Sygn. akt: KIO 905/20

WYROK

z dnia 3 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "FART-BIS" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "FART" Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Skarżysko-Kamienna,
przy udziale wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne przyznanie punktów w II Kryterium

oceny ofert - Aspekt środowiskowy;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr

(słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego kwotę 18 600 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy

sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Kielcach.

Przewodniczący: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Skarżysko-Kamienna prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Skarżysko-Kamienna od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 042-099482.

W dniu 27 kwietnia 2020r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart -BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart" sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy MS-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący"), przyznania temu wykonawcy maksymalnej ilości punktów w kryterium - Aspekt środowiskowy oraz wyborze oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego pomimo, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on w treści JEDZ-a jak i pisma z dnia 13.03.2020 r. informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania oraz

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego pomimo, że w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu w treści JEDZ-a oraz pisma z dnia 13.03.2020 r. informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

3. art. 24 ust. 8 i ust. 9 Pzp poprzez zastosowanie w odniesieniu do Przystępującego procedury samooczyszczenia w związku z podaniem przez niego nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

4. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie potencjału ekonomicznego w sytuacji, w której możliwość uzupełnienia dokumentów w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wyłączona;

5. art. 7 ust. 1 i Art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postepowania MS-EKO sp. z o.o. pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania polisy OC;

6. art. 186 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez przyznanie MS-EKO sp. z o.o. max ilości punktów w kryterium środowiskowym pomimo, że nie złożył on wraz z ofertą dokumentów warunkujących przyznanie punktów w tym kryterium.

Odwołujący w oparciu o tak przedstawione zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) Wykluczenia z postępowania Przystępującego;

4) Przyznania Przystępującemu 0 pkt w kryterium środowiskowym (zarzut podnoszony na wypadek nieuwzględnienia żądania wykluczenia Wykonawcy z postępowania);

Uzasadnienie

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że stosownie do pkt 8.2 ppkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ, w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej, Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawców ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem

zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 2.000.000,00 zł. Jak wynika z pkt 9.1.1 załącznika nr 1 do SIWZ, w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający zażądał złożenia wraz z ofertą, na formularzu JEDZ-a, aktualnego na dzień składania ofert, oświadczenia o posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższa niż 2.000.000,00 zł. Natomiast jak wynika z JEDZ-a Przystępującego, wykonawca ten oświadczył, że na dzień składania ofert tj. 12.03.2020 r. ww. warunek spełnia. Kolejno, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp - pismem z dnia 13.03.2020 r. - przedłożył polisę OC na kwotę 2 mln zł z której treści wynikało, że obejmuje ona okres ubezpieczenia od dnia 13.03.2020 do dnia 12.03.2021 r. W konsekwencji dniu 17.03.2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Na skutek uwzględnienia w całości odwołania (odwołanie z dnia 27.03.2020 r.) złożonego przez Odwołującego na ww. czynność Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełnienia

przedmiotowego warunku. W uzasadnieniu tego wezwania Zamawiający wskazał m.in. „(...) wykonawca MS-EKO sp. z o.o. przedłożył dokument potwierdzający spełnienie ww. warunku tj. posiadaną polisę odpowiedzialności cywilnej. Przedłożona polisa nie potwierdza spełnienia przedmiotowego warunku. Okres odpowiedzialności polisy (od dnia 13.03.2020 do dnia 12.03.2021 r.) nie obejmuje bowiem dnia składania ofert tj. 12.03.2020 r.”. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w treści pisma z dnia 08.04.2020 r., Przystępujący potwierdził, że na dzień składania ofert tj. 12.03.2020 r. nie posiadał wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 2.000.000,00 zł. Z uwagi na powyższe, Zamawiający pismem z dnia 09.04.2020 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W treści wezwania Zamawiający ponownie wskazał: „Przedłożona polisa nie potwierdza spełnienia przedmiotowego warunku. Okres odpowiedzialności polisy (od dnia 13.03.2020 do dnia 12.03.2021 r.) nie obejmuje dnia składania ofert tj. 12.03.2020 r.”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący pismem z dnia 10.04.2020 r. przedłożył aneks nr 1 z dnia 08.04.2020 r. do polisy odpowiedzialności cywilnej typ 1306 nr 7008507 z dnia 13.03.2020 r. Stosownie do treści aneksu pierwotny okres ubezpieczenia „od dnia 13.03.2020 do dnia 12.03.2021 r.” zmieniony został na „od dnia 12.03.2020 do dnia 12.03.2021 r.”

