zapytanie dotyczy), jak i sama informacja z tego Rejestru rzutująca na przesłankę wykluczenia wykonawcy (tu: Przystępującego).

Zresztą sam odwołujący w konkluzji tego zarzutu stwierdza, że jeśli decydującym przy identyfikacji jest Nr KRS, to informacja ta dotyczy Przystępującego., czyli ZRD Sp. z o.o. Sp. K.

Zgodnie z zapisami Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Rozdział XV pkt. 3.3.2 SIWZ), w zakresie

dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający wymagał posiadania łącznie 18 osób (na Rejon 1 i 2), z których każda posiada aktualne uprawnienia do kierowania pojazdami (określonymi w pkt. 2 § 2 wzoru umowy), służącymi do prowadzenia zimowego utrzymania dróg. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku należało przedstawić wykaz osób (Rozdział XV pkt. 6.3 lit. b) SIWZ) skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, doświadczenia, zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 3 do Formularza Oferty).

Zamawiający nie wymagał żadnych szczegółowych informacji dotyczących rodzaju uprawnień czy wskazania nazwy kategorii uprawniającej do prowadzenia danego pojazdu. Ustanawiając w SIWZ warunki dla wymogu posiadania zasobów ludzkich, Zamawiający przyjął założenie że Wykonawca (Pracodawca) dbając o rzetelne i zgodne z prawem wykorzystanie znajdujących się w jego posiadaniu pojazdów jest odpowiedzialny za dopuszczenie pracownika do wykonywanej pracy, a zatem ma prawo kontrolować, czy pracownik, któremu powierza się taki pojazd posiada uprawnienia do kierowania tego typu pojazdami. Dlatego też na potwierdzenie dysponowania osobami, które posiadają aktualne uprawnienia do kierowania pojazdami wskazanymi w pkt. 2 § 2 wzoru umowy, należało złożyć odpowiednie oświadczenie w wykazie osób, co też Przystępujący uczynił. Wskazał On bowiem, iż dysponuje 18 osobami, osoby te posiadają uprawnia do kierowania pojazdami, określił ich doświadczenie w latach oraz zakres czynności przy realizacji zamówienia. Tak złożone oświadczenie (wykaz osób) jest zdaniem Zamawiającego wystarczające na potwierdzenie posiadania przez Przystępującego odpowiedniego zasobu ludzkiego do realizacji zamówienia.

Nie zasługuje zatem na uwzględnienie zarzut Odwołującego odnoszący się do "kadry" Przystępującego.

Również niezasadny jest zarzut Odwołującego co do braku po stronie Przystępującego doświadczenia. Jak już zostało wspomniane powyżej, Przystępujący zmienił Firmę pod którą funkcjonuje w obrocie gospodarczym. Poprzednio Firma Przystępującego brzmiała: "Zakład Robót Drogowych O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa", a od 23 marca 2020 roku funkcjonuje w obrocie pod Firmą: "ZRD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa". Wykazane przez Przystępującego doświadczenie zostało uzyskane jeszcze przed zmianą Firmy Przystępującego, dlatego chybiony jest zarzut Odwołującego jakoby doszło do nieuprawnionego skorzystania przez Przystępującego z zasobu podmiotu trzeciego czy podwykonawcy. Wykazane doświadczenie należy do Przystępującego i co do tego faktu nie ma wątpliwości.

Całkowicie też pozbawione podstaw są kolejne zarzuty Odwołującego, m.in. w zakresie rażąco niskiej ceny. Przystępujący złożył szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie. Jednakże z uwagi na ich zastrzeżenie przez Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający w tym miejscu nie może ich przytoczyć. Są one jednak - co oczywiste - do dyspozycji Izby, znajdują się bowiem w aktach sprawy.

Zupełnie nie na miejscu są też spostrzeżenia Odwołującego, iż złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie pochodzą od Przystępującego, gdyż złożył je podmiot pod Firmą: ZRD O. Sp. z o.o. Sp. K., który nie jest uczestnikiem tego postępowania, a podmiot faktycznie wezwany, czyli ZRD SP. z o.o. Sp. K. nie złożył wyjaśnień.

Sam Odwołujący gubi się w nazewnictwie podmiotów uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, gdyż do Gminy Sosnowiec wystąpił w trybie dostępu do informacji publicznej co do Firmy "Zakład Robót Drogowych O. Sp. z o.o." (vide str. 5 odwołania, pkt III. I .a).

Wykazano już powyżej, że Przystępujący w marcu br. dokonał zmiany oznaczenia swej

Firmy. Niewątpliwie posługiwanie się przez Przystępującego poprzednim oznaczeniem Firmy nie może być utożsamiane z jego najwyższą starannością, to jednak nie może okoliczność ta przesądzać, że występują dwa różne podmioty, jak tego chce Odwołujący.

Z wszystkich powyższych względów wniosek o oddalenie odwołania jest uzasadniony i konieczny.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Formalne rozpoznanie odwołania

Na posiedzeniu odwołujący i zamawiający nie zgłosili zastrzeżeń formalnych ani opozycji do zgłoszonego przystąpienia po stronie zamawiającego, na podstawie art.185 ust.2 i 4 ustawy.

Izba stwierdza, że do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca wybrany po stronie zamawiającego, na podstawie art.185 ust.2 i 3 ustawy.

Izba na posiedzeniu sprawdziła warunki formalne wniesienia odwołania. Zamawiający i przystępujący nie zgłosili zastrzeżeń co do skuteczności wniesienia odwołania w rozumieniu art.189 ust.2 ustawy.

Izba stwierdza skuteczność wniesionego odwołania, nie znajduje podstaw do zastosowania art.189 ust.2 ustawy.

