Sygn. akt: KIO 3298/21
KIO 3307/21

WYROK

z dnia 20 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Aleksandra Kot

Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 6 grudnia 2021 r. i 15 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1) w dniu 8 listopada 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MKP Pure Home spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w restrukturyzacji z siedzibą w Ostrołęce i RDF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce (sygn. akt KIO 3298/21),

2) w dniu 8 listopada 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie i Partner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Warszawie, (sygn. akt KIO 3307/21),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Legionowo przy udziale:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MS-EKO spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i EKO-MAX Recykling spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3298/21 oraz o sygn. akt KIO 3307/21, po stronie Zamawiającego,

2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie i Partner spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytową z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3298/21, po stronie Zamawiającego,

orzeka:

W sprawie o sygn. akt KIO 3298/21:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

W sprawie o sygn. akt KIO 3307/21:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3298/21
KIO 3307/21

Gmina Miejska Legionowo (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Miejskiej Legionowo, z PSZOK oraz przeterminowanych leków z aptek”, znak sprawy Rz.271.6.2021.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 4 maja 2021 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 222749-2021-PL. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

8 listopada 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MKP Pure Home spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w restrukturyzacji z siedzibą w Ostrołęce i RDF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce (dalej: „Odwołujący MKP") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego MKP oraz wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 oraz w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp) przez

odrzucenie oferty Odwołującego MKP jako zawierającej rażąco niską cenę, w sytuacji gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że zaoferowana cena ma charakter rynkowy i pozwala na pokrycie kosztów wykonania zamówienia oaz wygenerowanie zysku;

2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie ma takiego charakteru;

3) art. 253 ust. 1 pkt pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp oraz art. 18 ust. 1 Pzp przez przedstawienie niepełnego uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, co utrudnia sformułowanie zarzutów, przez co ogranicza prawo wykonawcy do korzystania z środków ochrony prawnej.

Odwołujący MKP wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powrotu do czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ewentualnie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie przedstawienia kompletnego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W treści uzasadnienia odwołania Odwołujący MKP wskazał na różnice w cenach ofert złożonych w postępowaniu, które były do siebie zbliżone, a oferta wybrana była droższa o ok. 2 mln. zł. co wskazuje na różnice względem najtańszej z ofert - oferty Odwołującego ok. 7%.

Trzej wykonawcy z najniższymi cenami zostali wezwani przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej.

Odwołujący MKP wyjaśnił, że 31 sierpnia 2021 r. złożył pierwsze wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, do których uzupełnienia został wezwany pismem z 24 września 2021 r., na co odpowiedział w drugich wyjaśnieniach z 29 września 2021 r. Odwołujący MKP wyjaśnił, że oba pisma zawierające wyjaśnienia Zamawiający uznał zastrzeżone skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a ponadto Zamawiający uznał wyjaśnienia za szczegółowe i obszerne.

Odwołujący MKP wskazał, że odrzucając ofertę Zamawiający wskazał, iż złożone wyjaśnienia są mało wiarygodne, a cena ma w związku z tym charakter rażąco niskiej. Odwołujący MKP podkreślił, że Zamawiający nie udostępnił mu wszystkich informacji o okolicznościach, które legły u podstaw decyzji o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający prowadził korespondencję i rozmowy telefoniczne z podmiotami, z jakimi Odwołujący MKP współpracuje, jednak nie wskazał tej korespondencji i informacji, jakie uzyskał w odpowiedziach na pytania, jak i w trakcie rozmów telefonicznych. Ponadto, Zamawiający w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego MKP powołał się na własne wyliczenia kosztów wykonania zamówienia w oparciu o dane będące w jego posiadaniu, jak również inne bliżej nie określone założenia. Nie mając wiedzy o tym, w jaki sposób Zamawiający wylicza koszty wykonania zamówienia, Odwołujący MKP wskazał, że nie ma możliwości odniesienia się do decyzji o odrzuceniu oferty i sformułowania zarzutów. Izba, w ocenie Odwołującego MKP, powinna pominąć te elementy decyzji o odrzuceniu oferty, które są ogólne i wobec których Odwołujący nie mógł podnieść zarzutów.

Odwołujący MKP wskazał, iż posiadania instalacji komunalnej do sortowania odpadów nie jest warunkiem koniecznym do tego by móc uzyskać przychody ze sprzedaży części odpadów stanowiących przedmiot zamówienia. Według wiedzy Odwołującego żaden z wykonawców nie dysponuje taką instalacją i niesegregowane (zmieszane) odpady musi przekazywać do przetworzenia (zagospodarowania) podmiotom trzecim, ponosząc z tego

tytułu koszty.

W ocenie Odwołującego MKP, Zamawiający błędnie zakłada, że ustalone przez odbiorów odpadów, z którymi współpracuje Odwołujący MKP, normy jakościowe są na tyle wygórowane, że odpady pochodzące od mieszkańców nie mogą ich spełnić. W wyjaśnieniach Odwołujący MKP wykazał, jakie odpady i w jakiej części mogą zostać sprzedane podmiotom trzecim bez konieczności ich uprzedniego doczyszczania. Względem pozostałych odpadów Odwołujący MKP założył w kalkulacji odpowiednie „budżety" na ich zagospodarowanie wraz z rezerwą na ewentualny wzrost cen lub spadek przychodu ze sprzedaży.