Ponadto, w opinii Odwołującego zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp. Podkreślił, że wskazane powyżej okoliczności potwierdzają, że Przystępujący przedstawił w treści JEDZ-a nieprawdziwą informację dotyczącą spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. posiadania na dzień składania ofert ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na kwotę 2.000.000 zł. Okoliczność tę potwierdził zresztą Wykonawca w treści swojego pisma wyjaśniającego z dnia 08.04.2020 r. wyjaśniając, że poza przedłożoną uprzednio polisą, nie posiadał innej, ważnej na dzień 12.03.2020 r., która potwierdzałaby spełnienie warunku. Należy zauważyć, że pomimo faktycznego braku posiadania na dzień 12.03.2020 r. polisy OC na kwotę 2 mln zł Przystępujący oświadczył w treści JEDZ-a, że taką polisę posiada. Spełnione są zatem ujęte w art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) \ Pzp przesłanki dotyczące „wprowadzenia w błąd”. Odwołujący wyjaśnił, że w odniesieniu do przesłanki dotyczącej „lekkomyślności lub niedbalstwa” Przystępujący posiadał wiedzę, że polisa OC typ 1306 nr 7008507 obejmuje swoim zakresem wyłącznie okres po upływie terminu składania ofert. Należy choćby wskazać na okoliczność, w której polisa ta wystawiona została w dniu 13.03.2020 r. a zatem po terminie składania ofert i dopiero wtedy mogła zostać przekazana Wykonawcy. Składając ofertę w dniu 12.03.2020 r. w tym wypełniając oświadczenie JEDZ-a wykonawca nie dysponował zatem żadną polisą na kwotę 2 mln zł. Niewątpliwie zatem zachowanie wykonawcy cechowała lekkomyślność lub niedbalstwo. Oświadczając w treści JEDZ-a, że posiada polisę OC na dzień 12.03.2020 r. wykonawca winien był choćby zweryfikować, czy taką polisę posiada, czego nie uczynił.

Według Odwołującego, zasadne jest również twierdzenie, że wskazane wyżej działanie

Przystępującego cechowało rażące niedbalstwo, a nawet zamierzone działanie. Jak wynika z

treści złożonych przez niego wyjaśnień był on w pełni świadomy, że posiada jedynie polisę na kwotę 1 mln zł z okresem ubezpieczenia do dnia 22.03.2020 r. Z kolei, w dniu składania oferty oraz oświadczenia JEDZ-a nie dysponował on nową polisą OC na kwotę 2 mln zł, a co najwyżej złożonym do ubezpieczyciela wnioskiem (pismo z dnia 10.03.2020 r.). Jak zatem mógł on, pomimo braku na dzień 12.03.2020 r. dokumentu polisy na kwotę 2 mln zł składać oświadczenie o jej posiadaniu? Co najmniej rażącym niedbalstwem Wykonawcy było niezweryfikowanie przez niego czy złożony przez niego dwa dni wcześniej wniosek o ubezpieczenie został pozytywnie rozpoznany, a umowa ubezpieczenia została zawarta. Odwołujący dodał, że na dokumencie polisy znajduje się oświadczenie Prezesa Zarządu Przystępującego, tj. Pana M. S. o otrzymaniu dokumentu polisy i zapoznaniu się z jej treścią

w dniu 13.03.2020 r. Wykonawca był zatem w pełni świadomy treści polisy, jej warunków, w tym istnienia jej dopiero od dnia 13.03.2020 r. Całkowicie bezpodstawne jest zatem założenie, że składając w dniu 12.03.2020 r. nieprawdziwe oświadczenie co do spełnienia warunku Pan M. S. nie był świadomy braku posiadania wymaganej polisy. Okoliczności wskazują raczej na działanie ww. osoby w okolicznościach rażącego niedbalstwa, a nawet zamiaru wprowadzenia w błąd. Potwierdzeniem rażącego niedbalstwa, czy nawet zamierzonego działania Wykonawcy jest ponadto okoliczność, w której przedkładając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokument polisy z którego wprost wynikało, że nie obejmuje choćby dnia składania ofert Wykonawca ten nie przyznał się do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Wyjaśnienie nieprawdziwej informacji ze strony Wykonawcy pojawiło się dopiero na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego. Okoliczność, w której nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu pojawiły się w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Wykonawcy jest wystarczająca do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp. Z kolei w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp oczywistym jest, że wystąpienie ujętej w niej przesłanki dotyczącej „istotnego wpływu na decyzje zamawiającego". W oparciu o nieprawdziwą informację podaną przez Wykonawcę w treści JEDZ-a Zamawiający dokonał wszakże w dniu 17.03.2020 r. wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zauważył, iż zarówno w skierowanym do Przystępującego w piśmie z dnia 06.04.2020 r. jak i w piśmie z dnia 09.04.2020 r. Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do skorzystania przez niego z procedury samooczyszczenia. Na wypadek jednak uznania, że odpowiedzi Wykonawcy na ww. pisma zawierały równocześnie wyjaśnienia złożone w trybie art. 24 ust. 8 i ust. 9 Pzp, które uwzględnione zostały przez Zamawiającego, Odwołujący formułuje niniejszy zarzut.