Izba przystępując do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania na rozprawie, stwierdza po stronie odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia, w związku z czynnościami jak i ich zaniechaniem w stosunku do wykonawcy wybranego/przystępującego. Powyższe Izba stwierdza, w sytuacji wniesienia odwołania na obydwie części zamówienia publicznego, które rozstrzygnął zamawiający, a odwołujący zajął w obydwu częściach drugą pozycję w rankingu złożonych ofert, to jest bezpośrednio po ofercie przystępującego. Tak więc odwołujący, w przypadku uwzględnienia odwołania wykazał, że może ponieść szkodę jako wykonawca, którego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą i zamawiający powinien udzielić zamówienia odwołującemu, a nie wykonawcy wybranemu/przystępującemu po stronie zamawiającego. Izba podsumowując stwierdza, że w związku z wniesionym odwołaniem spełnione zostały przesłanki z art.179 ust.1 ustawy, wskazujące w jakich okolicznościach przysługuje wykonawcy środek ochrony prawnej jakim jest w tym przypadku przedmiotowe odwołanie.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania

Odwołujący składając odwołanie wskazał na naruszenie przez zamawiającego następujących regulacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) przy ocenie i badaniu oferty jak i podstaw do wykluczenia

przystępującego/wykonawcy wybranego, na tle obowiązującej ustawy.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału III siwz postępowanie prowadzone jest w oparciu o art 24aa ustawy Pzp - tzw. procedura odwrócona.

Wykonawcy mogli złożyć oferty częściowe.

a.Część nr 1 - Rejon 1 obejmuje place i jezdnie gminne oraz chodniki przyległe do nieruchomości gminnych w dzielnicach: Bobrowniki Śląskie - Piekary Rudne, Centrum, Lasowice, Os. Jana i Sowice.

b.Część nr 2 - Rejon 2 obejmuje place i jezdnie gminne oraz chodniki przyległe do nieruchomości gminnych w dzielnicach: Opatowice, Pniowiec, Repty Śl, Stare Tamowice, Rybna, Strzybnica.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XV siwz

a.Pkt 2.2.2. Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia z postępowania wykonawcy w sytuacji o której mowa w art. 24 ust 5 ustawy pzp (fakultatywne przesłanki wykluczenia Wykonawcy) tj. tego, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust.1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

b.Pkt 3.1. Każdy wykonawca był zobowiązany do wykazania, że posiada wpis do Rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (tzw. „Rejestr BDO" - dostępny pod adresem internetowym: www.bdo.mos.gov.pl) — dział VII Transportujący odpady (kod 20 03 03 - odpady z oczyszczania ulic) zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 797, z późn. zm.).

c. Pkt 3.3.1. Każdy wykonawca był zobowiązany do wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonuje należycie:

• Dla Części Nr1(Rejon1):co najmniej jedną usługę polegającą na zimowym utrzymaniu placów, jezdni i chodników o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 300 000 m2,

• Dla Części Nr2(Rejon 2): co najmniej jedną usługę polegającą na zimowymutrzymaniu placów, jezdni i chodników o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 200 000 m2.

d. Pkt 3.3.2. Każdy wykonawca był zobowiązany do wykazania że dysponuje lub będzie dysponował osobami niezbędnymi do wykonania niniejszego zamówienia:

e . W pkt 4.1. SIWZ Zamawiający wymagał złożenia szeregu dokumentów w tym wypełniony należycie formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienie - dalej: „JEDZ".

f. Zamawiający wymagał, by zgodnie z pkt 5.1 każdy z wykonawców przedstawił informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

4. Zamawiający w Rozdziale XVII przedstawił informacje dotyczące procedury sanacyjnej w przypadku istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz pkt 16-20 lub art. 24 ust. 5 pzp.

Powyżej zostały przedstawione postanowienia siwz, w kontekście obowiązujących przepisów ustawy, które w ocenie odwołującego, nie zostały dotrzymane przez składającego ofertę czyli wykonawcę wybranego/przystępującego w sprawie.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia wpłynęły dwie oferty - na każdą część zamówienia - dwie części - przedmiot zamówienia jakim jest zimowe utrzymanie dróg, chodników i placów obejmuje wymienione w poszczególnych częściach dzielnice.

Ofertę złożył Odwołujący i ZRD sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Radzionkowie/wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego/przystępujący.

Dnia 30 października 2020r. Zamawiający poinformował, iż ofertę najkorzystniejszą - w obu częściach zamówienia - złożył ZRD sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Radzionkowie.

SIWZ zawierał szereg postanowień, które miał obowiązek wypełnić wykonawca i tak kolejno.

Zarzut naruszenia art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy

W pkt 4.1. SIWZ Zamawiający wymagał złożenia szeregu dokumentów w tym wypełniony formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ).

Formularz JEDZ.

Treść formularza JEDZ w Części IIII sek. „C" rubr. 7 przewiduje udzielenie odpowiedzi (TAK - NIE) na zapytanie o treści „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat" . Dalej były pytania: Jeżeli tak proszę podać szczegółowe informacje na ten temat: . Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia ? TAK, NIE. Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki……".

Wykonawca wybrany/przystępujący odpowiedział na to pytanie negatywnie, to znaczy pozostawiając je bez potwierdzenia jako takiego rodzaju zdarzenia. Pozostawiając bez wypełnienia pozostałe pytania związane z tym pytaniem podstawowym (JEDZ - oferta wykonawcy wybranego).

W tej sytuacji w ocenie Izby zamawiający nie posiadając takiego rodzaju informacji od wykonawcy wybranego w dostarczonym formularzu JEDZ, nie miał podstawy do wyjaśniania okoliczności rozwiązania umowy przed czasem, na

co zwracał uwagę w toku postępowania odwoławczego.

Z kolei odwołujący posiadając inną wiedzę niż zamawiający, na temat realizacji umów na rzecz Gminy Sosnowiec przez wykonawcę wybranego, podjął się potwierdzenia niezgodności oświadczenia w Formularzu JEDZ z rzeczywistym stanem rzeczy, jeżeli chodzi o przebieg doświadczenia zawodowego wykonawcy wybranego.

