

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2020 r. przez wykonawcę **M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M.J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Igołomia-Wawrzeńczyce, 32-125 Wawrzeńczyce 57**

przy udziale wykonawcy **EKOM M. Sp. j. z siedzibą w Nowinach, ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowiny** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M.J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków

i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M.J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) **zasądza od wykonawcy M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M.J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków** na rzecz zamawiającego **Gmina Igołomia-Wawrzeńczyce, 32-125 Wawrzeńczyce 57** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający **Gmina Igołomia-Wawrzeńczyce, 32-125 Wawrzeńczyce 57** wszczął postępowanie na roboty budowlane, dostawy, usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce«.

07.04.2020r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020-/S 071-164227.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

15.05.2020 r. zamawiający poinformował o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy EKOM M. sp. j. z siedzibą w Nowinach (dalej wykonawca E).

22.05.2020r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M.J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechanie wykluczenia wykonawcy E;
- 2) dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę E jako najkorzystniejszej;
- 3) w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy E;
- 4) ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy E w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

Zarzut 1.1.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E z postępowania, mimo faktu, że wykonawca ten wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E z postępowania, mimo faktu, że wykonawca E lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a to związane z przedstawieniem informacji w Części III (Podstawy wykluczenia) lit. C (Podstawy związane

z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) Jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej JEDZ), że:

wedle własnej wiedzy nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, o których mowa w prawie krajowym podczas gdy

na wykonawcy E zostały nałożone następujące ostateczne decyzje Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w przedmiocie nałożenia administracyjnych kar pieniężnych za działania sprzeczne z ochroną środowiska:

- 1) Decyzja ŚWIOŚ z 9 stycznia 2013 r., znak: IK.7062.71.5.2013 wymierzająca wykonawcy E administracyjną karę pieniężną w wysokości 10.000 zł;
- 2) Decyzja ŚWIOŚ z 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.10.2017 wymierzająca wykonawcy E administracyjną karę pieniężną w wysokości 50.000 zł;
- 3) Decyzja ŚWIOŚ z 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.11.2017 wymierzająca wykonawcy E administracyjną karę pieniężną w wysokości 10.000 zł;
- 4) Decyzja ŚWIOŚ z 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.12.2017 wymierzająca wykonawcy E administracyjną karę pieniężną w wysokości 10.000 zł;
- 5) Decyzja ŚWIOŚ z 9 stycznia 2018 r., znak: IK.7062.71.1.2018 wymierzająca wykonawcy E administracyjną karę pieniężną w wysokości 1.000 zł.

Zarzut 1.2

Art. 24 ust. 5 pkt 7 w zw. z art. 24 ust. 6 Pzp przez niewykluczenie wykonawcy E z przyczyn podanych w zarzucie 1.1, tj. wydania przeciwko wykonawcy E ostatecznych decyzji administracyjnych o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska i wymierzenia kar pieniężnych nie niższych niż 3.000 zł w sytuacji, gdzie SIWZ bezpośrednio nakazywał badanie przez zamawiającego tych przesłanek zgodnie z przepisami Pzp.

Zarzut 2.1

Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca E nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E lekkomyślnie lub niedbale przedstawił

informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) Jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: JEDZ), że:

nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową podczas gdy

następujące umowy o zamówienia publiczne zostały rozwiązane przez zamawiające Gminy z wyłącznej winy wykonawcy E:

- 1) Gmina Zabierzów - sektor I - potwierdzone Pismem Wójta Gminy Zabierzów z 27.07.2018 r.;
- 2) Gmina Zabierzów - sektor II - potwierdzone Pismem Wójta Gminy Zabierzów z 27.07.2018 r.;
- 3) Gmina Zabierzów - sektor IV - potwierdzone Pismem Wójta Gminy Zabierzów z 27.07.2018 r.;
- 4) Gmina Mogilany - potwierdzone informacją ze strony internetowej Gminy Mogilany z 28.09.2018 r.;
- 5) Gmina Jędrzejów - potwierdzone informacją ze strony internetowej Gminy Jędrzejów z 4.10.2018 r.

Zarzut 2.2

Art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 6 Pzp przez jego niezastosowanie i niewy- kluczenie wykonawcy E z przyczyn podanych w zarzucie 2.1, tj. rozwiązania przez zamawiających poprzednich umów w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą E z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu tych umów z winy wykonawcy E, a także poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co podważa uczciwość wykonawcy E, o czym świadczą nie tylko rozwiązania umów przez zamawiających z winy wykonawcy E, ale także wydane decyzje o naruszeniu prawa ochrony środowiska, czy też cofnięcie wykonawcy E bez odszkodowania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów udzielone przez Starostę Kazimierskiego J Decyzja SKO w Kielcach z dnia 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt SKO.OŚ-60/2564/144/2017), w sytuacji gdzie SIWZ bezpośrednio nakazywał badanie przez zamawiającego tych przesłanek zgodnie z przepisami Pzp.

Zarzut 2.3

Art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 6 Pzp przez jego niezastosowanie i niewy- kluczenie wykonawcy E z przyczyn podanych w zarzucie 2.1, tj. rozwiązania przez zamawiających poprzednich umów w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą E z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu tych umów z winy wykonawcy E w sytuacji, gdzie SIWZ bezpośrednio nakazywał badanie przez zamawiającego tych przesłanek zgodnie z przepisami Pzp.

Zarzut 3

Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a to związane z przedstawieniem informacji w Części III (Podstawy wykluczenia) lit. C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ, że:

nie znalazł się w sytuacji, w której był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji (lit. a) lub zataił te informacje (lit. b) podczas gdy, wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17, wykonawca E został wykluczony, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta i Gminy Morawica w okresie od 1.07.2017 r. do 30 czerwca 2020 r., a jego działania zostały uznane jako rażące.

Zarzut 4

Art 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca E nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji w Części III (Podstawy wykluczenia) lit. C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ, że:

nie znalazł się w sytuacji, w której nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający (lit. c) podczas gdy zgodnie z zawiadomieniem o unieważnieniu postępowania wydanym przez Burmistrza Gminy Krzeszowice z dnia 22 listopada 2019 r. (znak: RKG.271.10.2019) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione, ponieważ wykonawca E jako podmiot, który wygrał przetarg, nie wniósł żadnych dokumentów wymaganych zgodnie z dokumentacją przetargową pomimo dwukrotnego, skutecznego wezwania do złożenia wnioskowanej dokumentacji, co w konsekwencji skutkowało tym, że wykonawca E został wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona.