Wskazał, iż procedura samooczyszczenia nie może znaleźć zastosowania w stosunku do okoliczności dotyczącej podania przez Wykonawcę w treści JEDZ-a nieprawdziwej informacji dotyczącej spełnienia warunku posiadania policy OC na kwotę mln. 2 mln zł. Jak wynika z przedstawionego stanu faktycznego Wykonawca nie przyznał się do okoliczności podania nieprawdy przed uświadomieniem sobie tego faktu przez Zamawiającego. Należy ponownie wskazać, że gdyby nie odwołanie złożone przez Odwołującego fakt podania przez Wykonawcę nieprawdziwej informacji nie zostałby ujawniony. Odwołujący podkreślił, że nawet składając w trybie art. 26 ust. 1 Pzp polisę OC (pismo Wykonawcy z dnia 13.03.2020 r.) Wykonawca nie przyznał się do podania w treści JEDZ-a nieprawdziwej informacji. Przynajmniej w tym dniu tj. 13.03.2020 r., przedkładając polisę wystawioną w dniu 13.03.2020 r., z okresem obowiązywania od tego samego dnia, a zatem po upływie terminu składania ofert, miał on pełną świadomość, że ta polisa, wbrew złożonemu wnioskowi o ubezpieczenie, nie była ważna od dnia składania ofert. Wykonawca do samego końca ukrywał przed Zamawiającym fakt podania w treści JEDZ-a nieprawdziwej informacji. W tych okolicznościach skorzystanie przez Wykonawcę z procedury samooczyszczenia winno być wykluczone. Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, iż Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów, które byłyby odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postepowaniu Wykonawcy, a w szczególności składania oferty i oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu pomimo braku weryfikacji przez osobę składającą ofertę faktu spełnienia tych warunków; składania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnienie warunków pomimo świadomości, że dokument ten nie potwierdza spełnienia warunku. Ponadto, zdaniem Odwołującego Wykonawca nie przedstawił wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego. Wbrew twierdzeniom Przystępującego polisa OC nie została wystawiona z błędem, a o fakcie obowiązywania jej od dnia 13.03.2020 r. pełną świadomość miał Wykonawca, co potwierdził swoim podpisem na jej treści. Brak jest ponadto dowodów na wystawienie polisy z błędem, a z pewnością nie świadczy o tym okoliczność zawarcia aneksu do niej zmieniającego okres ubezpieczenia. Brak jest również dowodów na podnoszoną okoliczność jakoby ubezpieczyciel zatwierdził ją już w dniu 10.03.2020 r. Okoliczność ta jest ponadto bezprzedmiotowa. Brak jest choćby dowodów, które potwierdzałyby, że wniosek brokera o ubezpieczenie z okresem ubezpieczenia od dnia 12.03.2020 r. faktycznie wpłynął do ubezpieczyciela w dniu 10.03.2020 r.

Odwołujący podkreślił ponadto, że niedopuszczalne jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postepowaniu w przypadku złożenia przez niego nieprawdziwych informacji, co znajduje potwierdzenie m. in. w wyroku Izby z dnia 07.03.2019 r. sygn. akt KIO 271/19. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp wzywając Przystępujący do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów. Dokumenty przedłożone przez Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 Pzp jedynie formalnie potwierdzały spełnienie warunków udziału w postepowaniu, a jak się okazało nie mogły stanowić równoczesnego potwierdzenia spełnienia warunków na dzień składania ofert. W treści JEDZ-a Wykonawca złożył nieprawdziwą informację o spełnieniu warunku dotyczącego posiadania policy OC. W tych okolicznościach, uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie mogło służyć do usunięcia tej nieprawdziwej informacji jak również do przedłożenia po raz kolejny dokumentów, które by potwierdzały, że jednak Wykonawca posiadała wymaganą polisę na dzień składania ofert.