Odwołujący działając na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej pismem z dnia 14.09.2020r. wystąpił do Gminy Sosnowiec (Urząd Miejski w Sosnowcu) o udostepnienieinformacji publicznej w zakresie umów realizowanych przez Zakład Robót Drogowych O. sp. z o.o. sp.k. na rzecz Gmina Sosnowiec to jest „Modernizacja infrastruktury autobusowo-tramwajowej na terenie Sosnowca - budowa i rozbudowa małych węzłów przesiadkowych i łączących je ścieżek rowerowych", posiadając informację o odstąpieniu od umowy w dniu 18.12.2018roku (wniosek z dnia 14.09.2020r. L. Dz. KTZ/1691/WA/09/2020 - pismo w aktach sprawy).Taki dowód wystąpienia odwołującego do Gminy Sosnowiec znajduje się w aktach sprawy

W dniu 24 września 2020r. Urząd Miejski w Sosnowcu działając w imieniu Gminy Sosnowiecpotwierdził, „iż w związku z odstąpieniem od umów dot. zamówienia „Modernizacja infrastruktury autobusowo-tramwajowej na terenie Sosnowca - budowa i rozbudowa małych węzłów przesiadkowych i łączących je ścieżek rowerowych" (część II, III, IV) Zamawiający dokonał naliczenia Wykonawcy kar umownych, które w części potracił z uznanego Wykonawcy wynagrodzenia." W dalszej części pisma poinformowano odwołującego, że Zakład Robót Drogowych O. Sp. z o.o. sp.k. nie zgadzając się z zasadnością nałożenia kar umownych przez zamawiającego, skierował powództwo o zapłatę do Sądu Okręgowego w Katowicach Z kolei Gmina Sosnowiec skierowała powództwo wzajemne o zapłatę pozostałych kar umownych (odpowiedź WDR.I.720.4.2020.JG. z 24 września 2020r. Urząd Miejski w Sosnowcu Wydział Administracji Drogowej – pismo w aktach sprawy).

Z kolei na rozprawie przystępujący potwierdził, że złożony pozew w okolicach października 2019 r. nie został rozpatrzony do dnia dzisiejszego. Tak więc z oświadczenia na rozprawie, jak i z pism Urzędu Miejskiego w Sosnowcu wynika, że do dnia dzisiejszego nie odbyła się rozprawa i nie zapadł wyrok w sprawie.

Według posiadanej wiedzy odwołującego na etapie składania odwołania jak i potwierdzonej na rozprawie ZRD sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Radzionkowie/wykonawca wybrany, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu i Zakład Robót Drogowych ORFIN sp. o.o. sp. k. z siedzibą w Radzionkowie to ten sam przedsiębiorca występujący pod inną firmą. Powyższe wynika także z pisma zamawiającego (odpowiedź na odwołanie), w którym potwierdza zmiany po stronie wykonawcy wybranego począwszy od 23 marca 2020roku (odpis z KRS).

W tej sytuacji według odwołującego ZRD sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Radzionkowie/przystępujący w sprawie miał obowiązek podać w JEDZ informację o odstąpieniu od umowy przez Gminę Sosnowiec oraz nałożeniu przez nią kar umownych i to niezależnie nawet od tego kto dokonał odstąpienia, a w tym wypadku dokonał tego zamawiający to jest Gmina Sosnowiec.

W konsekwencji, odwołujący postawił zamawiającemu zarzut zaniechania odrzucenia oferty ZRD sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Radzionkowie, ponieważ sam brak oświadczenia w tym zakresie w JEDZ skutkuje wykluczeniem z postępowania, w związku z podaniem odmiennego stanu w JEDZ od rzeczywistego to jest zaistniałego i to niezależnie od oceny prawnej samych zdarzeń i ich przyczyn przez czy to zamawiającego, czy to wykonawcę.

Na rozprawie odwołujący złożył kolejne dowody na okoliczność, że od umowy odstąpiono i naliczone zostały kary umowne, przez zamawiającego, którym była Gmina Sosnowiec. I takjuż za pismem z dnia 30.01.2019r. odwołujący otrzymał za pismem przewodnim L.dz. WDR-I.72.26.54.2019.WG w ramach udostępnienia informacji publicznej, skany odstąpienia od umów – z dnia 3 lipca 2017 r. o numeracjach kolejnych umów: WDR.272.01.32.2017, WDR.272.01.33.2017, WDR.272.01.34.2017. Z treści załączonych oświadczeń wynika, że zamawiający w dniu 18 grudnia 2018 roku oświadczył o odstąpieniu od umów wraz z wezwaniem do zapłaty kary umownej na podstawie art.635 k.c. i art. 656 § 1 k.c., co do niewykonanego jej przedmiotu, a więc w zakresie:1) robót budowlanych stanowiących wykonanie ścieżki rowerowej, chodnika, itd. według graficznego ujęcia, załączonego do dwóch pism, jak i niewykonania szeregu obowiązków, o których mowa w § 13 ust.3 lit. a, c, e, d, e, f umowy, w tym odmowa wykonania dokumentacji powykonawczej. Również na podstawie § 23 ust.1 lit. i umowy, obciążono przystępującego karami umownymi z tytułu odstąpienia od umów i to w każdym z trzech przypadków z przyczyn leżących po stronie przystępującego czyli wówczas Zakładu Robót Drogowych O. sp. z o.o. sp. k. Odwołujący na dowódzłożył również trzy egzemplarze umów, od których Gmina Sosnowiec odstąpiła.

Powyższe dowody zostały złożone przez odwołującego na posiedzeniu/rozprawie i nie zostały zakwestionowane co do wiarygodności i okoliczności w nich stwierdzonych, przez przystępującego reprezentowanego przez Pana J. O. Prokurenta Samoistnego, założyciela firmy. Natomiast Przystępujący nie zgadza się z oceną prawną zaistniałych okoliczności i zdarzeń w związku z umowami z Gminą Sosnowiec.

Co do stanowiska zamawiającego zarówno przed rozprawą jak i na rozprawie to już pismem z dnia 23 listopada 2020r. (odpowiedź na odwołanie) treść, którego przedstawiono powyżej oświadczył :

1) o uwzględnieniu odwołania w części dotyczącej podstaw wykluczenia przystępującego (ZRD Sp. z o.o. Sp. K.) na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, tj. z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania,

2) w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu/rozprawie, w związku z uwagą pełnomocnika odwołującego, pełnomocnik zamawiającego doprecyzował stanowisko co do uwzględnienia odwołania. Zamawiający stanowisko co do uwzględnienia odwołania: precyzując je do zarzutów pod numerem 3, 4 i 5, a po ostatecznej korekcie precyzując je do zarzutów nr 4 i 5, tj. zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17ustawy (Wyciąg z protokołu: W tym miejscu na uwagę pełnomocnika odwołującego pełnomocnik zamawiającego koryguje stanowisko co do uwzględnienia odwołania precyzując je do zarzutów pod numerem 3, 4 i 5. W tym miejscu koryguje swoje stanowisko i precyzuje do zarzutów nr 4 i 5, tj. zarzut art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17. Przystępujący zgłasza sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia.)