Odwołujący MKP argumentował, że Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty nie podjął próby wykazania, że wyliczone przez niego rzekome niedoszacowanie kosztów wykonania zamówienia jest na tyle istotne, by nie mogło być pokryte z rezerw wskazanych w wyjaśnieniach. Natomiast jak wskazał Odwołujący MKP sposób ustalenia cen jednostkowych jest pochodną przyjętej metodologii wyliczenia ceny. Zdaniem Odwołującego MKP, twierdzenie Zamawiającego o rzekomym zaniżaniu kosztów odbioru odpadów do czego miało doprowadzić zaniżenie ilości przejeżdżanych kilometrów nie zostało w żaden sposób wykazane, chociażby przez minimalne, „prawidłowej" ilości kilometrów, co uniemożliwia odniesienie się do tego argumentu. Zdaniem Odwołującego MKP nie ma podstaw do twierdzenia, aby ilości kilometrów przejeżdżanych obecnie przez wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia, były jedynymi prawidłowymi i właściwymi dla wszystkich wykonawców, co jest uzależnione od indywidualnie ustalonej logistyki odbioru odpadów.

Pozostała część argumentacji ujęta została w załączniku nr 1 do odwołania (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa).

26 listopada 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w treści której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

sygn. akt KIO 3307/21

8 listopada 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie i

Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący Partner) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego Partner oraz wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący Partner zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego Partner mimo, że [przepis ten

zawiera zamknięty katalog przesłanek, a oferta Odwołującego Partner została

odrzucona w oparciu o nieistniejącą podstawę odrzucenia (wykreowaną przez Zamawiającego), tj. odrzucenie oferty z powołaniem się na rażąco niską cenę składową oferty, alternatywnie odrzucenie oferty Odwołującego Partner z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez rozszerzającą interpretację tego przepisu, tj. odrzucenie oferty z powołaniem się na rażąco niską cenę składową oferty;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego Partner na tej podstawie prawnej choć cena, jak również składowe ceny, nie charakteryzują się rażąco niską ceną, jak również podjęcie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Partner z obrazą wskazanego przepisu ze względu na niewykazanie przez Zamawiającego zaktualizowania się przywołanej przesłani eliminacyjnej względem oferty Odwołującego Partner;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, przez uznanie, że wyjaśnienia i dowody złożone przez Odwołującego nie uzasadniają podanych w ofercie cen

składowych, są lakoniczne, podczas gdy wyjaśnienia i dowody złożone przez

Odwołującego Partner w sposób wyczerpujący, adekwatny i proporcjonalny do treści

wezwania czynią zadość oczekiwaniom Zamawiającego i pozwalają na wykazanie, że składowe ceny nie mają przymiotu rażąco niskich,

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 11 u.z.n.k. przez przyjęcie, że zanonimizowane przez Odwołującego Partner, w warunkach skorzystania z uprawnienia wynikającego z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., dowody per se nie uzasadniają podanych w ofercie składowych ceny,

5) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp, przez zaniechanie kontynuowania procedury wyjaśniającej, przy jednoczesnym odrzuceniu oferty Odwołującego Partner, podczas gdy posiadanie przez Zamawiającego dalszych wątpliwość obliguje Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień i umożliwienia mu na równych zasadach, z innymi wykonawcami, wykazanie, że zaoferowana przez Odwołującego Partner cena nie ma charakteru rażąco niskiej,

6) art. 226 ust. 2 pkt 1 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt

7 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie weryfikacji podmiotowej

Odwołującego Partner, w zakresie zaktualizowania się względem niego przesłanek wykluczenia mimo, iż jego oferta nie została oceniona jako najkorzystniejsza, czym Zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy ponieważ w Postępowaniu zastosowanie miała tzw. procedura odwrócona,

7) art. 226 ust. 2 pkt 1 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 58 ust. 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego Partner, podczas gdy w ocenie Zamawiającego przesłanka wykluczenia wynikająca z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp znalazła zastosowanie wyłącznie względem jednego z wykonawców wspólnie

ubiegających się o zamówienie - Partner sp. z o.o. Sp. K.

8) art. 226 ust. 2 pkt 1 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, podczas gdy względem Odwołującego Partner, nie zaktualizowała się przesłanka wynikająca z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, tj. Odwołujący Partner nie wprowadził Zamawiającego w błąd, a nawet przyjmując stan odmienny, nie mogło to wywrzeć istotnego wpływu na decyzje podejmowane w Postępowaniu,

9) art. 110 ust. 2 Pzp w zw. z art. 139 ust 1 Pzp i 128 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania Odwołującego Partner do skorzystania z instytucji self-cleaningu, wobec podjęcia przez Zamawiającego czynności eliminacyjnej, niepoprzedzonej uprzednim wezwaniem Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, poprawienia oświadczenia o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp lub skorzystania z instytucji self-cleaningu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego, uznania oferty Odwołującego za najwyżej ocenioną i poddania Odwołującego weryfikacji podmiotowej, poprzedzającej wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący Partner wskazał, że wzywając do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp Zamawiający w piśmie z 19 sierpnia2021 r. wskazał na pozycje formularza oferty (części składowe), które wydawały się rażąco niskie.