Zarzut 5

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo, że wykonawca E nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ - część XII WARUNKI pkt 2.4.2 w zakresie kwalifikacji zawodowych osób skierowanych przez wykonawcę E do realizacji zamówienia, a to z uwagi na niewykazanie, zgodnie z treścią zał. nr 5 oraz nr 6 do SIWZ, że wykonawca E posiada odpowiednią liczbę pracowników mogących zapewnić obsługę zamówienia, w tym w szczególności zbyt małą liczbę kierowców (3) w stosunku do wymaganych przez zamawiającego i deklarowanych do użycia przez wykonawcę E, pojazdów (6).

Zarzut 6.1

Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji, Części IV (Kryteria kwalifikacji) lit. A (Ogólne oświadczenia dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji) JEDZ, że:

spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji warunkujące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiada aktualny i nieobarczony wadami wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji dysponuje on bazą magazynowo-transportową, spełniającą wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, stanowiącą podstawę uzyskania i utrzymania ww. wpisu do działalności regulowanej podczas gdy

wykonawca E nie posiada bazy magazynowo-transportowej, spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a zatem nie spełnia przesłanek z § 2 ust 1 pkt 1 tego rozporządzenia, tj. nie posiada bazy magazynowo-transportowej w Gminie Igołomia-Wawrzeńczyce ani w odległości 60 km od jej granic.

Zarzut 6.2

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo, że podmiot ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ-XII WARUNKI pkt 2.1 w zakresie posiadania aktualnego i nieobarczonego wadą wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie

odbierania odpadów komunalnych, objętych przedmiotem zamówienia, od właścicieli nieruchomości, zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach z uwagi na brak bazy magazynowo-transportowej spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

jak i - z ostrożności procesowej - w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu 3 lub 4, jak i pozostałych zarzutów, które skutkowałyby wykluczeniem wykonawcy E.

Zarzut 7

Art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez brak wezwania wykonawcy E do przedstawienia dokumentu wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej na terenie Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce lub w odległości nie większej niż 60 km od jej granic spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwolujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez KIO odwołania i jego uwzględnienie oraz aby KIO działając na podstawie art. 185 ust. 7 Pzp w zw. z art. 1191 §1 Kpc w zw. z art. 248 § 1 Kpc zobowiązała:

- 1) wykonawcę E aby wykonawca E dostarczył w terminie wyznaczonym przez KIO, lecz jednak nie później niż w terminie 3 dni roboczych przed planowanym terminem rozprawy, dokumenty lub oświadczenia wskazujące adres bazy magazynowo-transportowej, spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, która stanowi podstawę wydania dla wykonawcy E aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia;
- 2)zamawiającego aby zamawiający dostarczył w terminie wyznaczonym przez KIO, lecz jednak nie później niż w terminie 3 dni roboczych przed planowanym terminem rozprawy, dokumenty lub oświadczenia wskazujące adres bazy magazynowo-transportowej wykonawcy E, spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, która stanowi podstawę wydania dla wykonawcy E aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia;
- 3)zamawiającego aby zamawiający dostarczył w terminie wyznaczonym przez KIO, lecz jednak nie później niż w terminie 3 dni roboczych przed planowanym terminem rozprawy, dokumenty wskazujące na spełnianie przez bazę magazynowo-transportową wykonawcy E wymogów stawianych przez Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości ewentualnie oświadczenia zamawiającego czy weryfikował spełnianie przez tę bazę ww. wymogów stawianych przez rozporządzenie, a jak tak - to z jakim rezultatem;
- 4)zamawiającego by zamawiający udzielił informacji jakie czynności podjął wskutek otrzymania w 2019 r. wniosku odwołującego o wszczęcie kontroli w sprawie bazy magazynowo-transportowej wykonawcy E, spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, która stanowi podstawę wydania dla wykonawcy E aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia;
- 5)w przypadku braku uwzględnienia powyższego wniosku (ujętego w ramy pkt 2) działając na podstawie § 24 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wnoszących o analogiczne zobowiązanie wykonawcy E o dostarczenie ww. dokumentów i oświadczeń w ww. terminie, ewentualnie w trakcie rozprawy;
- 6)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania, w tym dowodu z:
 - a)opinii biegłego na okoliczność ustalenia czy wskazywana przez wykonawcę E baza magazynowo-

transportowa, będąca podstawą wydania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia- Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych, spełnia wymagania Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

b) oględzin bazy magazynowo-transportowej wykonawcy E będącej podstawą wydania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych w celu ustalenia czy baza ta spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;

7) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i badania ofert oraz czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy E jako najkorzystniejszej;

8) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w związku z czym wykluczenia wykonawcy E (w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy E), przy czym w sytuacji braku wykluczenia wykonawcy E i uwzględnienia jedynie któregoś z zarzutów ewentualnych wnosząc o zobowiązanie zamawiającego do wezwania wykonawcy E w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów wedle treści odpowiedniego zarzutu;

9) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz zwrotu kosztów według spisu złożonego na rozprawie.

Interes w uzyskaniu zamówienia i możliwa szkoda odwołującego

Odwołujący wskazuje, że jest uprawniony do wniesienia Odwołania, a to dlatego, że zostały spełnione przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący ma interes we wniesieniu Odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowych działań zamawiającego odwołujący doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający bezpodstawnie wybrał bowiem ofertę wykonawcy E, mimo tego, że wykonawca E powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a oferta wykonawcy E powinna zostać odrzucona.

Gdyby zamawiający postąpił w sposób prawidłowy, to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą z uwagi na fakt, że oferta odwołującego została oceniona na drugim miejscu - co przesądza o naruszeniu interesu odwołującego. Tym samym, gdyby zamawiający postąpił prawidłowo oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a odwołujący mógłby uzyskać zamówienie. W konsekwencji w wyniku błędnych czynności zamawiającego (w tym zaniechań zamawiającego) odwołujący został pozbawiony możliwości wykonywania zamówienia, co oznacza oczywistą konstatację o naruszeniu jego interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i o możliwości powstania po stronie odwołującego szkody (niemożliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia).

Zachowanie terminu do wniesienia odwołania

Zamawiający poinformował odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty 15.05.2020 r., przez ogłoszenie na swojej stronie internetowej oraz przesłanie odwołującemu mailowo pisma z tej samej daty. Tym samym 15.05.2020 r. odwołujący uzyskał informację o czynnościach, jak i fakcie wystąpienia zaniechań po stronie zamawiającego, które stanowią podstawę do wniesienia odwołania, a także odwołujący uzyskał interes. Mając na uwadze treść art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołujący może wnieść odwołanie w ciągu 10 dni z uwzględnieniem dni wolnych, tj. do 25.05.2020 r.

Stan faktyczny

Zamawiający wszczął postępowanie, którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce”. Zgodnie z punktacją przyznaną przez zamawiającego, wykonawca E uzyskał 100,00 punktów i został wybrany do realizacji przedmiotowego Zamówienia, natomiast odwołujący otrzymał 95,31 punktów, co spowodowało uplasowanie oferty odwołującego na drugim miejscu.