Niezależnie od przedstawionych powyżej zarzutów Odwołujący podniósł, iż przedłożenie przez Przystępującego aneksu do polisy OC zmieniającego z datą wsteczną okres ubezpieczenia tj. z dnia 13.03 na dzień 12.03 nie może być uznane za potwierdzające spełnienia warunków udziału w postepowaniu. Akceptacja ww. działania Zamawiającego oznaczałaby naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców. Stosownie do warunków przetargu wykonawca nie posiadający na dzień składania ofert policy OC w wysokości 2 mln zł nie mógł wziąć udziału w postępowaniu. Akceptacja sytuacji, w której pomimo braku posiadania na dzień składania ofert polisy OC, Zamawiający dopuszcza do przetargu wykonawcę tylko dzięki przedstawieniu przez niego w oparciu o art. 806 § 2 kodeksu cywilnego polisy obejmującej ubezpieczeniem okres sprzed zawarcia umowy, stanowiłaby rażące naruszenie zasady równego traktowania. Sytuacja taka byłaby ponadto sprzeczna z celem i istotą formułowania warunków udziału w postępowaniu i dokonywania oceny ich spełnienia. Należy dodać, że warunek posiadania polisy OC jest warunkiem potwierdzającym, że na dzień składania ofert wykonawca znajduje się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej, potwierdzonej dokonaną przez ubezpieczyciela na dzień składania ofert weryfikacją sytuacji ekonomicznej wykonawcy, Wystawiając w dniu 08.04.2020 r. polisę OC obejmującą ubezpieczeniem dzień 12.03.2020 r. Ubezpieczyciel nie dokonuje oceny sytuacji ekonomicznej Wykonawcy aktualnej na dzień 12.03.2020 r., co potwierdza, że w przypadku polisy OC uzupełnionej przez Wykonawcę nie dochodzi do zrealizowania celu, dla którego formułowane są w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu.

Kolejno Odwołujący wskazał, że stosownie do pkt 8.2 ppkt 3 lit. a załącznika nr 1 do SIWZ, w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, Zamawiający wymagał dysponowania przez Wykonawcę min. 7 pojazdami przeznaczonymi do odbioru odpadów komunalnych (śmieciarki) nie starszymi niż wyprodukowane w 2005 r., spełniającymi co najmniej wymagania Dyrektywy 98/69/EC — norma Euro 4. Równocześnie pojazdy wykazywane w ramach tego warunku podlegały ocenie w środowiskowym kryterium oceny ofert o wadze 28%.Stosownie do treści SIWZ, jeżeli pojazdy wskazane dla oceny spełnienia tego warunku spełniały wymagania normy EURO 5 to wykonawca otrzymywał punkty w ww. kryterium.

W treści odwołania z dnia 27.03.2020 r. na pierwotną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie Przystępującemu maksymalnej ilości punktów w kryterium środowiskowym pomimo, że nie wykazał on w treści oferty dysponowania minimum 7 pojazdami spełniającymi normę EURO 5. Odwołujący wskazywał, że Przystępujący nie dysponuje ww. pojazdami, a przedstawione zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia pojazdów jest wadliwe. Odwołujący podnosił, że wezwanie w tym przypadku Przystępującego w trybie z art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia pisemnego zobowiązania nie uniemożliwi przyznania punktów w kryterium środowiskowym. W konsekwencji Odwołujący domagał się powtórzenia czynności badania i oceny ofert i przyznania Wykonawcy 0 pkt w kryterium środowiskowym. Jak wynika natomiast z decyzji Zamawiającego z dnia 06.04.2020 r. ww. odwołanie zostało w całości uwzględnione, co stosownie do art. 186 ust. 2 Pzp zobowiązywało Zamawiającego do odmowy przyznania Wykonawcy punktów w kryterium środowiskowym. Uwzględniając powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający z naruszeniem art. 186 ust. 2 Pzp przyznał Przystępującemu punkty w kryterium środowiskowym. Niezależnie do tej okoliczności Odwołujący podnosi, iż Zamawiający z naruszeniem art. 91 ust. 1, art. 26 ust. 3 Pzp przyznał Wykonawcy punkty w ww. kryterium w oparciu o uzupełnione pisemne zobowiązanie innego podmiotu, które ponadto potwierdziło, że to pojazdy wykazywane dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu będą służyły do wykonania zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

Wskazał, że po uwzględnieniu w całości odwołania podjął czynności tj. na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wystąpił do Przystępującego o złożenie wyjaśnień w zakresie dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 2 000 000 zł.

Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, z których wynika, iż firma posiadała polisę: OC w Compensa TU VIG S.A. w postępowaniu w dniu 10 marca 2020 r. broker ubezpieczeniowy działający m imieniu Przystępującego wystąpił do ubezpieczyciela o nową polisę na kwotę 2 mln zł ze wskazaniem daty jej obowiązywania od dnia 12 marca 2020r. Wniosek został zatwierdzony przez ubezpieczyciela w tym samym dniu tj. 10.03.2020 r., jednak polisa została wystawiona z błędem, tj. z datą obowiązywania od 13 marca 2020 r. Wykonawca po otrzymaniu informacji o wniesieniu odwołania zwrócił się do ubezpieczyciela o wyjaśnienie powyższej nieprawidłowości r wystawienie polisy zgodnie ze złożonym wnioskiem. Ubezpieczyciel przygotował stosowny aneks, który Przystępujący załączył do swoich wyjaśnień. Aneks ten potwierdza, że Przystępujący na dzień składania ofert spełniał wymagany przez Zamawiającego warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności

cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 2 000 000 zł. Aneks ten obowiązuje od 12.03.2020 r. Zamawiający wyjaśnił, że przyjął wyjaśnienia w tym zakresie.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że „w odpowiedzi na powyższe wezwanie, w treści pisma z dnia 08.04.2020 r., MS-EKO sp. z o.o. potwierdziła, że na dzień składania ofert tj. 12.03.2020 r. nie posiadała wymaganego ubezpieczenia od od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 2.000.000.00 zł.". Podkreślił, że nigdzie w treści wyjaśnień takiego potwierdzenia nie ma, wręcz przeciwnie Wykonawca podnosi, iż, cyt.: „Biorąc pod uwagę spełnienie, warunków udziału w postępowaniu w dniu 10 marca 2020 r. broker ubezpieczeniowy działający w imieniu MS-EKO Sp. z o.o. wstąpił do ubezpieczyciela omową polisę na kwotę 2 mln zł ze wskazaniem daty jej obowiązywania od dnia 12 marca 2020 r. (tj. od terminu wyznaczonego na składanie ofert)".

Po przyjęciu wyjaśnień, Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp m. in. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 2 mln zł, gdyż art. 26 ust. 3 Pzp wskazuje, iż w przypadkach tam podanych „zamawiający wzywa", a tym samym Zamawiający nie mógł odstąpić od tej czynności. Wykonawca w odpowiedzi przedłożył aneks Nr 1 do polisy typ 1306 nr 7008507.

Biorąc powyższe pod. uwagę Zamawiający nie miał powodów uznać, iż Wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Uznał, bowiem, iż Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wyczerpująco wyjaśnił stan faktyczny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust 8 i 9 Pzp wskazał, że Zamawiający po zapoznaniu się ze złożonymi przez Wykonawcę wyjaśnieniami uznał, iż z terminu obowiązywania polisy wynikało, iż oświadczenie JEDZ było prawdziwe i Przystępujący spełniał warunek udziału w zakresie polisy OC. Tym samym nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy ż postępowania. Ponadto wyjaśnił, że w związku z toczącym się odwołaniem wystąpił do brokera z pismem dot. podania informacji, czy wniosek z dnia 10.03.2020 r. dotyczący oferty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej złożony w imieniu Przystępującego został zatwierdzony przez ubezpieczyciela w dniu 10.03.2020 r., jak również z prośbą o wyjaśnienie przyczyny podania w polisie okresu ubezpieczenia: od 13.03.2020 do 12.03.2021. Z uzyskanej odpowiedzi wynikało, że wniosek z dnia 10.03.2020 r. został zatwierdzony w tym samym dniu tj. 10.03.2020 r. Przyczyną błędu była omyłka pisarska.

Kolejno Zamawiający wskazał, że w konsekwencji ww. argumentów nie naruszył także przepisu art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia art. 186 ust. 2 oraz: art. 91 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp wyjaśnił, że w związku z nieprawidłowościami złożonego wraz z ofertą przez Przystępującego zobowiązania podmiotu trzeciego skorzystał z możliwości wyjaśnienia. Wykonawca poprzez złożenie wyjaśnień udowodnił kwestię polegania na zasobach innych podmiotów w przedmiocie m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, co należało do zakresu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Tym samym punktacja została przyznana prawidłowo.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę MS-EKO Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w pisemnych stanowiskach stron i uczestnika postępowania odwoławczego adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający stwierdził, że odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Skład orzekający uznał, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca miał wprowadzić Zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie Zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić Zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić Zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo.