Dla jednoznaczności i jasności co do stanowiska zamawiającego, zarzuty w odwołaniu zostały sprecyzowane następująco:

4 . Art. 24 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRD z postępowania, pomimo iż wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

5.Art. 24 pkt pkt 17 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRD z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego.

Również na posiedzeniu/rozprawie przystępujący, wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania to jest do zarzutu z art. 24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy, co do nie podania stanu rzeczy zgodnego z prawdą w JEDZ, przystępujący zgłosił sprzeciw („zgłasza sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia").

Czyli jak już wyżej wskazano, zarzut naruszenia został sformułowany w odwołaniu do treści art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy, przez nie wypełnienie części formularza JEDZ.

SIWZ zawierał szereg postanowień, które miał obowiązek wypełnić wykonawca i tak.

W pkt 4.1. SIWZ Zamawiający wymagał złożenia szeregu dokumentów w tym wypełniony formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienie - dalej: „JEDZ".

Treść formularza JEDZ Części IIII sek. „C" rubr. 7 przewiduje udzielenie odpowiedzi (TAK - NIE) na zapytanie o treści „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat."

Również zamawiający uwzględniając w tym zakresie zarzuty odwołania, doprecyzowując swoje stanowisko w zakresie uwzględnienia na posiedzeniu/rozprawie do zarzutów nr 4 i 5 odwołania (art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy) przedstawił w poczet materiału dowodowego pismo z dnia 20.11.2020r. L.dz.WDR-I.7226.626.2020.WG z Gminy Sosnowiec. Czyli pismo, które zamawiający otrzymał po wyborze najkorzystniejszej oferty przystępującego, a której to czynności dokonał dnia 30 października 2020r.(informacja o wyborze L.dz. BZP. 271. 34.25.2020 w aktach sprawy). W treści tego pisma Gmina Sosnowiec potwierdza okoliczności, że oświadczeniami z dnia 18 grudnia 2018 roku odstąpiła od umów z przystępującym (Zakład Robót Drogowych O. sp. z o.o. sp.k. z s. w Radzionkowie), a to z uwagi na niewykonanie ich przedmiotu w terminie. Zadania były realizowane na podstawie trzech odrębnych umów. W piśmie znajduje się też stwierdzenie, że żadna z zawartych umów nie została rozwiązana. Również znalazła się informacja o naliczeniu kar umownych, które w części zostały potrącone z należnego wykonawcy wynagrodzenia, a w pozostałym zakresie są przedmiotem postępowania sądowego, które jest w toku. Poza tymi roszczeniami wykonawca nie był obciążony obowiązkiem zapłaty odszkodowania.

Podsumowując powyższą informację Gminy Sosnowiec udzieloną zamawiającemu, z udzieloną informacją odwołującemu zarówno z dnia 24 września 2020r. jak i wcześniejszą z dnia 30.01.2019r. to w swej treści informacje Gminy Sosnowiec potwierdzają się. I tak informacje potwierdzają sięco do: odstąpienia od umowy przez zamawiającego, z powodu nie wykonania przedmiotu umów w terminie i naliczenia kar umownych przystępującemu jak i sprawy sądowej w toku z powództwa przystępującego z powództwem wzajemnym zamawiającego. Przy czym Gmina Sosnowiec w piśmie do zamawiającego używa stwierdzenia, że odstąpiła od umowy ale jednocześnie stwierdza, że nie rozwiązała umowy.

W ocenie Izby nie ma to znaczenia prawnego, ponieważ odstąpienie od umowy jest równoznaczne z rozwiązaniem umowy, które w obrocie prawnym następuje w sytuacji czy to porozumienia stron, czy to wypowiedzenia umowy, czy to odstąpienia od umowy w tym wypadku na podstawie art. 635 k.c. i art.656 §1 k.c. (oświadczenia Gminy Sosnowiec od trzech umów z dnia 18 grudnia 2028r. – w aktach sprawy).

Z kolei przystępujący zgłaszający sprzeciw co do częściowego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego podniósł, że wypełnienie spornej części JEDZ może dotyczyć sytuacji wykluczenia z postępowania o charakterze fakultatywnym to jest przypisanym do warunku opisanego w art.24 ust. 5 ustawy o treści: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 4) który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust.1 pkt 1-4 ustawy, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W tym zakresie szczegółowo i obszernie wypowiedziały się strony, jak i przystępujący na posiedzeniu/rozprawie, jak poniżej.

Odwołujący na posiedzeniu złożył następujące dowody, które Izba opisała co do ich treści i znaczenia już powyżej.:

1)na okoliczność niepoinformowania w JEDZ o odstąpieniu od umowy przez zamawiającego Gmina Sosnowiec:
   a)oświadczenie Gminy Sosnowiec z 24 września 2020 r. L.dz. WDR.I.720.4.2020 JG wydane przez Urząd Miejski w Sosnowcu odwołującemu, na okoliczność odstąpienia od umów i naliczenia kar umownych Wykonawcy, które w części potracił z uznanego Wykonawcy wynagrodzenia oraz o skierowaniu przez Wykonawcę powództwa o zapłatę i powództwa wzajemnego przez Gminę Sosnowiec. "Sprawa jest w toku, dotychczas nie odbywały się żadne rozprawy.";
   b)poprzedzający, wydane oświadczenie powyżej, wniosek odwołującego o udostępnienie informacji publicznej z dnia 14 września 2020 r.;
   c)pismo Urzędu Miejskiego Sosnowiec z 30 stycznia 2019 r. L.dz. WDR-I.7226.54.2019.WG do odwołującego, z przekazaniem trzech skanów odstąpienia w dniu 18 grudnia 2018 r. od trzech umów na wykonanie robót budowlanych dla Części II,III,IV zamówienia w związku z budową ścieżek rowerowych z Zakładem Robót Drogowych O. Sp. z o.o. Sp.k. z s. w Radzionkowie. Ze skanów odstąpienia wynika, że umowy nie zostały wykonane w całości, wykonawca odmówił wykonania dokumentacji powykonawczej, zamawiający odmawia

procedury końcowego odbioru robót jako przedwczesnej, nalicza kary umowne powyżej 200 tys. z każdej z trzech umów i wzywa do zapłaty z rygorem potrącenia lub skierowania na drogę sądową, wzywa do inwentaryzacji wykonanych robót.

d)trzy umowy każda z dnia 3 lipca 2017 r. o – nr WDR.272.01.32.2017, nr WDR.272.01.33.2017, nr WDR.272.01.34.2017 „Budowa ścieżek rowerowych – zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacją istotnych warunków zamówienia, postanowieniami niniejszej umowy oraz ofertą (w tym kosztorysem ofertowym) przetargową Wykonawcy."