Zamawiający wskazał w SIWZ, że wykonawca składa wraz z ofertą aktualne na dzień składania ofert oświadczenie

stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w części XIII WARUNKI SIWZ oraz nie podlega wykluczeniom określonym w części XIV SIWZ. Oświadczenie to wykonawca sporządza na standardowym formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej JEDZ), zgodnie ze wzorem wynikającym z Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardy jednolite europejskiego dokumentu zamówienia. Wykonawca składa JEDZ w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zamawiający wskazał w Części XIII WARUNKI pkt 1 SIWZ oraz części XIV pkt 1 i 2 SIWZ, że o zamówienie mogą ubiegać się tylko wykonawcy, którzy zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp nie podlegają wykluczeniu z postępowania na zasadach określonych w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz art. 24 ust. 5 Pzp.

Niezeleżenie od powyższego zamawiający wskazał w Części XIII WARUNKI pkt 2.1 SIWZ, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, czyli legitymują się aktualnym wpisem do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych, zgodnym z treścią Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. poz. 122) .

W postępowaniu swoje oferty wniosło dwóch wykonawców.

W postępowaniu zastosowano tzw. procedurę odwróconą, a z uwagi na wartość zamówienia wykonawcy składali oświadczenia w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, tzw. JEDZ.

W związku ze złożeniem najwyższej ocenionej oferty przez wykonawcę E zamawiający uznał, że wykonawca E złożył najkorzystniejszą ofertą oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Uwagi ogólne - przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp

W pierwszej kolejności odwołujący wskazuje, że w przypadku spełnienia się okoliczności, która została opisana w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, a więc wystąpienia przypadku wprowadzenia zamawiającego w błąd wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunku udziału w postępowaniu lub przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający ma obowiązek wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania.

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

Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska, o których mowa, do celów niniejszego postępowania, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE - Część III, pkt C JEDZ;

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?-Część III, pkt C JEDZ;

Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

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

-zataił te informacje;

-nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający;

-Część III, pkt C JEDZ.

W odniesieniu do kryteriów kwalifikacji odwołujący oświadcza, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji

-Część IV pkt A JEDZ.

Następnie, w Części VI JEDZ, wykonawca oficjalnie oświadczył, że informacje podane powyżej w częściach II-V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd.

Powyższe oświadczenia, składane w SIWZ, bezpośrednio korespondują z fakultatywnymi przesłankami wykluczenia

wykonawcy z udziału w postępowaniu, określonymi w art. 24 ust. 5 Pzp. Zamawiający natomiast, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 6 Pzp, przewidział konieczność wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Oznacza to bezspornie, że okoliczności podawane w JEDZ są istotne punktu widzenia postępowania o udzielenie tego zamówienia publicznego i podlegają całościowej ocenie na gruncie przepisów Pzp.

Ponadto zamawiający w Części XI11 WARUNKI pkt 2.1. SIWZ postawił warunek, że aby starać się o udzielenie zamówienia wykonawca musi posiadać uprawnienia do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wynikające z przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Odwolujący podkreślił, że zgodnie z przepisami prawa, a także utrwalaną linią orzecznictw KIO, nie ma możliwości uzupełnienia dokumentu JEDZ przez późniejszą zmianę złożonych w takim dokumencie oświadczeń. Złożone pierwotnie oświadczenia są bowiem podstawą badania prawidłowości działań wykonawcy jak i zamawiającego i nie mogą być w żaden sposób następnie konwalidowane.

Aby zastosować wykluczenie wykonawcy w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp muszą zostać spełnione dwie przesłanki:

- wykonawca świadomie lub wskutek rażącego niedbalstwa musi przedstawić nieprawdziwą informację, która wprowadza zamawiającego w błąd

- zamawiający wskutek uzyskania nieprawdziwej informacji uznaje, że wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Podstawa wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi natomiast kwalifikowaną formę wprowadzenia zamawiającego w błąd, w stosunku do art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a o wykluczeniu wykonawcy na podstawie któregoś z ww. przepisów decyduje motywacja działania wykonawcy.

Z kolei przesłanką, która powinna zaistnieć, aby można było mówić o tym, że w sprawie mamy do czynienia z koniecznością wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest przedstawienie informacji, które są nieprawdziwe co jest równoznaczne z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd.

Z powyższego wynika, że pierwsza przesłanka sprowadzająca się do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd odnosi się do przypadku, gdy wykonawca poda nieprawdziwe informacje, co w rozpoznawanej sytuacji z całą pewnością miało miejsce, o czym szczegółowo poniżej w uzasadnieniu poszczególnych zarzutów.

Drugą istotną przesłanką jest okoliczność, że przedstawione informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego. Z całą pewnością przesłanka ta jest spełniona - wykonawcy E oświadczył bowiem, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wymagane przez zamawiającego oraz że wykonawca E nie podlega wykluczeniu z art. 24 ust. 1 oraz ust. 5 Pzp, a jego oświadczenia w tym zakresie były podstawą do dokonania niezwykle istotnej czynności przez zamawiającego, a więc dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zresztą w orzecznictwie Izby utrwalony jest pogląd, zgodnie z którym „O istotnym wpływie przedstawionych przez przystępującego zamawiającemu informacji w zakresie (...) świadczy fakt wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej (tak KIO w wyroku z 3 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2386/16). Tym samym w rozpoznawanej sprawie z pewnością mamy do czynienia ze spełnieniem się drugiej z przesłanek.

Odnosząc się do trzeciej przesłanki, a to konieczności wystąpienia lekkomyślności lub niedbalstwa po stronie wykonawcy składającego oświadczenie zauważenia wymaga, co następuje.

W tym miejscu należy zauważyć, że ocena czy zachowanie miało cechy lekkomyślności lub niedbalstwa musi być dokonywana w odniesieniu do treści art. 355 § 2 Kc, a więc z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru wykonawcy składającego oświadczenie.

Profesjonalizm podmiotu, jak wskazuje się w orzecznictwie (por. np. wyrok SN z dnia 22 września 2005 r., sygn. akt IV CK 100/05) powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności.

W rozpoznawanej sprawie natomiast wykonawca E złożył oświadczenia, że nie naruszył swoich obowiązków z dziedziny prawa ochrony środowiska, że nie rozwiązano z nim wcześniej umowy o zamówienie publiczne, że nie był winny poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd, czy też, że spełnia warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, Tym samym można zarzucić wykonawcy E przynajmniej działanie niedbałe, polegające na

zaistnieniu przynajmniej niezamierzonego błędu po stronie wykonawcy E, a związanego z brakiem działania starannego, wymaganego od profesjonalisty, w zakresie ustalenia, czy złożone przez wykonawcę E oświadczenia są prawdziwe - i to jeszcze w tak kluczowych kwestiach, jak naruszenie zasad prawa ochrony środowiska w przypadku zamówienia związanego z gospodarką odpadami, czy też wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co jak wiadomo jest najistotniejsze z punktu widzenia możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę w tym sektorze gospodarki.