W opinii składu w trakcie postępowania Odwołujący nie zdołał wykazać, że Przystępujący celowo wprowadził Zamawiającego w błąd, a jego zachowanie cechowało rażące niedbalstwo.

Skład orzekający uznał jednak, że w okolicznościach niniejszej sprawy ziściła się przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem z postępowania udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazać należy, że na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (k.c.), a zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Ponadto w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Dodatkowo ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd Zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności Zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert). Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

W analizowanym stanie faktycznym Izba uznała, że Przystępujący dopuścił się niedbalstwa, bowiem składając w dniu 10 marca 2020r. ofertę potwierdził w dokumencie JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowania, a więc m.in. warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej polegający na posiadaniu m.in. ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem

zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 2 mln zł, nie sprawdzając i nie upewniając się że taka polisa faktycznie została przez ubezpieczyciela wystawiona. Ponadto podpisując wystawioną już polisę nie upewnił się, że polisa została wystawiona na prawidłowy okres jej obowiązywania, tj. obejmowała co najmniej dzień 12 marca 2020r., tj. dzień w którym upływał termin składania ofert. Jak natomiast wskazano powyżej od profesjonalisty wymaga się aby składając ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Takiej staranności po stronie Przystępującego zabrakło. Powyższe natomiast spowodowało, że swoim działaniem Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd. Zamawiający uznał bowiem, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że nie sposób przyjąć - z uwagi na

ujawnienie się nieprawdziwości informacji - że Przystępujący mógł wykazać w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, że spełnia warunek udziału, gdyż godziłoby to w podstawowe zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp, który nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Izba podziela stanowisko konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zauważyć należy, że Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 8 kwietnia 2020r. wprost wskazał, że: „na dzień przygotowywania oferty tj. 10.03.2020r. Spółka MS-EKO posiadała polisę OC w Compensa TU VIG S.A. na kwotę 1,0 mln zł, ważną do dnia 22 marca 2020 roku. Biorąc pod uwagę spełnienie warunków udziału w postępowaniu w dniu 10 marca 2020 roku broker ubezpieczeniowy działający w imieniu MS-EKO sp. z o.o. wystąpił do ubezpieczyciela o nową polisę na kwotę 2 mln zł ze wskazaniem daty jej obowiązywania od dnia 12 marca 2020 roku (tj. od daty terminu wyznaczonego na składanie ofert) (...). Wniosek został zatwierdzony przez ubezpieczyciela w tym samym dniu tj. 10.03.2020r. Jednakże niniejsza polisa została wystawiona z błędem, tj. z datą obowiązywania od 13 marca 2020r.”.

Z powyższego pisma wprost wynika, że na dzień składania ofert Przystępujący nie

posiadał żadnej polisy OC na kwotę 2 mln zł, która byłaby ważna w dniu składania ofert. Tym samym stwierdzić należy, że Przystępujący w piśmie tym przyznał, że składając oświadczenie w JEDZ odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wprowadził Zamawiającego w błąd. W konsekwencji więc już na tym etapie postępowania Zamawiający winien był odstąpić od wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i wykluczyć go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Skład orzekający podzielił również stanowisko Odwołującego dotyczące naruszenia

przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia

z postępowania Przystępującego pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w

postępowaniu w zakresie posiadania polisy OC. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z

postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania

warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie i znajdującym potwierdzenie w dokumentacji postępowania był fakt, że Przystępujący do oferty załączył oświadczenie wstępne o spełnieniu

warunków udziału w postępowaniu, a następnie na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1

Pzp, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2 ppkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ złożył polisę typ 1306 nr 7008507 podpisaną w dniu 13 marca 2020r., w której w punkcie 4 jako okres ubezpieczenia wpisano: „Od dnia 13 marca 2020 do dnia 12 marca 2021”, która nie spełniała wymagań wskazanych w SIWZ. Ponadto

bezsporna była okoliczność, iż w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, Przystępujący złożył aneks nr 1 do polisy typ 1306 nr 7008507 w której zmieniony został okres ubezpieczenia od dnia 12 marca 2020r.

Uwzględniając powyższe, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 25a

ust. 1 pkt 1 Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o

zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w

oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego przepisu wynika wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w

postępowaniu, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert, co oznacza, że już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SIWZ). Składane oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia, ale muszą także potwierdzać spełnianie warunków udziału na dzień składania ofert. Wskazuje na to brzmienie ww. przepisów, które nakładają na Zamawiającego obowiązek (ust. 1) lub uprawnienie (ust. 2) do wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie „aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1". Oświadczenia lub dokumenty składane na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na moment ich złożenia (w czasie teraźniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego), tym samym potwierdzając także, że aktualne pozostają okoliczności wskazane w oświadczeniu wstępnym.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 685/19, gdzie zwrócono uwagę, iż „w obecnie obowiązującym stanie prawnym intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, jest ocena sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji, ponadto zamawiający posiada uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Zarówno ustawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy odszedł od zasady, że składane dowody mają potwierdzać stan odpowiedniej zdolności podmiotowej jedynie na moment przystąpienia do postępowania - moment złożenia oferty lub wniosku. Obecnie posiadanie przez wykonawcę właściwej sytuacji podmiotowej weryfikuje się na początku postępowania, poprzez oświadczenie wstępne, zaś żąda się dowodów ją potwierdzających, aktualnych na dzień złożenia, nadto na każdym etapie postępowania zamawiający ma prawo wymagać zaktualizowanych dokumentów i oświadczeń".

Dalej należy wskazać, że choć przepis art. 26 ust. 3 Pzp, w przeciwieństwie do art. 25a ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 i 2 Pzp, nie odnosi się do kwestii na jaki moment aktualne mają być oświadczenia lub dokumenty składane w efekcie wezwania, to podzielić należy stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie, a także w opinii UZP „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp", że zasadnym jest, aby aktualność uzupełnianych na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp oświadczeń lub dokumentów była powiązana z aktualnością, o której mowa odpowiednio na gruncie art. 25a ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 i 2 Pzp, w zależności od tego, jakich oświadczeń lub dokumentów dotyczy wezwanie.

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest to, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty. Ocena aktualności danego oświadczenia lub dokumentu zależeć będzie od jego rodzaju i treści i winna być dokonywana w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów, w tym Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.).

Powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 26 ust. 2 Pzp czy na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą. Tymczasem treść złożonej na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przez Przystępującego polisy w której wskazano okres ubezpieczenia

od dnia 13 marca 2020r., przeczy złożonemu w dokumencie JEDZ oświadczeniu, że na dzień składania ofert tj. 12 marca 2020r. Przystępujący spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. posiadał polisę OC na kwotę 2 mln zł.

Zauważyć należy, że Przystępujący na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, złożył aneks nr 1 z dnia 8 kwietnia 2020r., w którym zmieniono datę obowiązywania okresu ubezpieczenia. W konsekwencji pomimo, że na moment uzupełniania dokumentów Przystępujący był w stanie powołać się posiadanie polisy OC z datą obowiązującą w dniu upływu terminu składania ofert, to jednocześnie sam potwierdził, w piśmie z dnia 8 kwietnia 2020r. że w dacie składania oświadczenia wstępnego, tj. dzień 10 marca 2020r. posiadał jedynie polisę OC w Compensa TU VIG S.A. na kwotę 1 mln zł, ważną do dnia 22 marca 2020r.

Powyższe w ocenie Izby podważa prawdziwość oświadczenia wstępnego złożonego przez Przystępującego wraz z ofertą w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Złożona przez Przystępującego polisa OC nie potwierdzała, że w dacie składania ofert Przystępujący faktycznie legitymował się wymaganym w niniejszym postępowaniu ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż Przystępujący nie wykazał, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej były przez niego spełnione przez cały okres trwania postępowania, wobec podważenia prawdziwości złożonego wraz z ofertą oświadczenia wstępnego. Tym samym Zamawiający winien był wykluczyć Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Skład orzekający za bezzasadne uznał natomiast zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 8 i 9 Pzp. Jak bowiem wynika z wyjaśnień Zamawiającego w niniejszym postępowaniu procedura self-cleaningu nie była przeprowadzana w stosunku do Przystępującego, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie stwierdził przesłanki wykluczenia z postępowania o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 186 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez przyznanie MS-EKO sp. z o.o. max ilości punktów w kryterium środowiskowym pomimo, że nie złożył on wraz z ofertą dokumentów warunkujących przyznanie punktów w tym kryterium, to Izba zarzut ten również uznała za zasadny.

Na wstępie wskazać jednak należy, że jak wskazano w wyroku Izby z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 544/18, który to Izba pogląd w całości podziela: „W przypadku dokonania czynności niezgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcom przysługuje prawo korzystania ze środków ochrony prawnej (w przeciwieństwie do sytuacji, gdy czynności zamawiającego są zgodne ze zgłoszonymi żądaniami - wówczas odwołanie podlega

odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.)). W takim przypadku kwestia prawidłowości tych czynności może podlegać ocenie Izby, ale pod kątem ich zgodności z przepisami prawa określającymi obowiązki zamawiającego odnoszące się do danych czynności (z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie), nie zaś z art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych". W konsekwencji Odwołujący, który twierdzi, że Zamawiający nie wykonał żądań uwzględnionego odwołania, ma prawo zaskarżyć ponowną czynność Zamawiającego, która tych żądań nie realizuje, ale musi podnieść zarzuty merytoryczne dotyczące tej czynności, czyli w niniejszym stanie faktycznym zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp.

Przechodząc do rozpoznania powyższego zarzutu, to wskazać należy, ze z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że Przystępujący w celu wykazania spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej zawartego w punkcie 8.2 ppkt 3 lit. a załącznika nr 1 do SIWZ, musiał wykazać się dysponowaniem min. 7 pojazdami przeznaczonymi do odbioru odpadów komunalnych (śmieciarki) nie starszymi niż wyprodukowanymi w 2005 r., spełniającymi co najmniej wymagania Dyrektywy 98/69/EC — norma Euro 4. Zamawiający wskazał ponadto, że pojazdy spełniające wyższe normy niż określono powyżej, będą dodatkowo punktowane jako poza cenowe kryterium oceny ofert. Z

oferty Przystępującego wynika ponadto, że polega on na zasobach podmiotu trzeciego tj.

EKO-MAX Recykling sp. o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zauważyć należy, że stosownie do treści SIWZ (pkt 9.1.12.F lit. c) oraz art. 22a ust. 2 i 3 Pzp warunkiem polegania na zasobach innego podmiotu było wykazanie Zamawiającemu,

że realizując zamówienie wykonawca będzie dysponował udostępnionymi zasobami. Na tę okoliczność Zamawiający żądał przedłożenia wraz z ofertą pisemnego zobowiązania sporządzonego według treści załącznika nr 5 do SIWZ.

Na skutek wniesionego przez Odwołującego odwołania z dnia 27 marca 2020 r. kwestionującego prawidłowość złożonego przez Przystępującego zobowiązania oraz realność udostępnionych zasobów Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do wyjaśnień w zakresie realności udostępnionych pojazdów. Po otrzymaniu wyjaśnień w tym zakresie Zamawiający uznał, że Przystępujący spełnił warunek dotyczący udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej a ponadto przyznał temu wykonawcy punkty w kryterium środowiskowym.

Uwzględniając powyższe ustalenia, skład orzekający stwierdził, że o ile uznanie przez Zamawiającego - po złożeniu przez Przystępującego wyjaśnień - że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, o tyle już przyznanie punktów w kryterium środowiskowym było czynnością nieprawidłową.

Podkreślić należy, że warunkiem przyznania punktów w tym kryterium środowiskowym, w sytuacji braku samodzielnego dysponowania pojazdami, było przedstawienie pisemnego zobowiązania do udostępnienia tych zasobów. Niedopuszczalne jest jednak na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 2 Pzp uzupełnienie bądź poprawienie zobowiązania czy też innych dokumentów w oparciu o które następuje ocena oferty w przedmiotowym kryterium. Brak więc złożenia wraz z ofertą prawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego, a w konsekwencji brak wykazania w jej treści dysponowania minimum 7 pojazdami spełniającymi wymagania normy EURO 5, uniemożliwiał Zamawiającemu - pomimo uzupełnienia tego dokumentu w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu - przyznania Przystępującemu punktów w kryterium środowiskowym.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. W analizowanym postępowaniu Zamawiający 28 maja 2020 r. zawarł już z Przystępującym umowę w sprawie zamówienia publicznego. Stało się to w okolicznościach dopuszczonych w art. 183 Pzp. Zamawiający zawarł bowiem umowę w sprawie zamówienia po uchyleniu przez Izbę zakazu zawarcia umowy postanowieniem z dnia 4 maja 2020 r., sygn. akt KIO/W 28/20. Ponieważ w tej sprawie umowa w sprawie zamówienia została zawarta i stało się w sposób zgodny z ustawą, Izba uwzględniając odwołanie stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych w sentencji wyroku.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oraz art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....