Na posiedzeniu strony wypowiedziały się co do znaczenia przedstawionych dowodów, dla rozstrzygnięcia wniesionego odwołania oraz co do obowiązku wypełnienia Cz. III. Sek. C JEDZ w zakresie rozwiązania przed czasem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

„Odnosząc się do złożonych dowodów odwołujący oświadcza, że w jego ocenie brzmienie postanowień JEDZ nakazuje wykonawcy poinformowanie o fakcie bez względu na subiektywną ocenę tego zdarzenia przez wykonawcę, tj. bez względu na jej zasadność udowodnienia w postępowaniu sądowym wszczętym przez wykonawcę."

Zamawiający odczytał treść postanowienia JEDZ Cz. III. Sek. C. „i uważa, że obowiązkiem wykonawcy było poinformowanie zamawiającego o fakcie rozwiązania umowy lub naliczenia kar lub też odszkodowań".

„Przystępujący oceniając złożone dowody stwierdza, że nie ma obowiązku w zaistniałej sytuacji informować o tym zdarzeniu w JEDZ dlatego, że JEDZ to m.in. wstępne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia. Głównie nie kazałem wpisać jako pełnomocnik rozwiązania umowy przez gminę Sosnowiec głównie z tego powodu, że nie nastąpiło rozwiązanie przed czasem, a po wykonaniu umowy. W tym miejscu P-n O. stwierdza, że protokoły odbioru ścieżek rowerowych nie zostały odebrane z udziałem gminy, bo odmawiała odbioru, więc sporządziliśmy jednostronny protokół."

„W tym miejscu P-n O. stwierdza, że czuje się moralnie i finansowo skrzywdzony przez Gminę Sosnowiec. Jeszcze jest 12 takich firm, gdzie Gmina Sosnowiec nie zapłaciła. Byłem wielokrotnie na spotkaniach w Gminie i nie zapłacono mi nadal. Rozliczyłem się z podwykonawcami za materiały, ale uważam, że nie ma podstaw, abym wpisywał w JEDZ, że Gmina Sosnowiec rozwiązała ze mną umowę, bo zrobiła to po wykonaniu. Termin był na 29 czerwca 2018 r. i w tym dniu zgłosiliśmy jej zakończenie i nie przystąpili do protokołu, rozwiązali umowę, nie zapłacili mi. Odstąpili od umowy w grudniu 2018 r. Uważam, że nie mam obowiązku informowania w JEDZ o faktach, które zdarzyły się z Gminą Sosnowiec. Pozew złożyłem ja."

„Przystępujący wskazuje na instrukcję wypełnienia sporządzoną przez Urząd Zamówień Publicznych (strona 41) odnoszącą się do tego fragmentu JEDZ, że należy wypełnić w przypadku spełnienia przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4."

„W tym miejscu odwołujący składa dodatkowy dowód na dowód, iż już poprzednio Zamawiający z Zakładem Robot Drogowych O. sp. z o.o. sp.k. z s. w, Radzionkowie rozwiązał umowę pismo z dnia 25.07.2014r. L.dz. MZUiM-341/1/2014 – Gmina Tarnowskie Góry w sprawie bieżącego utrzymania nawierzchni jezdni dróg gminnych w 2014r. W tym miejscu pełnomocnik odwołującego ponownie stwierdza, że punkt tego JEDZ ma mówić o faktach jakie zaistniały, a nie ocenie tych faktów przez zamawiającego czy wykonawcę. Ponadto przywołuje wyrok, gdzie wykonawca odstąpił od umowy z winy zamawiającego, co przyznał zamawiający, ale w sytuacji, kiedy nie zaznaczył w rubryce C tej okoliczności, iż umowa została rozwiązana. Sąd orzekł, że niewypełnienie tej rubryki jest niedopełnieniem i podaniem nieprawdziwych informacji w JEDZ (wypowiedź pełnomocnika)."

„Zamawiający składa następujące dowody na okoliczność rozwiązania umowy z Gminą Sosnowiec:

1)pismo Urzędu Miejskiego w Sosnowcu z 20 listopada 2020 r. L.dz. WDR-I.7226.626.2020.WG do zamawiającego. Z uwagi na niewykonanie w terminie przedmiotu umowy, odstąpiono od umów 18 grudnia 2018r. oraz naliczono kary umowne i część ich potrącono z należnego wynagrodzenia, toczy się postępowanie sądowe."

Izba przedstawiła i oceniła skutki prawne tego pisma powyżej.
Również przeprowadzono dowód z oferty wykonawcy wybranego, w tym z wypełnionego JEDZ.

Strony i uczestnik odnosząc się do zarzutu odwołania (art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy) oraz przeprowadzonych na rozprawie dowodów, zajęli następujące merytoryczne stanowiska:

Zamawiający „podtrzymuje swoje stanowisko co do niewypełnienia odpowiednich fragmentów JEDZ, które obligowały do informacji zamawiającego o rozwiązanych umowach, naliczonych karach lub innych sankcjach. Natomiast jeżeli chodzi o kluczowe w stanowisku przystępującego uzasadnienie niewypełnienia tej rubryki JEDZ to zwracam uwagę, że słowo „przed czasem" nie zawiera dalszych/bliższych określeń i nie skłaniam się do interpretacji przystępującego, że „przed czasem" to koniecznie termin umowny wykonania umowy, ale również może to oznaczać przed czasem wykonania umowy. Podtrzymuje stanowisko w tym zakresie co do uwzględnienia zarzutów odwołania".