Reasumując odwołujący podaje, że art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp może zostać zastosowany, ponieważ wykonawca E świadomie wprowadził zamawiającego w błąd składając stosowne, nie polegające na prawdzie oświadczenia, a art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na fakt, że nie zawężył on rodzaju informacji, których dotyczy tylko do informacji przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale mówi o informacjach mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

W każdym zatem z poniższych zarzutów w przypadku uznania, że wykonawca E nie podlega wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp odwołujący podnosi, że wykluczenie w takim wypadku powinno nastąpić w trybie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp bądź z obu tych przesłanek równocześnie.

Co więcej każdy z powyższych przypadków znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 24 ust. 5 Pzp, które zamawiający zgodnie z treścią SMWZ musiał brać pod uwagę.

Ad zarzutu 1.1 oraz 1.2 - Poważne naruszenie obowiązków z dziedziny ochrony środowiska,

Wykonawca E w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ wprost oświadczył, że wedle własnej wiedzy nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, o których mowa m.in. w prawie krajowym.

Powyższe oświadczenie z całą pewnością nie polega na prawdzie, ponieważ, na wykonawcę E zostały nałożone następujące, ostateczne decyzje Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w przedmiocie nałożenia administracyjnych kar pieniężnych za działania sprzeczne z ochroną środowiska:

Decyzja ŚWIOŚ z 9.01.2013 r., znak: IK.7062.71.5.2013 wymierzająca wykonawcy E administracyjną karę pieniężną w wysokości 10.000 zł;

Decyzja ŚWIOŚ z 12.05.2017 r., znak: IK.7062.71.10.2017 wymierzająca wykonawcy E administracyjną karę pieniężną w wysokości 50.000 zł;

Decyzja ŚWIOŚ z 12.05.2017 r., znak: IK.7062.71.11.2017 wymierzająca wykonawcy E administracyjną karę pieniężną w wysokości 10.000 zł;

Decyzja ŚWIOŚ z 12.05.2017 r., znak: IK.7062.71.12.2017 wymierzająca wykonawcy E administracyjną karę pieniężną w wysokości 10.000 zł.

Decyzja ŚWIOŚ z 9.01.2018 r., znak: IK.7062.71.1.2018 wymierzająca wykonawcy E administracyjną karę pieniężną w wysokości 1.000 zł.

Dowód:

Pismo ŚWIOŚ z 4.07.2017 r., znak: IK.1331.3.2017.A;

Decyzja ŚWIOŚ z 12.05.2017 r., znak: IK.7062.71.10.2017;

Decyzja ŚWIOŚ z 12.05.2017 r., znak: IK.7062.71.11.2017;

Decyzja ŚWIOŚ z 12.05.2017 r., znak: IK.7062.71.12.2017;

Decyzja ŚWIOŚ z 9.01.2018 r., znak: IK.7062.71.1.2018.

W szczególności decyzja ŚWIOŚ z 9.01.2013 r., która stała się prawomocna 17.02.2017 r. była przedmiotem rozważań KIO i stanowiła wystarczającą i samodzielną przesłankę do wykluczenia wykonawcy E z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Tak uznała KIO w wyroku z 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17, gdzie wprost oceniono niewłaściwe i sprzeczne z prawem zamówień publicznych działanie wykonawcy E.

Dowód: Wyrok KIO z 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17.

Powtórzona informacja o wynikach w związku z wykonaniem wyroku KIO 1638/17.

Wskazując na powyższe z całą pewnością wykonawca E wiedział o nałożonych na siebie karach pieniężnych za

działania sprzeczne z ochroną środowiska, a zatem świadomie wprowadził zamawiającego w błąd co stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy E z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zdaniem odwołującego takie naruszenie jest na tyle jaskrawe i nastąpiło z pełną świadomością, że podstawą wykluczenia powinien być w tym przypadku pkt 16 ww. przepisu.

Co więcej wykonawca E w Części VI JEDZ oficjalnie oświadczył, że informacje podane w częściach II-V JEDZ są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd, a zatem składając oświadczenia w JEDZ wykonawca E działał z pełną świadomością i rozeznanem swojej sytuacji.

Dowód: JEDZ wykonawcy E.

Jedynie z najdalej idącej ostrożności odwołujący podnosi, że na obecnym etapie postępowania wykonawca E nie może usprawiedliwiać się brakiem specjalistycznej wiedzy z zakresu prawa administracyjnego co do terminów ostateczności ww. decyzji o karach środowiskowych czy też działaniem przez inne podmioty, którym zleca prowadzenie postępowań.

Niezależnie od powyższych decyzji nakładających kary finansowe na wykonawcę E odwołujący podnosi, że w systemie orzecznictwa Głównego Inspektora Ochrony Środowiska znajdują się informacje na temat wyroków i postanowień Naczelnego Sądu Administracyjnego, a dotyczące oddalenia zażaleń i skarg składanych przez wykonawcę E, a także decyzje GIOŚ w przedmiocie utrzymania w mocy decyzji wydanych przez ŚWIOŚ. Postępowania te dotyczyły nakładanych kar na wykonawcę E za działania sprzeczne z przepisami o ochronie środowiska.

Dowód: wydruki z systemu Orzecznictwa GIOŚ.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazuje, że zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 6 Pzp, przewidział konieczność wykluczenia wykonawców również na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp nakazuje natomiast aby wykluczyć z postępowania takiego wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 zł. Bezzspornym jest natomiast, że na wykonawcę E takie właśnie kary zostały nałożone.

Ad zarzutu 2.1, 2.2, 2.3 - nie wykonanie lub nienależyte wykonanie przez wykonawcę E wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych

Wykonawca E w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ wprost, oświadczył że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.

Odwołujący podnosi, że oświadczenie to nie polega na prawdzie, ponieważ bezspornym jest, że wykonawca E w ciągu ostatnich kilku lat wielokrotnie rażąco, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, a w szczególności, gdy wykonawca E w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał kilka zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje przykładowo, wedle aktualnej wiedzy na dzień składania odwołania, na następujące rozwiązania umów o zamówienia publiczne z winy wykonawcy E:

Gmina Zabierzów - sektor I;

Gmina Zabierzów-sektor II;

Gmina Zabierzów - sektor IV;

Gmina Mogilany;

Gmina Jędrzejów;

Dowód:

Pismo Wójta Gminy Zabierzów z 27.07.2018 r. - sektor I;

Pismo Wójta Gminy Zabierzów z dnia 27.07.2018 r. - sektor II;

Pism o Wójta Gminy Zabierzów z dnia 27.07.2018 r. - sektor IV;
Informacja ze strony internetowej Gminy Mogilany;
Informacja ze strony internetowej Gminy Jędrzejów.