Odwołujący Partner przedstawił zastrzeżenia co do zakresu wezwania do wyjaśnień, jakie otrzymał wobec części pozycji, w sytuacji gdy formularz cenowy podzielony był na dwie ceny za transport i zagospodarowanie, które dopiero razem składają się na cenę usługi za 1 Mg odpadów. W wezwaniu wskazano frakcje odpadów, których ilość ma charakter marginalny dla całości zamówienia (łącznie 1940 Mg na 37.603,20 Mg).

Ponadto, jak wskazał Odwołujący Partner, w znacznej części wezwanie stanowi powielenie tez, fragmentów orzeczeń Izby i Sądów Okręgowych prezentujące oczekiwania Zamawiającego. Nie precyzują one przyczyn, z jakich Zamawiający uznał dane frakcje odpadów za istotne składowe ceny, z jakich budziły one wątpliwości, a tym bardziej okoliczności, jakie zdaniem Zamawiającego powinny być wykazane aby uchylić powstałe u niego wątpliwości. Zdaniem Odwołującego Partner wezwanie skierowane zostało w warunkach, w których nie ziściły się przesłanki domniemania rażąco niskiej ceny. Zostało

ono podyktowane jedynie wątpliwościami, jakie powstały u Zamawiającego, które nie dotyczyły ceny, lecz wyłącznie jej części składowych.

Jak wyjaśnił Odwołujący Partner, mimo złożonych wyjaśnień wraz z dowodami Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego Partner. Odwołujący Partner przywołał obszerne fragmenty z uzasadnienia decyzji Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Partner żaden z przepisów nie kreuje uprawnienia do odrzucenia oferty ze względu na posiadanie przez składową część ceny przymiotu rażąco niskiej. Zamawiający w uzasadnieniu nie wskazał dlaczego uznaje, że części składowe, które miały być obarczone cechami z art. 224 ust. 1 Pzp, przekładają się na posiadanie przez cenę przymiotu rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający, w ocenie Odwołującego Partner, wykreował tym samym nieznaną w art. 226 ustawy przesłankę do odrzucenia oferty.

Ponadto, zdaniem Odwołującego Partner, z wezwania nie wynika, aby Zamawiający oczekiwał kalkulacji całej oferty (kalkulacji kosztów dotyczących również pozostałych frakcji odpadów). Wykonawca szczegółowo odniósł się do kosztów frakcji odpadów wskazanych w

wezwaniu - tzw. „koszt na bramie", jako jedynego ponoszonego przez Odwołującego Partner przyjęcia konkretnej frakcji odpadu do zagospodarowania. Wykonawca nie musi znać szczegółowej kalkulacji kosztów procesu gospodarowania odpadów. Odwołujący Partner wykazał również poziom zysku, jaki generować będzie zagospodarowanie tych frakcji odpadów.

Kalkulowanie ceny za usługi realizowane względem poszczególnych frakcji następuje przy uwzględnieniu szerszego zakresu usługi odbioru odpadów. Szereg elementów kosztowych rozkłada się na wszystkie ceny jednostkowe przy uwzględnieniu wielkości strumieni poszczególnych frakcji odpadów. Ponieważ wielkość strumienia wszystkich wyspecyfikowanych w wezwaniu frakcji stanowi ok 5% łącznej wielkości strumienia wszystkich odpadów przedstawiona kalkulacja powinna być uznana za adekwatną przy uwzględnieniu zakresu wezwania.

Jak wyjaśnił Odwołujący Partner, w decyzji o odrzuceniu jego oferty, Zamawiający wskazał, iż z uwagi na zanonimizowanie dowodów nie był w stanie ocenić wyjaśnień i przyjąć rynkowości założeń wykonawcy (utajnienie informacji dotyczących instalacji w jakich będą zagospodarowane odpady, anonimizacja umów i faktur). Zdaniem Odwołującego Partner przepisy nie wyłączają możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem zamawiającego, w tym przy składaniu dokumentów w ramach procedury wyjaśniającej w oparciu o przepis art. 224 ust. 1 Pzp. Przekazane dokumenty ukazują warunki kontraktowe w zakresie cen zagospodarowania tych frakcji i pozwalały na weryfikację wysokości ceny.

Zamawiający z naruszeniem zasady proporcjonalności kreuje i to dopiero wyciągając względem Odwołującego Partner negatywne konsekwencje oczekiwanie nieskorzystania z uprawnienia mającego swoje źródło w przepisach powszechnie obowiązujących. Zamawiający powinien ewentualnie wezwać Odwołującego Partner do przedłożenia dokumentów niezanonimizowanych.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego Partner do złożenia podmiotowych środków dowodowych, co uniemożliwiło skorzystanie z procedury self-cleaningu wobec zaktualizowania się podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp do wykluczenia z postępowania Partner Sp. z o.o. sp.k. Zgodnie z wytyczną TSUE zawartą w wyroku z 7.09.2021 r. C-927/19 w świetle prounijnej wykładni tego przepisu ewentualne wykluczenie może dotyczyć wyłącznie jednego z konsorcjantów, tj. tego, który ewentualnie wprowadził Zamawiającego w błąd, a nie całego konsorcjum - a więc również PARTNER D. A., względem którego Zamawiający nie podnosi zarzutu wprowadzenia w błąd.