Odwołujący „Jeżeli chodzi o kwestię niewypełnienia JEDZ to my złożyliśmy dokumenty z Sosnowca czyli wypełniliśmy obowiązki dowodowe. Wynika z nich, że umowa była rozwiązana, kary umowne były naliczone. Tym faktom przystępujący nie zaprzecza tylko się z nimi nie zgadza."

Zamawiający „Podtrzymuje swoje stanowisko i w wyniku tej dyskusji z posiedzenia i szerokiej argumentacji stron, dochodzę do wniosku, że wypełnienie JEDZ w tym punkcie musi następować nie z powodu winy czy też braku winy, ale z powodu samego faktu, bo gdyby nie odwołujący w związku z niewypełnieniem tej pozycji JEDZ nigdy nie moglibyśmy rozwiązać kwestii pkt 16 i 17. Tylko dzięki odwołaniu i dokumentom stanęliśmy przed dylematem pkt 16 i 17. Reasumując dzisiejszą dyskusję na posiedzeniu i rozprawie stwierdzam, że jeżeli zachodzi sytuacja rozwiązania umowy jako faktu niepodlegającego ocenie to w każdym przypadku w mojej ocenie powinien wykonawca wpisać tak, a regulacje ustawowe dają podstawę do oceny tych faktów w kontekście art. 24 ust. 5 pkt 4, jak również instytucja samooczyszczenia.

Przystępujący „Wnoszę jak dotychczas z uwzględnieniem sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów. Co do pkt 16 i 17 przez zamawiającego, zwłaszcza powołując się na wypowiedź dotyczącą samooczyszczenia to chciałbym wskazać, że art. 24 ust. 8 ma zastosowanie, gdy faktycznie nastąpiło naruszanie przepisów po stronie wykonawcy i oceniane jest ono w kontekście art. 24 ust. 5 pkt 4, co dalej daje poparcie dla twierdzeń, że w naszej sytuacji, gdy skierowaliśmy sprawę na drogę sądową niewypełnienie przez nas wskazanej części JEDZ jest jak

najbardziej uprawnione”.

Izba odnosząc się do przedstawionych powyżej stanowisk stron i uczestnika, podziela argumentację przedstawioną przez odwołującego i zamawiającego, co do obowiązku poinformowania zamawiającego w JEDZ o fakcie rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego niezależnie od oceny prawnej co do skuteczności rozwiązania/odstąpienia od umowy przez zmawiającego. Natomiast Izba nie podziela stanowiska przystępującego, że w kontekście art.24 ust.5 pkt 4 ustawy nie ma obowiązku poinformowania w JEDZ o fakcie rozwiązania umowy/odstąpienia od umowy w przypadku jego oceny prawnej o bezpodstawności rozwiązania umowy przez zamawiającego, zwłaszcza w sytuacji toczącego się sporu sądowego między przystępującym a zamawiającym. Jak również Izba nie podziela poglądu przystępującego co do obligatoryjności wyczerpania instytucji naprawy z art.24 ust.8 ustawy w przypadku rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba podsumowując przeprowadzone dowody, jak i oceniając złożone na posiedzeniu/rozprawie oświadczenia stron, stwierdza.

Zamawiający na złożone odwołanie udzielił odpowiedzi na odwołanie, a co Izba powyżej przedstawiła w uzasadnieniu, w której to odpowiedzi zamawiający w części uwzględnił zarzuty odwołania, związane z dyspozycją fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy (art. art.24 ust.5 pkt 4 ustawy) opisaną w Rozdziale XV pkt 2 ppkt 2.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji zamawiający uwzględnił zarzuty co do braku wypełnienia JEDZ w części III c rubr. 7, odnoszącej się do obowiązku poinformowania zamawiającego o fakcie rozwiązania przed czasem wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub o nałożeniu odszkodowania bądź innych sankcji w przedmiotowej sprawie kar umownych. Czyli zamawiający uwzględnił zarzut braku informacji w JEDZ o zaistniałym zdarzeniu to jest o odstąpieniu od umowy/rozwiązaniu umowy i nałożeniu kar umownych z tytułu niewykonania przedmiotu umowy (Gmina Sosnowiec). Zamawiający w odpowiedzi precyzował uwzględnienie zarzutów do art.24 ust.5 pkt 4 ustawy, zgodnie z obowiązującym w jego postępowaniu siwz, przewidującym okoliczność fakultatywnego wykluczenia z powodu nie wykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy. Na posiedzeniu/rozprawie na wniosek odwołującego, zamawiający doprecyzował uwzględnienie do pkt 4 i pkt 5 zarzutów odwołania to jest wskazanych tam naruszeń art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy. Czyli nie do naruszenia przez zamawiającego art.24 ust.5 pkt 4 ustawy, którego przesłanek nie badał w ofercie wykonawcy wybranego, ponieważ nie posiadał w tym zakresie wiedzy, w związku z wadliwym wypełnieniem przez przystępującego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. Przy czym należy mieć na uwadze, że odwołujący prawidłowo w odwołaniu, zarzut precyzował wychodząc z treści art.24 ust.5 pkt 4 ustawy, to jest podstawy do wykluczenia z powodu naruszenia tego przepisu, ale z powodu nie wypełnienia odpowiedniej rubryki JEDZ (III.C.rubr.7) przez przystępującego. W konsekwencji wobec braku wypełnienia w JEDZ rubryki przeznaczonej do informowania o zaistniałym zdarzeniu to jest o odstąpieniu od umowy w sprawie zamówienia publicznego, zarzut prawidłowo sprecyzowano do naruszenia art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy, a nie naruszenia art.24 ust.5 pkt 4 ustawy. Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie naruszenia przez niego przepisu art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy. W innym przypadku uwzględnienie zarzutów odwołania wykraczałoby ponad zarzuty odwołania, które nie zawierały naruszenia art.24 ust.5 pkt 4 ustawy. Bowiem zarzut odwołania wskazuje na naruszenie przez zamawiającego art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy, w związku z nie wypełnieniem wskazanej rubryki JEDZ . W związku z powyższym zarzuty odwołania nie wchodzą w merytoryczną i prawną ocenę zdarzenia jakim było odstąpienie od umowy przez zamawiającego/rozwiązania umowy, wykonywanej przez przystępującego/wykonawcę wybranego. O obowiązku wypełnienia część III ppkt C rubr. 7 stanowi postanowienie siwz w pkt 4. 4.1. Informacja jak wypełnićJEDZ pkt 7 w celu wstępnego potwierdzenia braku podstaw wykluczenia (pkt 2.1. i 2.2 niniejszego rozdziału siwz) w części III JEDZ należy wypełnić sekcję C za wyjątkiem rubryk trzeciej i piątej. Czyli należało wypełnić rubr. 7 wskazując na okoliczności związane z realizacją umów na rzecz Gminy Sosnowiec, bez względu na ocenę prawną tych zdarzeń przez wykonawcę wybranego/ przystępującego. Nie podanie tych informacji to jest ich zatajenie miało istotny wpływ na czynności zamawiającego to jest skutkowało wyborem oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oferty (czynność zamawiającego z dnia 30 października 2020r – pismo w aktach sprawy). Na marginesie, wobec argumentacji przystępującego, podanie informacji o rozwiązaniu umowy, nie oznacza obowiązku procedury sanacyjnej z ar.24 ust.8 ustawy, jak i nie oznacza przyznania przez przystępującego zasadności rozwiązania umowy przed czasem, czyli przed jej wykonaniem. Informacja ta ma charakter oświadczenia co do wiedzy, a nie stanowi o czynności prawnej przystępującego. Izba nie dokonała oceny co do podstaw wykluczenia z postepowania przystępującego na podstawie art.24 ust.5 pkt 4 ustawy, ponieważ takiej oceny również nie dokonywał zamawiający w związku z brakiem wiedzy na temat opisanych zdarzeń z realizacji umów z Gminą Sosnowiec.