Ponadto Wójt Gminy Zabierzów obciążył wykonawcę E karami umownymi w sprawie powyższych zamówień. Kary zostały nałożone z „tytułu rażąco wadliwego i zarazem nierzetelnego wykonania przedmiotu umów, a w konsekwencji rażącego niewywiązywania się wykonawcy E z obowiązków określonych w umowach”.

Dowód: pismo Wójta Gminy Zabierzów w sprawie kar nałożonych na wykonawcę E.

Powyższe dowody wskazują na fakt, że wykonawca E składając nieprawdziwe oświadczenia w JEDZ dopuścił się naruszenia zasad określonych w ust. 24 ust. 1 pkt 16 względnie pkt 17 Pzp i powinien być wykluczony z postępowania.

Niezależnie jednak od powyższego odwołujący wskazuje, że powyższe działania wykonawcy E powinny być również oceniane mając na względzie treść art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz 4 Pzp, które ponad wszelką wątpliwość zamawiający zdecydował się stosować. Co więcej zamawiający wprost na str. 11 SIWZ, część XIV pkt 2 wyraźnie stwierdził, że: „Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust 5 pkt 1-3 i 8 Pzp, w szczególności zamawiający wykluczy wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych”. W świetle powyższej treści SIWZ zamawiający wprost nałożył na siebie obowiązek zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

W świetle powyższego oczywistym jest, że zamawiający powinien uwzględnić podczas dokonywania oceny ofert wykonawców również kryteria rzetelności wykonawcy. Zamawiający natomiast nie weryfikując wykonawcy E w inny sposób niż ocena cenowa dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp względnie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, z uwagi na rozwiązanie przez innych zamawiających poprzednich umów w sprawie zamówień publicznych z wykonawcą E z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu tych umów z winy wykonawcy E.

O konieczności wykluczenia wykonawcy E z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 6 Pzp świadczy nie tylko rozwiązanie przez zamawiających poprzednich umów w sprawie zamówień publicznych z wykonawcą E z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu tych umów z winy wykonawcy E, ale także poważne naruszenia obowiązków zawodowych, co podważa uczciwość wykonawcy E, o czym świadczą także wydane decyzje o naruszeniu prawa ochrony środowiska, czy też cofnięcie wykonawcy E bez odszkodowania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów udzielone przez Starostę Kazimierskiego.

Dowód: Decyzja SKO w Kielcach z 24.08.2017 r., sygn. akt SKO.OŚ-60/2564/144/2017.

Ad zarzut 3 - Poważne wprowadzenie zamawiającego w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia z postępowania

Wykonawca E w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ wprost oświadczył, że nigdy nie znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

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

-zataił te informacje;

Dowód: JEDZ wykonawcy E.

W świetle ww. wyr. KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17, należy bezopornie uznać, że wykonawca E złożył nieprawdziwe oświadczenie w ww. zakresie, co skutkowało wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Dowód: Wyrok KIO z 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17.

Ad zarzut 4 - Niezłożenie dokumentów postępowaniu o udzielenie zamówienia pomimo dwukrotnego wezwania do

tej czynności

Wykonawca E w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ wprost oświadczył, że nigdy nie znalazł się w sytuacji, w której nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający (pkt c).

Oświadczenie to nie polega na prawdzie, ponieważ zgodnie z Zawiadomieniem o unieważnieniu postępowania wydanym przez Burmistrza Gminy Krzeszowice z 22.11.2019 r. (znak: RKG.271.10.2019) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione, z uwagi na fakt, że wykonawca E jako podmiot, który wygrał przetarg, nie wniósł żadnych dokumentów wymaganych zgodnie z dokumentacją przetargową pomimo dwukrotnego, skutecznego wezwania do złożenia wnioskowanej dokumentacji, co w konsekwencji skutkowało tym, że wykonawca E został wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona.

Dowód: Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 22.11.2019 r. wydane przez Burmistrza Gminy Krzeszowice (znak: RKG.271.10.2019).

Powyższe dowody wskazują zatem na fakt że wykonawca E składając nieprawdziwe oświadczenia w JEDZ dopuścił się naruszenia reguł określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie pkt 17 Pzp i powinien być z postępowania wykluczony.

Ad zarzut 5 - nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Odwolujący wskazuje, że wykonawca E nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ - XII WARUNKI pkt 2.4.2 w zakresie kwalifikacji zawodowych osób skierowanych przez wykonawcę E do realizacji zamówienia.

Wykonawca E nie wykazał, zgodnie z treścią załącznika nr 5 oraz nr 6 do SIWZ, że posiada odpowiednią liczbę pracowników mogących zapewnić obsługę zamówienia, w tym w szczególności zbyt małą liczbę kierowców (trzech) w stosunku do wymaganych przez zamawiającego i deklarowanych do użycia przez wykonawcę E - pojazdów (sześć). Nie Jest bowiem obiektywnie możliwym aby zamówienie tych rozmiarów mogło być prawidłowo zrealizowane przez tak małą liczbę osób zaangażowanych w jego proces, co świadczy o nie spełnieniu przez wykonawcę E warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Ad zarzut 6.1 i 6.2 - Wadliwość wpisu do rejestru działalności regulowanej. Brak spełniania przez wykonawca E kryteriów kwalifikacji, brak bazy magazynowo-transportowej

Niezależnie od zarzutów związanych z treścią JEDZ oraz SIWZ odwołujący wyjaśnia, że wprawdzie zamawiający nie wyartykułował wprost w SIWZ konieczności posiadania przez wykonawców bazy magazynowo-transportowej stanowiącej podstawę wpisu do rejestru działalności regulowanej w Gminie Igołomia-Wawrzeńczyce, to jednak uznał, że warunkiem koniecznym do wzięcia udziału w postępowaniu jest posiadanie takiego wpisu. Oczywistym jest natomiast, że warunkiem *sine qua non* uzyskania i utrzymania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych jest posiadanie bazy magazynowo-transportowej spełniającej wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Fakt posiadania takiej bazy jest natomiast weryfikowany pośrednio przez zamawiającego przez weryfikację, czy wykonawca posiada właśnie ww. wpis do rejestru. Posiadanie bazy magazynowo-transportowej, co należy podkreślić, jest warunkiem uzyskania i utrzymania wpisu do ww. rejestru.