Odwołujący Partner podkreślił, że Zamawiający podstawy wykluczenia upatruje w oświadczeniu złożonym w JEDZ przez Partner Sp. z o.o. sp. k., w którym podmiot ten nie zaznaczył odpowiedzi tak dla potwierdzenia okoliczności związanych z nałożeniem porównywalnych do odszkodowania sankcji z tytułu wcześniej realizowanej umowy. Zamawiający ustalił, iż w sprawie umowy realizowanej na rzecz Gminy Nieporęt w 2018 r. wykonawca Partner Sp. z o.o. wypowiedział ze skutkiem natychmiastowym umowę nr BF.272.204.2018 z 23 maja 2018 r. Gmina wystąpiła na drogę sądową w celu uzyskania odszkodowania za niewykonanie umowy za okres od 9 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r. w wysokości stanowiącej różnicę pomiędzy wynagrodzeniem, jakie gmina musiała zapłacić nowemu wykonawcy, a wynagrodzeniem wynikającym z niezrealizowanej umowy. Zdaniem Odwołującego sytuacja ta nie prowadzi do potwierdzenia okoliczności objętych oświadczeniem w JEDZ, którego brak Zamawiający wytknął. Sankcyjny charakter środka, który musi zostać zastosowany aby wykonawca zobowiązany był zaznaczyć „TAK" wynika z

korelacji pomiędzy oświadczeniem wstępnym, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i 2 Pzp, a treścią przesłanek wykluczenia. Wyłącznie wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od niej przez zamawiającego, stanowi przejaw zastosowania sankcji, której zastosowanie jest konieczne aby zaktualizowała się w pełni przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. (alternatywnie zasądzone było odszkodowanie - nałożona kara umowna, albo zastosowano inną sankcję). Ponieważ Partner Sp. z o.o. sp. k. sam wypowiedział umowę, nie można

mówić aby rozwiązanie umowy stanowiło jakiekolwiek zastosowanie wobec niego sankcji. Zainicjowanie postępowania sądowego nie wypełnia przesłanki „nałożenia odszkodowania",

jak również nie ustanawia takiego domniemania. Dopiero wydanie przez odpowiedni organ orzeczniczy prawomocnego wyroku zasądzającego odszkodowanie zaktualizuje stan, w którym Partner Sp. z o.o. sp. k. zobowiązany będzie oświadczyć w JEDZ „TAK". Wbrew stanowisku Zamawiającego momentem rozpoczynającym bieg terminu o którym mowa w art.

111 pkt 4 Pzp jest pełne zaktualizowanie się wszystkich przesłanek zakodowanych w art.

109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a więc nie powstanie roszczenia o zapłatę odszkodowania, lecz jego

prawomocne zasądzenie przez sąd.

O braku wpływu na wynik postępowania oświadczenia wykonawcy świadczyć ma to, że Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, uznając że wskazana podstawa eliminacyjna nie znajduje zastosowania względem Odwołującego.

W ocenie Odwołującego Partner swoim działaniem Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu Partner skorzystanie z procedury self-cleaningu, co otworzyłoby drogę do uchylenia podstaw do podjęcia czynności eliminacyjnej z 29 października 2021 r.

26 listopada 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o

oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Odwołującym zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ są uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia i mają interes w jego uzyskaniu.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień do postepowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w obu sprawach.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania zostały rozpoznane w granicach zawartych w nich zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołania Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia dot. odwołań).

Stan faktyczny nie jest między Stronami i uczestnikami postępowania sporny i został właściwe przedstawiony w treści odwołań z tego powodu nie będzie powielany. Ponadto szczegółowe zreferowanie stanu faktycznego w tym przedstawienie treści udzielonych przez obu Odwołujących wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz szczegółowych powodów odrzucenia ofert obu Odwołujących nie jest możliwe z uwagi na okoliczność, iż wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co zostało pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego. Podstawy odrzucenia obu ofert również dotykają kwestii dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tego powodu przedmiotowe uzasadnienie sporządzone zostało na dużym poziomie ogólności.

Izba oceniając czynność Zamawiającego z 29 października 2021 r. polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego MKP uznała, że czynność ta była prawidłowa mimo, że Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, co do wszystkich podstaw odrzucenia wskazanych w uzasadnieniu tej czynności.

Uzasadnienie to ma taką konstrukcję, że na początku Zamawiający opisuje stan faktyczny w zakresie wezwania do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, co miało miejsce dwukrotnie, tj. 19 sierpnia 2021 r., na które to wezwanie Odwołujący MPK odpowiedział 31 sierpnia 2021 r. (dalej jako: „wyjaśnienia 1") oraz 24 września 2021 r., na które Odwołujący MKP odpowiedział 29 września 2021 r. (dalej jako: „wyjaśnienia 2").

Następnie w punktach od 1 do 3 Zamawiający wskazał podstawy faktyczne, które legły u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego MKP.

Odnosząc się do podstawy faktycznej wskazanej w pkt 1 pisma z 29 października 2021 r. Izba wskazuje, że podziela stanowisko Zamawiającego. W tym punkcie uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego MKP, Zamawiający odniósł się do założenia, które jest istotne dla całej wyceny oferty, a dotyczącego uzyskania przychodu ze sprzedaży surowców wtórnych we wskazanej wysokości (vide: w tabeli zawartej w części 3 „Szczegółowe wyjaśnienia zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa (część tajna)" z 31 sierpnia 2021 r. wers 3). Jak wynika z wyjaśnień 1 i załączonych dowodów tj. faktur na stronach 63-73 pliku „załączniki TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA" przychody ze sprzedaży są powiązane z konkretnymi dowodami jednak zauważyć należy, że tak naprawdę Odwołujący MKP wykazał że uzyskuje takie przychody ze sprzedaży odpadów jedynie o konkretnych dwóch kodach. Mając to na uwadze oraz dostrzegając zakładany zysk wątpliwym jest, czy założenie to jest realne ponieważ załączone w tym zakresie dowody i twierdzenia są niewystarczające dla uwiarygodnienia poczynionego założenia. Ponadto Izba dostrzega, że dowody te zostały przedstawione wybiórczo i przede wszystkim nie pokazują skali takiej sprzedaży np. w perspektywie czasowej jak przewidziana dla realizacji tego zamówienia. Dodatkowo zwrócić uwagę należy, że nie jest jasne pochodzenie tych odpadów, na co uwagę podczas rozprawy zwrócił zarówno Przystępujący jak i Zamawiający. Nie przekonuje Izby również twierdzenie o możliwości uruchomienia przewidzianej w wersie 2 części 3 wyjaśnień 1 rezerwy z uwagi po pierwsze, na znaczną różnicę w kwotach między planowanym zyskiem a rezerwą oraz po drugie, z uwagi na to, że z wyjaśnień i opisu tej rezerwy zawartego zarówno w tabeli jak i pod tabelą wynika, że rezerwa ta ma inne przeznaczenie w perspektywie trwania umowy. Ponadto nie jest do końca jasne dla Izby na jakiej podstawie Odwołujący MKP poczynił założenia co do stosunku odpadów z których uzyska przychód do ilości odpadów co do których Odwołujący MKP poniesie koszt zagospodarowania, ponieważ Odwołujący MKP podaje różne podstawy np. załącznik nr 1 odwołania pkt 8 zd. 1, str. 5 protokołu posiedzenia i rozprawy z 29 listopada 2021 r. stanowiącego załącznik do protokołu posiedzenia i rozprawy z 6 grudnia 2021 r. Natomiast w części 3 wyjaśnień 1 Odwołujący MKP w ogóle nie wyjaśnił z czego wynika poczynione założenie w zakresie tej proporcji. Powyższe powoduje, że wyjaśnienia w tym zakresie są trudne do zweryfikowania w obiektywny sposób.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego MKP zawartych w odwołaniu a dotyczących weryfikacji wyjaśnień złożonych przez Odwołującego MKP przez Zamawiającego i nieprzedstawienia następnie notatek służbowych z rozmów telefonicznych czy też korespondencji email Izba wskazuje, że po pierwsze Zamawiający uprawniony był do takiej weryfikacji. Po drugie, sam fakt niezałączenia notatek pozostaje w ocenie Izby bez wpływu na ocenę czynności Zamawiającego, ponieważ Zamawiający w treści pisma z 29 października 2021 r. zreferował poczynione ustalenia wskazując tym samym powody podjęcia tej decyzji, do których Odwołujący MKP mógł się odnieść.

Jak już wspomniano wyżej kwestia rezerwy wskazanej w wyjaśnieniach 1 w tabeli wers 2 również jest dla Izby wątpliwa. Z opisu tej rezerwy wskazanego w tabeli wynika, że została ona przewidziana na wskazany tam cel, z opisu zawartego pod tabelą wynika kolejne jej przeznaczenie(bez wskazania konkretnych kodów), natomiast w załączniku 1 do odwołania Odwołujący MKP w pkt 9 i 10 wskazuje kolejne przeznaczenie tej samej rezerwy. W ocenie Izby takie powoływanie się na tę rezerwę w każdej sytuacji, gdy Zamawiający zarzuca Odwołującego MKP brak dostatecznego wyjaśnienia danej kwestii poddaje w wątpliwość wiarygodność wyjaśnień. W szczególności odnotowania wymaga, że w wyjaśnieniach 1 gdzie Odwołujący MKP omawiał poszczególne elementy kalkulacji nie opisał szczegółowo przeznaczenia rezerwy, a powoływanie się na nią na etapie postępowania odwoławczego w celu uzasadnienia prawidłowości skalkulowania kwestionowanych w decyzji o odrzuceniu oferty kosztów budzi wątpliwości co do wiarygodności wyjaśnień w tym zakresie.

W zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego MKP podanej w pkt 2 pisma z 29 października 2021 r. Izba wskazuje, że choć w załączniku 1 do odwołania w pkt 20-22 Odwołujący MKP wyjaśnił jak wyliczył średnią cenę za 1 Mg zagospodarowania odpadów o wskazanych w tym piśmie kodach to jednak na etapie weryfikacji wyjaśnień mogło to budzić wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący MKP w ocenie Izby nie przedstawił w tym zakresie dostatecznie jasnych wyjaśnień. Ponadto słusznie wskazuje Zamawiający, że cena jednostkowa służy następnie rozliczeniom, a ponadto wskazane w formularzu oferty ilości są pewnym szacunkiem. Choć Odwołujący MKP mógł w ten sposób skalkulować cenę oferty (tj. przyjmując uśrednione stawki), to jednak składając Zamawiającemu wyjaśnienia powinien był to zrobić w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości, bowiem nie jest rolą Zamawiającego domyślanie się sposobu kalkulacji danej ceny, powinien być on przez Odwołującego MKP opisany w sposób nie budzący wątpliwości. Skoro Odwołujący MKP złożył Zamawiającemu dowody to powinien do nich w treści wyjaśnień referować i je opisać a ocena dowodu powinna się sprowadzać do weryfikacji, czy potwierdza on złożone wyjaśnienia.

Argumentacja Zamawiającego odnosząca się do kosztu zagospodarowania kodu odpadu 20 03 01 w ocenie Izby budzi zastrzeżenia. Wnioski Zamawiającego z oceny złożonych przez Odwołującego MKP wyjaśnień 1 i 2 są zdaniem Izby zbyt daleko idące. Mając na uwadze dowody załączone przez Odwołującego MKP oraz treść wyjaśnień dotyczącą tego zakresu Izba zauważa, że Zamawiający zupełnie pominął, że wszystkie przedstawione umowy są ważne i aktualne a sama okoliczność, że Odwołujący MKP rzadko korzysta z danej umowy nie może być podstawą do podważania wiarygodności powoływania się na nią skoro umowa ta nadal jest aktualna. Ponadto w czasie rozprawy Odwołujący MKP przedstawił dowód potwierdzający aktualność ceny przyjętej do kalkulacji oferty dla tego kodu odpadu. Izba zgadza się z Zamawiającym, że możliwa jest zmiana tej ceny, jednak zauważyć należy, że na tę okoliczność Odwołujący przewidział rezerwę, którą wskazał w wyjaśnieniach 1 w wersie 2 tabeli, wskazując taki właśnie jej cel (tj. podwyżkę cen zagospodarowania odpadów).

W zakresie samego transportu do instalacji w ocenie Izby Odwołujący MKP wyjaśnił ten koszt w wyjaśnieniach 2 w pkt Ad. 4, w tym przyjęte założenia co do drogi powrotnej. Izba nie podważa tych założeń ale jednocześnie wskazuje, że nie jest jasne czy zawsze założenie to będzie możliwe do zrealizowania bez względu na to, do jakiej instalacji będą transportowane odpady. Brakuje w tym zakresie jasnego pokazania kiedy takie założenie może się nie udać, jakie wobec tego zostaną poniesione koszty przez Odwołującego MKP i tym samym w jakim zakresie mogłaby z tego tytułu zostać naruszona rezerwa, na której użycie Odwołujący MKP tak często się powołuje. Słusznie również wskazał Zamawiający, że budzi wątpliwości okoliczność, iż wyjaśniając w wyjaśnieniach 1 koszty pracownicze

Odwołujący MKP pominął zupełnie ich część odnoszącą się do transportu do instalacji wyjaśniając ten zakres dopiero w wyjaśnianych 2. Twierdzenie o „ukryciu" kosztu odnoszącego się do pracy kierowców w koszcie transportu na etapie wyjaśnień 2 powoduje,

że złożone wyjaśnienia są mało wiarygodne i niemożliwe do zweryfikowania. Porównanie

wyjaśnień 1 i 2 w omawianym zakresie ukazuje duży stopień ogólności wyjaśnień 1 odnoszących się do kosztu transportu do instalacji. Wyjaśnienia 2 w pkt Ad. 4 cechują się znacznym stopniem szczegółowości. Niemniej jednak jest wątpliwe, że z jednej strony Odwołujący MKP podaje przyjęte dla kalkulacji założenie (vide: wyjaśnienia 2, Ad. 4 akapit 3 od końca strony), po to aby na następnej stronie wyjaśnić, że w razie gdyby to założenie nie zostało zrealizowane, przewidział rezerwę, gdyż kalkulacja jest „ostrożna".

Słusznie zdaniem Izby wątpliwości Zamawiającego wzbudziła przyjęta przez Odwołującego MKP długość trasy po Legionowie i poczynione w tym zakresie założenia. Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego MS-EKO, że założenia te nie zawsze będą miały szansę się ziścić chociażby z uwagi na konieczność odbierania odpadów z ulic o znacznym natężeniu ruchu co uniemożliwi zebranie wszystkich odpadów przy jednokrotnym pokonaniu odległości oraz chociażby z uwagi na konieczność obsługi tzw. „ślepych" ulic, które aby opuścić trzeba dwa razy pokonać odległość. Odwołujący MKP w ogóle nie wykazał aby dokonał analizy ulic z których będzie się obywał odbiór odpadów i która potwierdzałaby poczynione założenia co do odległości jaka jest do pokonania po samym mieście Legionowo.

Odnosząc się do sposobu kalkulacji kosztów paliwa przez Odwołującego MKP, jest bezsporne, że Odwołujący MKP przyjął do kalkulacji dane historyczne a złożone wyjaśnienia nie pozwalają przypuszczać aby Odwołujący MKP wziął pod uwagę wzrost cen paliwa. Niewątpliwie na potrzeby kalkulacji przyjęta przez Odwołującego MKP cena za 1 l paliwa jest zarówno na moment wyjaśnienia ceny ofert jak i na moment orzekania ceną bardzo optymistyczną lecz raczej mało realną, uwzględniając aktualny poziom cen oraz tendencję wzrostową. Odwołujący MKP powołał się też na udzielany mu rabat, jednak w tym zakresie

nie przedstawił żadnych dowodów. Nie jest więc możliwa weryfikacja zasad na jakich ten rabat jest mu udzielany, w tym czy czas na jaki Odwołującemu MKP rabat został udzielony obejmuje cały czas trwania umowy o to zamówienie publiczne. Powołanie się na rezerwę też nie rozwiewa wątpliwości bowiem nie jest jasne na jakie jeszcze inne cele została ona przeznaczona.

W zakresie podniesionych przez Zamawiającego w piśmie z 29 października 2021 r. wątpliwości co do prawidłowej liczby pojazdów Izba wskazuje, że Zamawiający skoncentrował swoją uwagę na ilości pojazdów, pomijając ich ładowność, natomiast w treści

wyjaśnień Odwołujący MKP wskazał ładowność większą niż opisana w OPZ przez Zamawiającego. Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego MS-

EKO, że przyjęta liczba ładowaczy jest na bardzo niskim poziomie, jednak dostrzeżenia wymaga, że w treści OPZ nie było w tym zakresie żadnych wymogów. Twierdzenie Odwołującego MKP z rozprawy jakoby została przewidziana rezerwa na pomocników (vide: str. 7 protokołu posiedzenia i rozprawy z 6 grudnia 2021 r.) nie znajduje w ocenie Izby oparcia w złożonych wyjaśnieniach 1 i 2.

Słusznie również wskazał Zamawiający, że wątpliwym jest uwzględnienie przez Odwołującego MKP uwzględnienie odpadów zielonych zarówno dla zabudowy wielorodzinnej jak i jednorodzinnej. Nie jest dla izby jasne wyjaśnienie tej kwestii zawarte w załączniku 1 do odwołania w pkt 43.

Reasumując, w ocenie Izby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego MKP była prawidłowa, gdyż udzielone wyjaśnienia nie poddają się obiektywnej weryfikacji i dlatego ocenić je należy jako wątpliwe, w szczególności w zakresie założenia poczynionego w zakresie zysku ze sprzedaży odpadów surowcowych, długości tras po Legionowie oraz kwestii kalkulacji kosztów w sposób, który jest mało przejrzysty i trudny do zweryfikowania. Wątpliwości budzą też założenia co do przyjętych rezerw, bowiem choć cena Odwołującego MKP nie odbiega znacznie od ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, to złożone wyjaśnienia mimo że są obszerne, nie są w ocenie Izby rzetelne. Na uwagę zasługuje okoliczność, że niemalże przy każdym koszcie Odwołujący MPK zakłada pewne rezerwy powołując się na nie przy niemalże każdym punkcie kalkulacji. Jest to w ocenie Izby mało wiarygodne.

Odnosząc się do złożonych w sprawie licznych wniosków dowodowych, Izba wskazuje, że postanowiła oddalić wnioski zgłoszone przez Przystępującego MS-EKO jako niemające w ocenie Izby znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Na uwagę zasługuje okoliczność, że złożone przez Odwołującego MKP wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były w znakomitej większości zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa co utrudniało Przystępującemu MS-EKO bezpośrednie referowanie do ich treści i podjęcie skutecznej plemniki. Podobnie złożone w sprawie dowody nie odnoszą się bezpośrednio do treści tych wyjaśnień, stąd w ocenie Izby ich przydatność dla rozstrzygnięcia sporu jest mocno ograniczona. Ponadto, zdaniem składu orzekającego zasadnicze dla oceny prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności objętej odwołaniem, mają treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wraz z dowodami oraz treść uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego MKP.

sygn. akt KIO 3307/21

W ocenie Izby czynność Zamawiającego z 29 października 2021 r. polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego Partner była prawidłowa w zakresie pierwszej podstawy odrzucenia oferty oraz częściowo w zakresie drugiej postawy.

Odnosząc się do pierwszej podstawy odrzucenia oferty, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z 19 sierpnia 2021 r. Odwołujący Parter udzielił 30 sierpnia 2021 r. wyjaśnień, które ocenić należy jako ogólne i lakoniczne. Ponadto wyjaśnienia te nie poddają się weryfikacji z uwagi na przedstawienie wątpliwego materiału dowodowego, który został poddany znacznej anonimizacji w zakresie przede wszystkim uniemożliwiającym identyfikację podmiotów na współpracę z którymi Odwołujący Partner się powołuje. Podkreślenia ponadto wymaga, że Odwołujący Partner mimo wezwania zaniechał przedstawienia Zamawiającemu kalkulacji ceny oferty, w tym kosztów pracy czy kosztów paliwa, a więc istotnych części składowych ceny oferty.

Z możliwością zastosowania omawianej podstawy odrzucenia oferty mamy do czynienia nie tylko w sytuacji, gdy dowiedzione zostanie, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską ale również w sytuacji zaniechania złożenia wyjaśnień w ogóle albo złożenia

wyjaśnień zbyt ogólnych, lakonicznych, niewystarczających dla oceny zaoferowanej ceny oferty lub niewyjaśniających ceny w sposób należyty, co miało miejsce w tym postępowaniu.

Mając na uwadze natomiast drugą podstawę wykluczenia oferty Odwołującego Partner, Izba wskazuje, co następuje. W pierwszej kolejności wskazać należy że Zamawiający na str. 8 w par 9 SWZ przewidział zastosowanie przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ustawy Pzp. Jak wynika z treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Natomiast jak wynika z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej, niemniej jednak wraz ze złożeniem oferty, Zamawiający wymagał również już na tym etapie postępowania złożenia wypełnionego formularza JEDZ. Członek konsorcjum tj. PARTNER Sp. z o.o. Sp.K. w treści formularza JEDZ w części III pkt C, w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" zaznaczył odpowiedź „NIE". Natomiast jak ustalił Zamawiający, Partner sp. z o.o. był wykonawcą z którym Gmina Nieporęt podpisała umowę o zamówienie publiczne i umowa ta nie została przez tego wykonawcę wykonana z uwagi na okoliczność, że 27 grudnia 2018 r. wykonawca ten wypowiedział umowę ze skutkiem natychmiastowym, działając na podstawie art. 750 w zw. z art. 746 § 2 ustawy Kodeks cywilny. W ocenie Izby rozwiązanie umowy przed czasem bez względu na przyczynę jest okolicznością uzasadniającą zaznaczenie „TAK" w odpowiedzi na ww. pytanie formularza JEDZ. Nie jest to przy tym odpowiedź obciążająca wykonawcę np. w kontekście toczącego się sporu sądowego, lecz świadczy o rzetelnym podejściu wykonawcy do zamówienia i chęci klarownego przedstawienia zamawiającemu wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zaniechanie przedstawienia takiej informacji niewątpliwie może natomiast mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Wobec zaniechania przez członka konsorcjum Partner sp. z o.o. sp. k. udzielenia odpowiedzi twierdzącej na to pytanie Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego Partner. W tym miejscu Izba wskazuje również, że w pełni podziela stanowisko zawarte na stronie 16 i 17 odpowiedzi na odwołanie.

Natomiast Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego zawartego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Partner z uwagi na ziszczenie się przesłanki o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Przesłanka ta dotyczy w ocenie Izby sytuacji podlegających każdorazowej ocenie. Innymi słowy nie ma jednej słusznej miary według której należy stosować omawiany przepis, należy dokonywać oceny okoliczności danego przypadku. W takich sytuacjach zasadnym jest wcześniejsze wszechstronne zbadanie sprawy przez Zamawiającego w celu ustalenia czy możemy mówić o wystąpieniu „przyczyn leżących po jego (tj. wykonawcy - przyp. Izby) stronie". W tym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny stanu sprawy dysponując tylko stanowiskiem Gminy Nieporęt będącej zamawiającym w postępowaniu, w którym miało zdarzenie wiążące się z zakończeniem umowy przed czasem. Zdaniem Izby dla właściwej oceny czy zachodzą przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp zasadne, celowe i niezbędne jest wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień (selfcleaning) w oparciu o które powinna zostać podjęta decyzja o zastosowaniu omawianej podstawy wykluczenia. Powyższe nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie z uwagi na zaznaczenie odpowiedzi „NIE" w treści formularza JEDZ w odpowiedzi na ww. pytanie, jednak w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy wykluczenie Odwołującego Partner na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp jest zbyt daleko idące.

Izba postanowiła oddalić zgłoszone w sprawie wnioski dowodowe. W tym miejscu wskazać należy, że część wniosków dowodowych została przez Odwołującego Partner objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i w pełnym brzmieniu zostało one przedstawione tylko składowi orzekającemu, natomiast Zamawiający otrzymał wersję zanonimizowaną, wobec czego nie miał możliwości odnieść się do tych dowodów. Ponadto w ocenie Izby zgłoszone wnioski nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. W przypadku rozpoznania zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, dla oceny prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności ma znaczenie treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami i sposób ich oceny przez zamawiającego. Natomiast w przypadku oceny pozostałych

zarzutów istotne znaczenie ma treść przedstawionych zamawiającemu dokumentów, w tym przypadku wypełnienia formularza JEDZ.

O kosztach postępowania w obu sprawach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 w związku § 5 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....