W związku z powyższym Izba uznaje za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy, który został uwzględniony przez zamawiającego, a który skutkuje nakazaniem unieważnienia wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej i wykluczeniem przystępującego z postępowania a w konsekwencji odrzuceniem jego oferty.

Wobec powyższego, dalsze zarzuty odwołania nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Niemniej Izba rozpoznając je, również uznaje je za zasadne.

I tak jeżeli chodzi o dokument BDO to dokument ten wydany jest na Zakład Robót Drogowych O. sp. z o.o. sp. k., a ofertę w tym postępowaniu składa ZRD sp. z o.o. sp. k. i w związku z art. 59 rozporządzenia wykonawczego do ustawy o odpadach, gdzie mówi się o tym, że aktualizacja decyzji powinna nastąpić w ciągu miesiąca od zmiany w formie wykonawcy, przystępujący ma obowiązek uaktualnienia nazwy firmy, której zmiany dokonano już w dniu 23 marca 2020r. Zamawiający co najmniej powinien wezwać przystępującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentu w trybie art.26 ust.3 lub ust.4 ustawy. Tak więc zarzut jest zasadny.

Również taki sam obowiązek uaktualnienia nazwy firmy, która składa ofertę czyli przystępujący (ZRD sp. z o.o. sp.k.) należy odnieść do KRK, z której nie wynika, której spółki informacja dotyczy. Wniosek składa Zakład Robót Drogowych O. Sp. z o.o. sp.k. w dniu 09.07.2020r. a informacja dotyczy Zakładu Robót Drogowych sp. z o.o. sp. k. Z kolei ofertę składa ZRD sp. z o.o. sp. k W sumie występują w związku ze złożoną ofertą trzy podobne ale jednak rozbieżne nazwy wykonawcy. Izba nie uznaje za uzasadnioną argumentację zamawiającego, że po NIP lub numerze nadanym przez GUS, można ustalić, że mamy do czynienia z tym samym wykonawcą co wykonawca składający ofertę. Owszem nie jest to dokument na tyle wadliwy, że dyskwalifikuje trwale ofertę, ale wymaga co najmniej procedury art.26 ust.3 ustawy,

czyli ponownego wniosku, a to przede wszystkim z tego powodu, że ofertę składa ZRD sp. z o.o. sp.k a nie Zakład Robót Drogowych sp. z o.o., spółka komandytowa.

Również zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący osób przeznaczonych do wykonania zamówienia w szczególności kierowców, bez podania ich uprawnień, na podstawie których to informacji można byłoby sprawdzić czy są aktualnie i odpowiednie do wymagań. Jedynie konkretna jest informacja o stażu pracy, ponieważ podaje konkretną liczbę lat zatrudnienia. Wykonawca w myśl ustalonego wzoru wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia ma wprost ustalony obowiązek podania uprawnień zawodowych. Nie wystarczy wpisać na potwierdzenie posiadanych uprawnień – posiada uprawnienia. W ocenie Izby tak jak podnosił odwołujący należy podać rodzaj – kategorię uprawnień dla kierowców jak i wykazać ich aktualność.

Zgodnie z postanowieniami §2 ust. 2 wzoru umowy do wykonania usługi muszą być zastosowane m.in. samochody ciężarowe lub specjalne o różnej ładowności, traktory, ładowarki o poj. łyżki min. M3 i szer. Max. 2m, samochody patrolowe. A zatem personel musi mieć uprawnienia do obsługi co najmniej sprzętu wskazanego w umowie. I tak do kierowania samochodami
ciężarowymi lub specjalnymi są to uprawnienia do prowadzenia pojazdów kat. B, C, do prowadzenia traktora wymagane są uprawnienia kat. T lub C., do obsługi ładowarki są wymagane uprawnienia do obsługi ładowarki o poj. łyżki min. M3., samochód patrolowy to uprawnienia kat. B. Zamawiający zaznaczył również, że uprawnienia mają być aktualne, co oznacza, że dodatkowo wymagane jest świadectwo kwalifikacyjne z kodem 95, które jest aktualizowane co pięć lat.

ZRD przedstawił Wykaz osób - załącznik nr 3 z zakresem czynności przy realizacji zamówienia i z ogólną informacją, że dana osoba posiada uprawnienia do kierowania pojazdami. Oświadczenie to nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia warunku. Słusznie odwołujący zauważył, że nie można ustalić jakie uprawnienia zawodowe posiadają poszczególne osoby, nie można ustalić czy uprawnienia zawodowe są aktualne, nie można ustalić czy ZRD dysponuje osobami uprawnionymi do obsługi ładowarki o poj. łyżki min. 1 m3.

W związku z powyższym w ocenie Izby zarzut jest zasadny.

Co do wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy.

Odnośnie wystawionych referencji, również po stronie wykonawcy leży obowiązek wyjaśnienia i wykazania, że dotyczą one wykonawcy składającego ofertę. Nie jest obowiązkiem zamawiającego przeprowadzanie na własny koszt ustaleń, jakiego wykonawcy dotyczy, jeżeli jest rozbieżność w nazwach firmy uzyskującej referencję a nazwa formy przedkładającej referencję jako własną. Koszt i niezbędny czas do usunięcia tych rozbieżności i wątpliwości leży po stronie wykonawcy składającego ofertę, a nie zamawiającego. Powyższe dotyczy sytuacji gdy nawet zamawiający zna wykonawcę i powinien domyślać się, że jest to ten sam wykonawca. Zamawiający powinien w takiej sytuacji oczekiwać usunięcia rozbieżności ale staraniem wykonawcy, którego ta wątpliwość dotyczy. Nie ma u zamawiającego żadnej informacji nawet w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, że referencja dotyczy wykonawcy wybranego.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 października 2020r. do złożenia stosownych dokumentów ZDR przedłożył 2 referencje wystawione dla Zakładu Robót Drogowych O. Sp. z o.o. Sp. k. ZRD nie wskazało w ofercie, że będzie korzystać z zasobów udostępnionych,

ZRD nie wskazywało, że będzie korzystać z podwykonawcy. ZRD nie spełnia postawionego warunku a co najmniej nie wykazało tego faktu. Słusznie odwołujący podniósł te kwestię, chociaż nie jest to błąd nieusuwalny w ofercie.

Jeżeli chodzi o rażąco niską cenę to mimo braku dostępu do całości wyjaśnień, z uwagi na częściowo uwzględnioną tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący słusznie je skwitował, że nie wynika z nich na jakiej podstawie cena zaoferowana jest niższa więcej niż o 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Są tam tylko rzeczywiście tylko ogólnikowe wyjaśnienia ze względu na doświadczenie, ISO i inne okoliczności, że taką cenę skalkulowano. Natomiast powołując się na te okoliczności przystępujący nie wykazuje jak te okoliczności miały wpływ na obniżenie ceny, a to jest istota wyjaśnień w trybie art.90 ustawy. Podobnie mają tylko teoretyczny charakter rozważania na temat kosztów zasobów ludzkich. Nie przekonują argumenty, że ludzie spoza aglomeracji, którzy muszą dojeżdżać dłużej do pracy niż miejscowi będą tańsi niż ludzie z aglomeracji. Izba podziela stanowisko odwołującego, że w wyjaśnieniach nie wykazano powodu wyceny poniżej 30% w stosunku do wyceny szacunkowej zamawiającego.

Z formalnego punktu widzenia ma również rację odwołujący co do nie udzielenia odpowiedzi w rozumieniu art.90 ust.3 ustawy. Odpowiedź na wezwanie zamawiającego udzieliło ZRD O. Sp. z o.o. Sp. k. - spółka ta nie jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i to nie on był wzywany do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia powinien złożyć wykonawca ZRD sp. z o.o. sp.k.

Podmiot faktycznie wezwany, czyli ZRD Sp. z o.o. Sp. k. nie złożył wyjaśnień i dlatego jego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy.

Natomiast jeżeli uznać, że wyjaśnienia zostały złożone to nie wyjaśniają one wysokości ceny a zatem oferta winna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy.

Reasumując nie wykazano oszczędnej metody wykonania zamówienia, niezwykle korzystne rozwiązania techniczne, czy też wyjątkowe sprzyjające warunki odnoszące się do zamówienia. ZRD wskazał, że zatrudnia ludzi na podstawie umowy o pracę za stawkę minimalną i spoza aglomeracji. Nie jest to jednak szczególna okoliczność. W Polsce bez względu na miejsce zamieszkania, czy to jest aglomeracja czy też nie obowiązują te same przepisy odnoszące się do zasad wynagradzania. Zatrudnianie osób z odległych miejsc generuje raczej koszty niż je obniża, bo pracownik musi skalkulować czas i koszt dojazdu do pracy albo taki transport winien zapewnić pracodawca. Podobnie Certyfikat ISO nie ma wpływu na koszt wykonania usługi, tym bardziej że został on wystawiony na przedsiębiorcę Zakład Robót Drogowych O. Sp. z o.o. Sp. k. a nie na ZRD sp. z o.o. sp. k., która złożyła ofertę. Paradoks zatem polega na tym, iż jeśli by przyjąć duży wpływ ISO na cenę to skoro ZDR nie posiada ISO to znaczy, że nie może zaoferować tak niskiej ceny. Wyjaśnienia te również nie zawierają informacji odnoszących się do konkretnych norm, czy sposobów, które są w ramach tej normy wykorzystywane i które rzekomo przynoszą korzyści w postaci niskich kosztów, które mogą się przełożyć na lepsze, bardziej atrakcyjne ceny niż te, które stosują konkurenci. W wyjaśnieniach powołano się na atrakcyjne ceny wody, soli i piasku. Wartość tych materiałów jednak nie posiada takiej elastyczności cenowej, żeby zagwarantować takie różnice w

cenach. W przypadku soli drogowej, materiały te związane są z zasobami naturalnymi i ich wydobycie przez kopalnie, które są obłożone swoimi stałymi kosztami, podatkami i koncesjami, „wypłaszcza" te ceny na rynku i wartość tych zasobów dla konkurentów jest podobna. ZRD nie ma możliwości pozyskania tych materiałów na rynku poniżej średniego poziomu, który jest dostępny dla wszystkich przedsiębiorców, którzy specjalizują się w tych usługach. Wyjaśnienia zawierają liczne odniesienia do orzecznictwa i stanu prawnego - nie jest to jednak wyjaśnienie ceny w tym konkretnym Postępowaniu.

Izba podziela argumentację odwołującego co do wyjaśnienia rżąco niskiej ceny.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu z art.26 ust.1 pkt 16 i 17ustawy, pozostałe zarzuty nie mają wpływu na rozstrzygniecie odwołania, to jest na nakazanie wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Na mocy art.192 ust.2 ustawy uwzględniono odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 pkt 1 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł 00 gr jako koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: ……