Wymóg posiadania takiej bazy wynika z art. 9d ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który stanowi, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej. Wymogi dotyczące usytuowania i wyposażenia bazy wynikają natomiast z ww. rozporządzenia Ministra Środowiska. Zgodnie natomiast z art. 9c ust. 4 ww. ustawy, do wniosku o wpis do rejestru dołącza się oświadczenie o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Dalej w art. 9j ust. 1 ww. ustawy, ustawodawca wskazuje, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta wydaje decyzję o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem, w przypadku gdy przedsiębiorca złożył

oświadczenie, o którym mowa w art. 9c ust. 4, niezgodne ze stanem faktycznym lub stwierdzi rażące naruszenie warunków wymaganych prawem do wykonywania działalności regulowanej przez przedsiębiorcę. Decyzja taka podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Zgodnie z informacjami posiadanymi przez odwołującego wykonawca E nie spełnia i nie spełniał wymogu dotyczącego posiadania bazy magazynowo-transportowej zgodnej z wymogami stawianymi przez ww. przepisy oraz SIWZ. Bazy takie wykonawca E być może posiada ale z całą pewnością w odległości większej niż 60 km od granicy Gminy Igołomni a-Wawrzeńczyce.

Zdaniem odwołującego jedyną bazą, która z całą pewnością nie spełnia warunków określonych przez ww. przepisy prawa, a zapewne będącą podstawą wpisu do RDR w Gminie Igołomia-Wawrzeńczyce, jest nieruchomość oznaczona jako działka ew. 123/3, obr. 14 Sielec Biskupi, gmina Skalmierz. Odwołujący wskazuje jednak, że decyzją SKO w Kielcach z 24.08.2017 r., sygn. akt SKO.OŚ- 60/2564/144/2017 zostało cofnięte wykonawcy E bez odszkodowania zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów udzielone przez Starostę Kazimierskiego, a dotyczące dokładnie tej nieruchomości. Jeśli zatem ta sama nieruchomość stanowi podstawę do wpisu w RDR w Gminie Igołomia- Wawrzeńczyce to z całą pewnością wpis wykonawcy E jest wadliwy i powinno zostać wszczęte postępowanie w zakresie jego wykreślenia.

Dowód: - Decyzja SKO w Kielcach z 24.08.2017 r., sygn. akt SKO.OŚ- 60/2564/144/2017.

Niezależnie jednak od czynności podjętych lub też zaniechania czynności przez zamawiającego należy bezsprzecznie podnieść, że zamawiający wskutek otrzymanej informacji posiada wiedzę na temat wadliwości wpisu wykonawcy E do RDR w Gminie Igołomni a-Wawrzeńczyce.

Brak bazy magazynowo transportowej spełniającej wymagania obowiązujących przepisów i złożenie Gminie, w tym zakresie niezgodnego ze stanem faktycznym oświadczenia w celu uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej, względnie zaniechanie poinformowania Gminy o tym, że wykonawca utracił możliwość korzystania z „odpowiedniej” bazy (brak aktualizacji danych uwzględnianych przy wpisie do rejestru), skutkować powinno wkluczeniem wykonawcy z postępowania.

W przypadku warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, nie chodzi wyłącznie o formalne spełnienie warunku, ale o weryfikację rzeczywistej możliwości realizacji przez wykonawcę zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami obowiązującego prawa. Uzyskanie wpisu do rejestru ma bowiem potwierdzać, że wykonawca spełnia wszystkie wymagane prawem warunki do tego by prowadzić w danej gminie działalność regulowaną i także ten element jest weryfikowany przez warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wpisu do odpowiedniego rejestru działalności regulowanej.

Wykluczenie wykonawcy E z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zaistniałym stanie faktycznym może nastąpić na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp lub na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp o czym poniżej.

Zdaniem odwołującego wykonawca E powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, ponieważ z całą pewnością posiadał i nadal posiada wiedzę o swoich bazach magazynowo-transportowych, a także składając wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej w Gminie Igołomia-Wawrzeńczyce zakładał istnienie takiej bazy w samej gminie lub w odległości nie większej niż 60 km od jej granic. Wykonawca E podając w toku postępowania informacje o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu potwierdził, że wykonawca E posiada aktualny i nieobarczony wadami wpis do rejestru, a co za tym idzie, że posiada bazę magazynowo-transportową spełniającą wymogi rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Dowód: JEDZ wykonawcy E

Zdaniem odwołującego wykonawca E nie posiada bazy magazynowo-transportowej, spełniającej kryteria ww. rozporządzenia Ministra Środowiska, a będący podstawą wpisu do rejestru w Gminie Igołomia-Wawrzeńczyce o czym świadczy decyzja ww i decyzja SKO oraz rozwiązanie umowy na najem bazy w miejscowości Rzębocin, Gmina Proszowice. Nie ma przy tym żadnego znaczenia czy zamawiający wiedział lub mógł się dowiedzieć o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, ponieważ kluczowa jest tutaj sprzeczność pomiędzy składanymi oświadczeniami a rzeczywistością. Wykonawca E składając oświadczenie w JEDZ w trybie art. 25a ust. 1 Pzp w związku z art. 25a ust. 2

Pzp oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Konsekwencją tego jest przyjęcie przez zamawiającego, że wykonawca E posiada aktualny i nieobarczony wadą wpis do działalności regulowanej.

Powyższe zostało wprost wyartykułowane w wyroku KIO z 23 marca 2018 r., sygn. akt KIO 456/18, gdzie Izba uznała, że: „Hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, będąca kwalifikowanym wprowadzeniem zamawiającego w błąd absorbuje hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Pierwszą i wspólną przesłanką stwierdzenia, że zastosowanie znajduje sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy obu ww. przepisów jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, które polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po stronie zamawiającego brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim”.

A także w wyroku KIO z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 100/19, w którym podano, że: „Zawarta w przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością.

Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po stronie zamawiającego brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o stanie faktycznym. Istotne znaczenie ma charakter informacji, gdyż zaznaczyć należy, że w art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu”.

Powyższe wprost wskazuje na konieczność wykluczenia wykonawcy E z przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

Nie ma też znaczenia fakt, że to zamawiający jest Organem dokonującym wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający oczywiście powinien poddawać kontroli bazy magazynowo-transportowe stanowiące podstawę wpisów w rejestrze, jednak takie zaniechanie nie ma znaczenia na gruncie prawa zamówień publicznych. Tak przyjęła Izba w wyroku z dnia 15 października 2018 r. sygn. akt KIO 1946/18, gdzie stwierdziła, że: „Dla wyczerpania hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp nie jest istotne ani to, czy informacje wprowadzające w błąd były możliwe - względnie jak łatwe były - do wykrycia, nie jest również relewantne to, czy zamawiający dał się w błąd wprowadzić z uwagi na własne niedbalstwa, lub przyczynił się do zaistnienia błędu po swojej stronie - istotny jest jedynie stopień zawinienia wykonawcy, który polega na nieprawdziwej informacji celem wywołania tego błędu”.

W sytuacji, gdy wykonawca E nie informuje zamawiającego o tym, że nie posiada spełniającej wymagania prawa bazy magazynowo-transportowej, wiedząc, że okoliczność ta skutkowałaby utratą wpisu do rejestru i w ślad za tym wykluczeniem z postępowania, wprowadza zamawiającego w błąd co do okoliczności istotnych dla postępowania - tu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Reasumując należy uznać, że zostały spełnione obiektywne przesłanki wykluczenia wykonawcy E z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W konsekwencji zarzutu podstawę wykluczenia wykonawcy E z postępowania może również stanowić art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

IX. Ad zarzut 7 - Brak ewentualnego wezwania do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący wskazał, że powyżej przedstawione i wykazane zarzuty uzasadniają wykluczenie wykonawcy E bez wzywania wykonawcy E do składania jakichkolwiek uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Działając jednak z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, gdyby Izba uznała to za zasadne i możliwe do przeprowadzenia, odwołujący zarzucił, że zamawiający powinien wyjaśnić z wykonawcą E wątpliwości powstałe w związku z posiadanym wpisem do rejestru działalności regulowanej. Zaniechanie natomiast przez zamawiającego

takiego wezwania wykonawcy E stanowić może naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp.

X. Wnioski dowodowe 1. Dokumenty

Odwolujący podkreślił, że jak zamawiający nie ma możliwości żądania innych dokumentów niż wskazane w SIWZ, tak w postępowaniu przed KIO, czy też sądowym, możliwe jest przedstawianie (w tym żądanie - zgodnie z przepisami prawa) dowodów na określone okoliczności, wykraczających poza zakres dokumentów, jakie mogą być wymagane od wykonawcy. W związku z tym mając na uwadze treść § 24 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odwołujący wnosi o zobowiązanie:

- wykonawcy E o dostarczenie dokumentów lub oświadczeń wskazujących adres bazy magazynowo-transportowej wykonawcy E, która to baza stanowi podstawę wydania dla wykonawcy E aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia;

- zamawiającego o dostarczenie dokumentów lub oświadczeń wskazujących adres bazy magazynowo-transportowej wykonawcy E, która to baza stanowi podstawę wydania dla wykonawcy E aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia;

- zamawiającego o dostarczenie dokumentów wskazujących na spełnianie przez bazę magazynowo-transportową wykonawcy E wymogów stawianych przez przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości ewentualnie oświadczenia zamawiającego czy weryfikował spełnianie przez tę bazę wymogów stawianych przez rozporządzenie, a jak tak - to z jakim rezultatem.

W związku z faktem, że z punktu widzenia szybkości postępowania istotne byłoby uzyskanie stosownych dowodów przed terminem wyznaczonym na dzień rozprawy odwołujący wniósł - o ile istnieje taka możliwość - o zobowiązanie ww. podmiotów o ich dostarczenie, w ramach czynności, które zmierzają do przygotowania rozprawy, w piśmie wysłanym drogą elektroniczną (wraz z wszystkimi załącznikami) zarówno do zamawiającego, odwołującego jak i do Prezesa KIO w terminie nie później niż na 2 dni robocze przed planowanym terminem posiedzenia.

W pierwszej kolejności odwołujący wnosi o zobowiązanie wykonawcy E i zamawiającego do przedstawienia na żądanie KIO ww. dokumentów i oświadczeń w terminie wyznaczonym przez KIO, jednak na kilka dni roboczych przed terminem rozprawy, aby strony mogły się z takimi dokumentami zapoznać.

Podstawa tego żądania znajduje swoje oparcie w art. 185 ust. 7 Pzp w zw. z art. 1191 § 1 Kpc w zw. z art. 248 § 1 Kpc. W tym miejscu należy wskazać, że w pełni dopuszcza się w postępowaniu polubownym możliwość wystąpienia z takim żądaniem jak opisane w art. 248 § 1 Kpc (por. chociażby A. Marciniak, Kodeks postępowania cywilnego. Tom IV. Komentarz. Art. 1096-1217 Kpc, red. A. Marciniak, komentarz do art. 1191, nb. 4), który wskazuje, że w tym zakresie nie jest jedynie dopuszczalne, z uwagi na art. 1191 § 1 kpc stosowanie środków przymusu).

Powyższe dokumenty są konieczne celem ustalenia, czy rzeczywiście wykonawca E posiada bazę magazynowo-transportową zgodną z wymogami stawianymi przez rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a będącą podstawą do uzyskania i utrzymania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia.

2. Opinia biegłego, oględziny

Na wypadek, gdyby wykonawca E kwestionował zarzuty odwołującego z zakresie niespełniania przez wykonawcę E wymagań stawianych przez ww. rozporządzenie bazie magazynowo-transportowej odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu:

- z opinii biegłego na okoliczność ustalenia czy wskazywana przez wykonawcę E baza magazynowo-transportowa, będąca podstawą wydania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych, spełnia wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli

nieruchomości;

-z oględzin bazy magazynowo-transportowej wykonawcy E będącej podstawą wydania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych w celu ustalenia czy baza ta spełnia wymogi rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Powyższe dowody - jako dopuszczalne w postępowaniu przed KIO - pozwolą jednoznacznie przesądzić o wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym zapewnią ochronę prawną odwołującemu oraz przyczynią się do utrzymania zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 22.05.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 25.05.2020 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

27.05.2020 r. wykonawca EKOM M. Sp.j. z siedzibą w Nowinach, ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowiny złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 31.07.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Argumentacja zamawiającego: zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A)odwołującego wykazane w argumentacji odwołującego na poparcie tez odwołującego;

B)przystępującego z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa na poparcie faktu posiadania przez przystępującego (wykonawcę E) bazy magazynowo-transportowej:

5)informacje z kontroli;

6)fotografie obiektu bazy magazynowo-transportowej.

W ocenie Izby zarzuty od pierwszego do trzeciego naruszenia art. 24 ust. pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 i 7 oraz w zw. z art. 24 ust. 6 Pzp - przez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy E z postępowania mimo faktu, że wykonawca E wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub mimo faktu, że wykonawca lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego lub wydania przeciwko wykonawcy E ostatecznych decyzji

administracyjnych o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska lub wykazania, że wykonawca nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową w sytuacji, gdzie SIWZ w rozpoznawanym postępowaniu bezpośrednio nakazywał badanie przez zamawiającego tych przesłanek bądź wykonawca nie znalazł się w sytuacji, w której był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji (lit. a) lub zataił te informacje (lit. b) podczas gdy, wyrokiem KIO z 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17, wykonawca E został wykluczony, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta i Gminy Morawica w okresie od 1.07.2017 r. do 30 czerwca 2020 r., a jego działania zostały uznane jako rażące - nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający, aby mógł (i jednocześnie musiał) wykluczyć wykonawcę na podstawie przesłanek wykluczenia tzw. fakultatywnych zawartych w art. 24 ust. 5 Pzp, musi o tym wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zgodnie z art. 24 ust. 6 Pzp oraz z art. 36 ust. 1 Pzp i z art. 41 pkt 7 Pzp. Przepisy te brzmią: art. 24 ust. 6 Pzp »Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji«, art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a Pzp »Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej [...] [5] warunki udziału w postępowaniu [5a] podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5«, art. 41 pkt 7 Pzp »Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia«. W związku z brzmieniem tych przepisów (zgodnie z którymi zamawiający musi zawrzeć postanowienia o warunkach w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ) jeżeli zamawiający nie określi pełnych warunków w jednym z dokumentów - ogłoszeniu lub w SIWZ - to nie może wymagać aby wykonawca zawierał o tym informacje w ofercie, a tym bardziej nie może później wykluczyć wykonawcy z postępowania jeżeli wykonawca nie zawrze w swojej ofercie informacji o spełnieniu warunków określonych w art. 24 ust. 5 Pzp.

Izba stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie wymagał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. W związku z tym, że w zakresie warunków udziału w postępowaniu postanowienia o warunkach udziału w postępowaniu muszą ze sobą ściśle korelować, to pominięcie w jednym z tych dokumentów postanowienia o warunkach zgodnych z art. 24 ust. 5 Pzp powoduje, że wykonawcy mogą pominąć te aspekty w swoich ofertach, a zamawiający nie może wyciągnąć w stosunku do takich wykonawców sankcji w postaci wykluczenia tych wykonawców z postępowania. Dlatego pominięcie przez wykonawcę E informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 5 Pzp musi w rozpoznawanym postępowaniu być uznane za dozwolone i zamawiający nie może potraktować pominięcia takich informacji przez wykonawcę za powód do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp brzmią » Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] [16] wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów [17] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

Ponadto Izba stwierdza, że wykluczenie z innego postępowania nie rzutuje na konieczność wykluczenia z pozostałych postępowań, gdyż chociażby nie ma takiego przepisu w ustawie Pzp.

Izba stwierdza, że ze względu na brak wymagania przez zamawiającego spełnienia warunków o których mowa w art. 24 ust. 5 Pzp, wykonawca mógł pominąć w swojej ofercie informacje o zawartych tam przesłankach, a zamawiający nie może uznać tego pominięcia za podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, a więc Izba nie może przychylić się do zarzutów od pierwszego do trzeciego odwołania.

W ocenie Izby zarzut czwarty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E

mimo faktu, że wykonawca E wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca E nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji w Części III (Podstawy wykluczenia) lit. C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ, że nie znalazł się w sytuacji, w której nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający (lit. c) podczas gdy zgodnie z zawiadomieniem o unieważnieniu postępowania wydanym przez Burmistrza Gminy Krzeszowice z dnia 22 listopada 2019 r. (znak: RKG.271.10,2019) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione, ponieważ wykonawca E jako podmiot, który wygrał przetarg, nie wniósł żadnych dokumentów wymaganych zgodnie z dokumentacją przetargową pomimo dwukrotnego, skutecznego wezwania do złożenia wnioskowanej dokumentacji, co w konsekwencji skutkowało tym, że wykonawca E został wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wykluczenie przez innego zamawiającego - gminę Krzeszowice odbyło w całkiem innym postępowaniu. Wykluczenie w jednym postępowaniu nie wywiera skutków konieczności wykluczenia w innych postępowaniach. Wobec tego zamawiający nie był wprowadzony w błąd przez pominięcie informacji o wykluczeniu wykonawcy E z postępowania w innym postępowaniu i odwołujący nie wykazał żadnego negatywnego zachowania wykonawcy E w wykonaniu umowy, gdyż do zawarcia umowy nie doszło. Postępowanie w gminie Krzeszowice zostało unieważnione, a w rozpoznawanym postępowaniu wykonawcy E złożył wymagane dokumenty.

W związku z powyższym Izba nie może przychylić się do zarzutu czwartego.

W ocenie Izby zarzut piąty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo, że wykonawca E nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ - część XII Warunki pkt 2.4.2 w zakresie kwalifikacji zawodowych osób skierowanych przez wykonawcę E do realizacji zamówienia, a to z uwagi na nie wykazanie, zgodnie z treścią zał. nr 5 oraz nr 6 do SIWZ, że wykonawca E posiada odpowiednią liczbę pracowników mogących zapewnić obsługę zamówienia, w tym w szczególności zbyt małą liczbę kierowców (3 osoby) w stosunku do wymaganych przez zamawiającego i deklarowanych do użycia przez wykonawcę E, pojazdów (6 szt.) - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wymagał w części XIII ust. 2.4.2 (str. 11) SIWZ cyt. »Wykonawca spełni warunek w zakresie kwalifikacji zawodowych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej jedną osobą, która odpowiedzialna będzie za: nadzór nad prawidłową realizacją zamówienia, kontakt z zamawiającym, sporządzanie sprawozdań i raportów«. W związku z tym zamawiający może tylko w tym zakresie sprawdzać ofertę wykonawcy E, a więc nie może wykluczyć wykonawcy E, który nie wychodząc poza żądania zawarte w SIWZ nie wykazał zatrudnienia jakiejś liczby kierowców czy innych pracowników.

Z tego względu Izba nie może uznać zarzutu piątego za zasadny.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu względnie przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy E mimo faktu, że wykonawca E lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji, Części IV (Kryteria kwalifikacji) lit. A (Ogólne oświadczenia dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji) JEDZ, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji warunkujące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiada aktualny i nieobarczony wadami wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji dysponuje on bazą magazynowo-transportową, spełniającą wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w

sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, stanowiącą podstawę uzyskania i utrzymania ww. wpisu do działalności regulowanej podczas gdy wykonawca E nie posiada bazy magazynowo-transportowej, spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a zatem nie spełnia przesłanek z § 2 ust 1 pkt 1 tego rozporządzenia, tj. nie posiada bazy magazynowo-transportowej w Gminie Igołomia-Wawrzeńczyce ani w odległości 60 km od jej granic.

Izba stwierdza, że na rozprawie wykonawca E złożył dowód z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa na posiadanie takiej bazy i dokonanie kontroli tej bazy m.in. przez zamawiającego. W związku z tym zdaniem Izby zarzut szósty nie może się ostać.

W ocenie Izby, zarzut siódmy naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - przez brak wezwania wykonawcy E do przedstawienia dokumentu wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej na terenie Gminy Igołomia-Wawrzeńczyce lub w odległości nie większej niż 60 km od jej granic spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że na rozprawie wykonawca E złożył dowód z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa na posiadanie bazy odległej o mniej niż 60 km od zamawiającego i dokonanie kontroli tej bazy m.in. przez zamawiającego. Skoro zamawiający nie wymagał w SIWZ wykazania posiadania takiej bazy, a zwłaszcza gdy zamawiający wiedział

Zamawiający - podczas prowadzenia postępowania - nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: