

Sygn. akt: KIO 811/22
KIO 812/22

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 12 kwietnia 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022 r. przez wykonawcę L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W., Żory - sygn. akt: KIO 811/22 oraz KIO 812/22,

w postępowaniu prowadzonym przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., z siedzibą w Bytomiu,

przy udziale wykonawcy Dominex Sp. z o.o., z siedzibą Świętochłowicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 812/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania w sprawach o sygn. akt: KIO 811/22 oraz KIO 812/22 obciąża wykonawcę L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W., Żory i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę L. W. prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W., Żory - sygn. akt: KIO 811/22 oraz KIO 812/22 tytułem wpisów od odwołań.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 811/22
KIO 812/22

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 811/22

W dniu 21 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy L. W., wykonującego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Complex” L. W. (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Spółce Restrukturyzacji Kopalń (dalej „Zamawiający”) dokonanie niezgodnych z przepisami ustawy czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji, o wartości zamówienia nie przekraczającej kwoty 5 350 000 EURO, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą Rozbiórka 5 obiektów budowlanych wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia zlokalizowanych na terenie SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Suszcu KWK „Krupiński” — znak sprawy: ZP-K-0008/21 (dalej zwanym „Postępowaniem”) polegających na (i) odrzuceniu oferty Odwołującego; (ii) wykluczeniu Odwołującego z postępowania, w skutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia: art. 287 ust. 3 pkt 2) Pzp w zw. z art. 275 pkt 2) Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Zamawiający nie zdecydował się na przeprowadzenie negocjacji, do czego referuje przepis art. 287 ust. 3 pkt 2) Pzp; (ii) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania; (iii) art. 111 pkt 4) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, podczas gdy Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów w celu wykazania zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez Odwołującego w związku z realizacją przez niego umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r.; (iii) art. 110 ust. 2 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, bez zawiadomienia o stwierdzonych usterkach w związku z realizacją umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r., co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu skorzystanie z procedury self-cleaningu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 14 marca 2022 r. (przesłanym w dniu 15 marca 2022 r.) Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, tj. z powodu wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania stanowi art. 111 pkt 4) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp. Zdaniem Zamawiającego doszło do zawinionego niewykonania przez Odwołującego dwóch zamówień, tj. umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wywiązał się z warunków ww. umów, albowiem — wbrew przedstawionym Zamawiającemu kartom przekazania odpadów — Odwołujący miał nie przekazać żadnych odpadów podmiotom odbierającym odpady, tj. w przypadku umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r.: odpady o kodzie 17 02 04* (drewniane podkłady kolejowe) do dwóch firm: BLOWEGIEL Sp. z o.o. z s. w Katowicach (miejsce prowadzenia działalności gospodarczej Oświęcim ul. Chemików 1 / J-141) w ilości 158 ton - 8 transportów, VAMMUS Sp. z o.o. z s. Żory w ilości 125 ton 5 transportów, a w przypadku umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r.: odpady o kodzie 17 05 08 (łuczeń torowy - kruszywo) do FOXMET Sp. z o.o. Czerwionka- Leszczyny - ilości 310,3 ton - 13 transportów, odpad niebezpieczny o kodzie 17 02 04* (drewniane podkłady kolejowe) do BLOWEGIEL Sp. z o.o. z s. e Katowicach (miejsce prowadzenia działalności gospodarczej Oświęcim ul. Chemików 1/J-141) w ilości 65,3 - 4 transporty oraz odpad niebezpieczny 17 02 04* (drewniane podkłady kolejowe) do VAMMUS Sp. z o.o. z s. Żory - w ilości 310 ton - 12 transportów. Zdaniem Zamawiającego o braku przekazania odpadów zgodnie z przedstawionymi kartami przekazania odpadów miały świadczyć odpady zakopane pod powierzchnią gruntu, jakie Zamawiający stwierdził w toku czynności kontrolnych

przeprowadzonych na terenach, gdzie Odwołujący wykonywał roboty rozbiórkowe na podstawie umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r.

Po ponownym przeanalizowaniu dokumentów (w tym umów, kart przekazania odpadów, protokołów odbioru robót oraz korespondencji z Zamawiającym) Odwołujący podnosi, iż czynność odrzucenia jego oferty oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania miała miejsce z naruszeniem przytoczonych na wstępie przepisów ustawy.

Należyte wykonanie kontraktów przez Odwołującego

Na wstępie Odwołujący wskazał, że zarówno niniejsze postępowanie, jak i zamówienia realizowane na podstawie umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r. są zamówienia prowadzonymi przez tego samego Zamawiającego - SRK S.A. Zarówno w przypadku umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r., jak i umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r.

Odwołujący pod kontrolą personelu Zamawiającego należycie zrealizował oba kontrakty, co potwierdzają m.in. protokoły odbiorów. Zamawiający miał możliwość stałego, codziennego kontrolowania postępu prac prowadzonych przez Odwołującego. Roboty zostały wykonane terminowo i bez uwag ze strony Zamawiającego. W obu przypadkach Zamawiający

bezspoornie zapłacił wynagrodzenie na rzecz Wykonawcy.

Brak zawiadomienia Odwołującego o usterekach

Odwołujący wskazał, że w przypadku obu ww. kontraktów Zamawiającemu udzielono gwarancji należytego wykonania, z której Zamawiający mógł skorzystać w razie stwierdzenia usterek. Roboty rozbiórkowe na podstawie obu umów, których nienależyte wykonania Zamawiający zarzuca Odwołującemu zostały zrealizowane na terenach zdegradowanych

przemysłowo po zakończeniu wieloletniej eksploatacji złóż węgla kamiennego i działalności górniczych zakładów wydobywczych. Na terenach tych nadal istnieją niezewidencjonowane miejsca składowania różnorodnych odpadów w sposób niezgodny z aktualnymi normami obowiązującymi w tym zakresie. Odwołujący podkreślił, że po zakończeniu robót rozbiórkowych w ramach ww. kontraktów Zamawiający nie informował Odwołującego o stwierdzeniu jakichkolwiek usterek, w tym w szczególności istnienia nieusuniętych odpadów zasypanych gruntem. Zamawiający nie kierował do Odwołującego roszczeń gwarancyjnych w formie reklamacji. Podobnie, Zamawiający nie kierował do Odwołującego żądań usunięcia usterek lub innych roszczeń w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego o rękojmi za wady.

Brak zawiadomienia Odwołującego o przeprowadzeniu czynności kontrolnych

Odwołujący nie został zawiadomiony o czynnościach kontrolnych, jakie w lutym czy marcu

2022 r. Zamawiający miał przeprowadzić na terenach, gdzie Odwołujący realizował przedmiot umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r. W związku z tym Odwołujący nie mógł wziąć udziału w tego rodzaju przeglądach oraz nie mógł zająć stanowiska w kwestii ewentualnych usterek stwierdzonych przez Zamawiającego.

Brak zawiadomienia Odwołującego o wynikach czynności kontrolnych i stwierdzonych wadach

Odwołujący wskazał, że przed dokonaniem czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający nie zawiadomił Odwołującego o rezultatach przeprowadzonych czynności kontrolnych i stwierdzonych wadach. Odwołującemu arbitralnie przypisano odpowiedzialność za poważne naruszenie obowiązków zawodowych w związku z realizacją umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z

dnia 28 grudnia 2020 r., bez uprzedniego umożliwienia Odwołującemu zajęcia stanowiska w kwestii stwierdzonych usterek. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów w postaci protokołów czynności kontrolnych, a na wniosek Odwołującego udostępnił jedynie zbiór fotografii, z których nie wynika ani data, ani miejsce w jakich zostały wykonane. Wobec braku umożliwienia obecności Odwołującego podczas czynności kontrolnych Odwołujący kwestionuje, że odpady ujawnione na ww. fotografiach były objęte przedmiotem zamówień realizowanych przez Odwołującego na podstawie umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r.

W ocenie Odwołującego, nawet jeżeli pewne śladowe ilości odpadów mogły przypadkowo znaleźć się w miejscu wykonywania ww. kontraktów, to nie oznacza to wprost, że doszło do zawnionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez Odwołującego w związku z realizacją przez niego umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r., bowiem Zamawiającemu przysługują stosowne roszczenia gwarancyjne z tytułu ww. umów.

W ocenie Odwołującego, wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania nastąpiło zatem przedwcześnie, z naruszeniem elementarnych zasad postępowania związanych z prawem do obrony, prawem do zabrania głosu oraz prawem do wywiązania się z obowiązków kontraktowych związanych z udzieloną gwarancją i rękojmią (pod warunkiem stwierdzenia rzeczywistych wad / usterek).

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż w związku z brakiem zawiadomienia go przez Zamawiającego o stwierdzonych usterekach w związku z realizacją umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r., Odwołującemu uniemożliwiono skorzystanie z procedury self-cleaningu.

Sygn. akr: KIO 812/22

W dniu 21 marca 2022 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji, o wartości zamówienia nie przekraczającej kwoty 5 350 000 EURO, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą Likwidacja infrastruktury kolejowej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I - Śląsk” Ruch „Śląsk” — znak sprawy: ZP-S-0012/21 (dalej zwanym „Postępowaniem”), polegających na: odrzuceniu oferty Odwołującego, wykluczeniu Odwołującego z postępowania, w skutek czego w postępowaniu doszło do naruszenia: (i) art. 287 ust. 3 pkt 2) Pzp w zw. z art. 275 pkt 2) Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Zamawiający nie zdecydował się na przeprowadzenie negocjacji, do czego referuje przepis art. 287 ust. 3 pkt 2) Pzp; (ii) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania; (iii) art. 111 pkt 4) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, podczas gdy Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów w celu wykazania zawnionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez Odwołującego w związku z realizacją przez niego umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r.; (iv) art. 110 ust. 2 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, bez zawiadomienia o stwierdzonych usterekach w związku z realizacją umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r., co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu skorzystanie z procedury self-cleaningu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 14 marca 2022 r. (przesłanym w dniu 15 marca 2022 r.) Zamawiający zawiadomiła Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, tj. z powodu wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania stanowi art. 111 pkt 4) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp. Zdaniem Zamawiającego

doszło do zawinionego niewykonania przez Odwołującego dwóch zamówień, tj. umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wywiązał się z warunków ww. umów, albowiem — wbrew przedstawionym Zamawiającemu kartom przekazania odpadów — Odwołujący miał nie przekazać żadnych odpadów podmiotom odbierającym odpady, tj. w przypadku umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r.: odpady o kodzie 17 02 04* (drewniane podkłady kolejowe) do dwóch firm: BLOWEGIEL Sp. z o.o. z s. w Katowicach (miejsce prowadzenia działalności gospodarczej Oświęcim ul. Chemików 1 / J-141) w ilości 158 ton - 8 transportów, VAMMUS Sp. z o.o. z s. Żory w ilości 125 ton 5 transportów, w przypadku umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r.: odpady o kodzie 17 05 08 (tłuczeń torowy - kruszywo) do FOXMET Sp. z o. o. Czerwionka- Leszczyzny - ilości 310,3 ton - 13 transportów, odpad niebezpieczny o kodzie 17 02 04* (drewniane podkłady kolejowe) do BLOWEGIEL Sp. z o.o. z s. w Katowicach (miejsce prowadzenia działalności gospodarczej Oświęcim ul. Chemików 1/J-141) w ilości 65,3 - 4 transporty oraz odpad niebezpieczny 17 02 04* (drewniane podkłady kolejowe) do VAMMUS Sp. z o.o. z s. Żory - w ilości 310 ton - 12 transportów. Zdaniem Zamawiającego o braku przekazania odpadów zgodnie z przedstawionymi kartami przekazania odpadów miały świadczyć odpady zakopane pod powierzchnią gruntu, jakie Zamawiający stwierdził w toku czynności kontrolnych przeprowadzonych na terenach, gdzie Odwołujący wykonywał roboty rozbiórkowe na podstawie umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r. Po ponownym przeanalizowaniu dokumentów (w tym umów, kart przekazania odpadów, protokołów odbioru robót oraz korespondencji z Zamawiającym) Odwołujący podnosi, iż czynność odrzucenia jego oferty oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania miała miejsce z naruszeniem przytoczonych na wstępie przepisów ustawy.

Należyte wykonanie kontraktów przez Odwołującego

Na wstępie Odwołujący podkreślił, że zarówno niniejsze postępowanie, jak i zamówienia realizowane na podstawie umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r. są zamówienia prowadzonymi przez tego samego Zamawiającego - SRK S.A. Zarówno w przypadku umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r., jak i umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r. Odwołujący pod kontrolą personelu Zamawiającego należycie zrealizował oba kontrakty, co potwierdzają m.in. protokoły odbiorów. Zamawiający miał możliwość stałego, codziennego kontrolowania postępu prac prowadzonych przez Odwołującego. Roboty zostały wykonane terminowo i bez uwag ze strony Zamawiającego. W obu przypadkach Zamawiający bezspornie zapłacił wynagrodzenie na rzecz Wykonawcy.

Brak zawiadomienia Odwołującego o usterekach

Odwołujący wskazał, że w przypadku obu ww. kontraktów Zamawiającemu udzielono gwarancji należytego wykonania, z której Zamawiający mógł skorzystać w razie stwierdzenia usterek. Roboty rozbiórkowe na podstawie obu umów, których nienależyte wykonania Zamawiający zarzuca Odwołującemu zostały zrealizowane na terenach zdegradowanych przemysłowo po zakończeniu wieloletniej eksploatacji złóż węgla kamiennego i działalności górniczych zakładów wydobywczych. Na terenach tych nadal istnieją niezewidencjonowane miejsca składowania różnorodnych odpadów w sposób niezgodny z aktualnymi normami obowiązującymi w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że po zakończeniu robót rozbiórkowych w ramach ww. kontraktów Zamawiający nie informował Odwołującego o stwierdzeniu jakichkolwiek usterek, w tym w

szczególności istnienia nieusuniętych odpadów zasypanych gruntem. Zamawiający nie kierował do Odwołującego roszczeń gwarancyjnych w formie reklamacji. Podobnie,

Zamawiający nie kierował do Odwołującego żądań usunięcia usterek lub innych roszczeń w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego o rękojmi za wady.

Brak zawiadomienia Odwołującego o przeprowadzeniu czynności kontrolnych

Odwołujący wskazał, że nie został zawiadomiony o czynnościach kontrolnych, jakie w lutym

czy marcu 2022 r. Zamawiający miał przeprowadzić na terenach, gdzie Odwołujący realizował przedmiot umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r. W związku z tym Odwołujący nie mógł wziąć udziału w tego rodzaju przeglądach oraz nie mógł zająć stanowiska w kwestii ewentualnych usterek stwierdzonych przez Zamawiającego.

Brak zawiadomienia Odwołującego o wynikach czynności kontrolnych i stwierdzonych wadach

Zdaniem Odwołującego, przed dokonaniem czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający nie zawiadomił Odwołującego o rezultatach przeprowadzonych

czynności kontrolnych i stwierdzonych wadach. Odwołującemu arbitralnie przypisano odpowiedzialność za poważne naruszenie obowiązków zawodowych w związku z realizacją umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r., bez uprzedniego umożliwienia Odwołującemu zajęcia stanowiska w kwestii stwierdzonych usterek. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów w postaci protokołów czynności kontrolnych, a na wniosek Odwołującego udostępnił jedynie zbiór fotografii, z których nie wynika ani data, ani miejsce w jakich zostały wykonane. Wobec braku umożliwienia obecności Odwołującego podczas czynności kontrolnych Odwołujący kwestionuje, że odpady ujawnione na ww. fotografiach były objęte przedmiotem zamówień realizowanych przez Odwołującego na podstawie umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r.

W ocenie Odwołującego nawet jeżeli pewne śladowe ilości odpadów mogły przypadkowo znaleźć się w miejscu wykonywania ww. kontraktów, to nie oznacza to wprost, że doszło do zawnionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez Odwołującego w związku z realizacją przez niego umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r., bowiem Zamawiającemu przysługują stosowne roszczenia gwarancyjne z tytułu ww. umów. Wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania nastąpiło zatem przedwcześnie, z naruszeniem elementarnych zasad postępowania związanych z prawem do obrony, prawem do zabrania głosu oraz prawem do wywiązania się z obowiązków kontraktowych związanych z udzieloną gwarancją i rękojmią (pod warunkiem stwierdzenia rzeczywistych wad / usterek). Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, iż w związku z brakiem zawiadomienia go przez Zamawiającego o stwierdzonych usterekach w związku z realizacją umowy nr e-Ru 242000823 z dnia 21 października 2020 r. oraz umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r., Odwołującemu uniemożliwiono skorzystanie z procedury self-cleaningu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Likwidacja infrastruktury kolejowej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w śląskiej KWK „Pokój - ” znak „prany: ZP-S-0012/21” (sprawa o sygn. akt: KIO 812/22) oraz postępowanie pn.: „Rozbiórka 5 obiektów budowlanych wraz likwidacją przylączu, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia zlokalizowanych na terenie SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Suszcu KWK „K.” (sprawa o sygn. akt: KIO 811/22) (dalej „Postępowania”).

Izba ustaliła, że w SWZ obu Postępowania Zamawiający przewidział fakultatywną podstawę wykluczenia wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniach. W złożonych dokumentach JEDZ, Odwołujący wskazał, że nie zachodzą wobec niego żadnego z podstaw wykluczenia określone w SWZ.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 14 marca 2022 roku, Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2, gdyż oferta złożona została przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu. W ramach uzasadnienia Zamawiający wskazał m.in., że wykluczenie Wykonawcy nastąpiło na podstawie art. 111 pkt 4 w zw. z art. 109 ust.

1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku, a to z uwagi na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych oraz nienależyte wykonanie dwóch zamówień w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, że okoliczności warunkujące wykluczenie Odwołującego z postępowania zostały ujawnione w związku z nienależytym wykonaniem umowy o nr e — RU 242000823 z dnia 21 października 2020 r. - postępowanie pn.: „Likwidacja obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział Kopalnie Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji — Rejon Polikwidacyjny Brzeszcze — Wschód z podziałem na trzy zadania: Zadanie nr I — Rampa przeładunkowa służąca do lokowania kamienia xv Przecieszynie wraz z drogami technologicznymi, Zadanie nr II — Stacja załadownicza (tor z szyn) wraz z zagospodarowaniem, Zadanie III: Tor 201 od BS do JW.” oraz umowy o nr e — RU 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r. — postępowanie pn.: „Likwidacja bocznic kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Katowicach KWIC „Boże dary — Mysłowice — Wesola I”, Ruch KWK Boże Dary, Część I: z podziałem na trzy zadania: Zadanie I — Likwidacja — drogi kolejowe bocznic normalnotorowe, Zadanie II — Likwidacja — tory — 1901 — 34 mb, Zadanie III: Likwidacja — stacja kopalniana — tory.

Izba ustaliła, że Odwołujący zawarł z Zamawiającym umowy nr e-Ru 112100014 z dnia 28 grudnia 2020 r. (dalej „Umowa Boży Dar”) oraz nr e — RU 242000823 z dnia 21 października 2020 r. (dalej „Umowa Brzeszcze”, łącznie z Umową Boży Dar, „Umowy”).

Izba ustaliła, że stosownie do treści SIWZ w obu Postępowaniach, Wykonawca jest wytwórcą i właścicielem wszystkich odpadów powstałych w trakcie prowadzenia robót i zobowiązany jest je zagospodarować na własny koszt. (załącznik nr 2 do SIWZ pkt 5 ppkt 18).

Zgodnie z zawartymi umowami, wykonawca zobowiązany był do przestrzegania m.in. ustawy o ochronie środowiska. Obowiązki w zakresie utylizacji odpadów wynikały z §5 pkt 20 umowy

z dnia 28 grudnia 2020 r. - umowa KWK „Boże Dar” Mysłowice Wesola I” i §4 pkt 2 ppkt 10 umowy z dnia 21 października 2020 r. — umowa z KWK CL, Rejon Polikwidacyjny Brzeszcze. Izba ustaliła ponadto, że zgodnie z §4 ust. 2 pkt 3 lit. K, Ł, Y Umowy Brzeszcze, wykonawca był zobowiązany do realizacji robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, wiedzy technicznej, przy zastosowaniu obowiązujących przepisów prawa, norm i warunków technicznych tj.:

Usuwać na bieżąco na własny kosztów odpadów i śmieci powstałe w trakcie realizacji prac;

- Przedsięwziąć środki ograniczające wpływ prowadzonych spraw na środowisko naturalne, a w szczególności zabezpieczyć przed zanieczyszczeniami grunty szkodliwymi substancjami, segregacji i ewidencji powstałych odpadów, gospodarowania powstałymi odpadami zgodnie z Ustawą o odpadach.

Izba ustaliła, że zgodnie z §7 ust. 5 w/w umowy wykonawca był zobowiązany do przedstawienia m.in. oświadczenia, że wykonane prace zostaną wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną, przepisami i normami, wymogami SIWZ oraz kart przekazania i utylizacji odpadów. W §8 Umowy Brzeszcz opisane zostały zasady podwykonawstwa. Zgodnie z § 8.1.1 wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie z §8.1.15 umowy o podwykonawstwo będą zawierane z dalszymi podwykonawcami na tych samych zasadach co umowy z podwykonawcami. Ponadto, zgodnie z §8.5 umowa o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami winna być sporządzona w języku polskim w formie pisemnej. Do umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami stosuje się zapis wynikające z niniejszego paragrafu. Zgodnie z §8.15, wykonawca ponosi odpowiedzialność wobec Zamawiającego za podwykonawców i osoby trzecie, którymi będzie się posługiwał przy realizacji przedmiotu umowy, jak za swoje własne działania lub zaniechania. Izba ustaliła, że tożsame regulacje zostały zawarte w Umowie Boży Dar i odpowiednio w §4 ust. 1 pkt 1, 20, §7, §8 i §9 umowy.

Izba ustaliła, że w ramach Umowy Brzeszcze, Odwołujący zawarł ze spółką Foxmet sp. z o.o. w dniu 3 listopada 2020 r. umowę o podwykonawstwo, na podstawie, której to umowy spółka Foxmet zobowiązała się do wykonania zamówienia na rzecz Odwołującego. Zgodnie z §8 pkt 4 w/w umowy, umowy o podwykonawstwo będą zawierane z dalszymi podwykonawcami na tym samych zasadach co z Podwykonawcą. Izba ustaliła, że również w ramach realizacji Umowy Boży Dar, Odwołujący zawarł tożsamą umowę ze spółką Foxmet w dniu 25 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający, w zakresie Umowy Boży Dar, dokonał odbioru wykonania zamówienia, bez zastrzeżeń. Potwierdzają to protokoły odbioru robót z dnia 24 marca 2021 r., 26 lutego 2021 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu Karty Przekazania Odpadów. Izba ustaliła, że zgodnie z informacjami zawartymi w złożonych kartach, spółka Foxmet Sp. z o.o. bądź to sama przyjęła niebezpieczne odpady w postaci podkładów kolejowych, bądź to przekazała je do spółki BioWęgiel Sp. z o.o., bądź to do spółki Vammus sp. z o.o.

W zakresie Umowy Brzeszcze, Zamawiający dokonał odbioru wykonania zamówienia, bez zastrzeżeń. Potwierdza to protokół odbioru robót z dnia 4 lutego 2021 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu Karty Przekazania Odpadów. Izba ustaliła, że zgodnie z

informacjami zawartymi w złożonych kartach, spółka Foxmet Sp. z o.o. przekazała odpady niebezpieczne w postaci podkładów kolejowych do spółki BioWęgiel Sp. z o.o., bądź to do spółki Vammus sp. z o.o.

Izba ustaliła, że do akt postępowania zostało złożone oświadczenia spółki Vammus (bez daty), w którym spółka ta oświadcza, iż w dniach od 14 - 17 grudnia 2022 r. przyjęła odpady o kodzie 17 02 04 (podkłady kolejowe) w związku z likwidacją infrastruktury kolejowej na terenie Gminy Brzeszcze w ilości 125,000 ton. Izba ustaliła, że w treści oświadczenie nie jest

wskazane od kogo owe odpady zostały przyjęte.

Do akt postępowania została również złożona umowa Konsorcjum z dnia 29 czerwca 2020 r. zawarta pomiędzy EKO - Energia A. A. oraz BioWęgiel sp. z o.o., zgodnie z którą strony

związały pomiędzy sobą konsorcjum w celu realizacji zamówień polegających na odbiorze

odpadów o kodach 17 01 06 oraz 17 02 04, zgodnie z decyzją nr WOD.6233.78.2017, wydaną dla spółki BioWęgiel. Spółka ta zgodnie z umową była zobowiązana do zapewnienia

obioru dostarczonego odpadu od zleceniodawcy, kontroli jakości dostarczonego odpadu,

prowadzenia kart ewidencji oraz kart przekazania odpadów. Ponadto, Izba ustaliła, że spółka

EKO - Energia wystawiało na rzecz spółki Foxmet faktury za wykonanie usługi odbioru/transportu odpadów o kodzie 17 02 04. Do akt postępowania zostały złożone

również potwierdzenia przelewów przez Foxmet na rzecz Eko - Energia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 21 lutego 2022 r. złożył zawiadomienie o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa dokonanego w okresie od 21 października 2020 r. do 1 marca 2021 r. w Przecieszynie gmina Brzeszcze i innych miejscowościach przez

Odwołującego, w ten sposób że poświadczył nieprawdę w dokumentacji z wykonanych robót

budowlanych dotyczących realizacji umowy nr ZP — KCL — 0020/20 z dnia 21 października 2020 r., pn.: „Likwidacja obiektów budowlanych dla SRIC S.A. w Bytomiu Oddział Kopalnie Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji — Rejon Polikwidacyjny Brzeszcze — Wschód, zdanie III: „Tor 201 od BS do JW” oraz wprowadził w błąd SRIC S.A., co do realizacji przedmiotu zamówienia, poprzez ukrycie i zasypanie na terenie poddanym rekultywacji materiałów niebezpiecznych w postaci skażonych podkładów kolejowych, czym doprowadził Zamawiającego do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Izba ustaliła, że w treści uzasadnienia Zamawiający wskazał na następujące okoliczności: „w okresie od 7 lutego do 16 lutego 2022 r. w miejscowości Przecieszyn gm. Brzeszcze w miejscu realizacji zadania: „Likwidacja obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu oddział Kopalnie Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji — Rejon Polikwidacyjny Brzeszcze Wschód” — Zarząd Centralnego Biura Śledczego Policji w Katowicach przy udziale

Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Krakowie prowadził czynności procesowe (ogłędziny/eksperyment) na działkach nr 1023/2, 2497/82, 2497 /84 stanowiących własność SRIC S.A. Oddział KWK w Całkowitej Likwidacji, Rejon Polikwidacyjny Brzeszcze Wschód." Zamawiający wskazał, że w wyniku przeprowadzonych czynności procesowych, ujawniono znaczącą ilość podkładów kolejowych, które nie zostały przekazane do utylizacji.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniach nie potwierdziły się, co skutkowało oddaleniem obu odwołań.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. Przepis ten stanowi jedną z fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy, określonych w dyrektywie. Zgodnie z art. 57 ust. 4c przywołanej dyrektywy, wykonawca podlega wykluczeniu "jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość".

Izba zwraca uwagę, że art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp umożliwia zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe. Ustawodawca przykładowo wskazał, iż z takim naruszeniem mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Katalog zawinionych poważnych naruszeń obowiązków zawodowych jest katalogiem otwartym.

Zastosowanie omawianego przepisu wymaga po pierwsze ustalenia obowiązku zawodowego, jaki ciążył na wykonawcy. Po drugie, ustalenie elementu zawinienia w działaniu wykonawcy. Po trzecie stwierdzenia, iż zawinionemu naruszeniu można przysypiać przymiot „poważności”, a więc wykazania istotności naruszenia. Przy czym dokonując takiej oceny zamawiający winien kierować się zasadą proporcjonalności, do czego ustawodawca wprost referuje w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiącym, że zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Izba wskazuje, że zastosowanie art. 109 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od Zamawiającego posiadania stosownych środków (dowodów) na wykazanie, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego. Przy czym zaznaczyć należy, że zakres obowiązku dowodowego zamawiającego jest ściśle skorelowany z naruszeniem danego obowiązku zawodowego przez wykonawcę. Zdaniem Izby, zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie wymaga posiadania przez zamawiającego prawomocnego orzeczenia sądu o naruszeniu/niewykonaniu określonych obowiązków umownych czy też prawomocnego wyroku w sprawie karnej. Celem omawianego przepisu jest umożliwienie zamawiającym wykluczenia z postępowania wykonawców, których uczciwość jest kwestionowana z uwagi na stwierdzone przez zamawiającego uchybienia w realizacji obowiązków zawodowych. W przypadku wykroczenia zawodowego rozmiennego jako nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z zawartej umowy, podstawę wykluczenia stanowi ocena okoliczności faktycznych ustalonych przez zamawiającego w związku ze stwierdzonym naruszeniem. Ocenie podlega konkretne zachowanie wykonawcy w toku lub po zakończeniu wykonywania.

Odnosząc powyższe do okoliczności faktycznych analizowanych spraw, Izba wskazuje, że podstawą wykluczenia Odwołującego było nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z realizacji Umowy Boży Dar oraz Umowy Brzeszcze. Zdaniem Izby Zamawiających dokonał prawidłowej oceny okoliczności faktycznych sprawy i zasadnie wykluczył Odwołującego na

podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że zgodnie postanowieniami Umowy Brzeszcze oraz Umowy Boży Dar, wykonawca był zobowiązany do realizacji robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej,

wiedzy technicznej, przy zastosowaniu obowiązujących przepisów prawa, norm i warunków technicznych. Ponadto, wykonawca - Odwołujący stał się właścicielem, innych niż złom odpadów i zobowiązany był do ich usunięcia na własny koszt i ryzyko, przy zachowaniu wymogów prawa, w tym dotyczących ochrony środowiska i transportu drogowego oraz odpadów. Ponadto, obie Umowy w sposób jednoznaczny stanowiły, że umowy o podwykonawstwo będą zawierane z dalszymi podwykonawcami na tych samych zasadach co umowy z podwykonawcami oraz, że winny być sporządzone w języku polskim w formie pisemnej. Obie Umowy jednoznacznie wskazywały, że Odwołujący ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechania podwykonawców i osób trzecich z pomocą, których wykonuje zamówienie jak za właśnie działania. Zdaniem Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, mnogości podmiotów gospodarczych zaangażowanych w proces realizacji spornych zamówień, nieistniejących pisemnych relacji umownych pomiędzy dalszymi podwykonawcami zaangażowanymi w realizację zamówień wbrew wymaganiom określonym w obu Umowach, brak jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego fakt utylizacji podkładów kolejowych w sposób zgodny z przepisami prawa oraz zlokalizowanie przez Zamawiającego w miejscu wykonywania spornych zamówień przez Odwołującego ukrytych pod ziemią podkładów kolejowych, stanowią wystarczającą podstawę do uznania, iż wykonawca w sposób nienależyty wykonał zobowiązanie umowne polegające na zagospodarowaniu odpadów niebezpiecznych, co podważa jego uczciwość jako profesjonalisty dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówień na rzecz zamawiającego. Zdaniem Izby, działaniu Odwołującego można przypisać co najmniej rażące niedbalstwo, przejawiające się w tym, iż Odwołujący jako profesjonalista nie podjął żadnych działań zapewniających prawidłowy proces utylizacji odpadów niebezpiecznych przez swoich podwykonawców (za działanie, których ponosił pełną odpowiedzialność), w tym, wbrew postanowieniom Umowy Brzeszcze oraz Umowy Boży Dar, w realizację zamówienia zostali zaangażowani dalsi podwykonawcy, bez podpisania jakichkolwiek umów (wbrew obowiązкови wynikającemu z Umów), które gwarantowałyby prawidłowe wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Po pierwsze Izba uznała za wiarygodne dowody złożone przez Zamawiającego w postaci dokumentacji fotograficznej, jaka była sporządzona podczas czynności kontrolnych przeprowadzonych w związku z prowadzonym śledztwem o sygn. PO II Ds. 77.2020. Zdaniem Izby nie ma żadnych obiektywnych przesłanek do omówienia wartości dowodowej złożonej dokumentacji. Okoliczność, iż zdjęcia to nie były wykonane w obecności Odwołującego nie ma znaczenia dla sprawy. Odwołujący mógł wystąpić do Prokuratury o uzyskanie informacji czy rzeczywiście były przeprowadzone czynności kontrolne w ramach prowadzonego śledztwa jak również wystąpić o dostęp do dokumentacji. Takich działań wykonawca nie podjął, negując wartość dowodową dokumentacji fotograficznej wyłącznie ogólnymi stwierdzeniami.

Po drugie, Odwołujący nie przedstawił żadnego innego wiarygodnego i logicznego uzasadnienia w jaki sposób tak znaczna ilość odpadów została zlokalizowana na terenie, na którym wykonywane były zamówienia przez Odwołującego. Jak wskazał Zamawiający, w

ramach umowy nr e - RU 242000823 dokonano zasypania odpadów w ilości 158 ton w miejscu prowadzenia prac związanych z likwidacją torowiska - Tor 20, na działce nr 1023/2 w miejscowości Przecieszyn. Natomiast w ramach umowy nr e - RU 112100012 z dnia 28 grudnia 2020 r. dokonano zasypania 310 ton podkładów kolejowych w miejscowości, w której prowadzone były prace związane z likwidacją torowiska na działce nr 1183/47 w miejscowości Katowice, stanowiącej własność Zamawiającego. Okolicznością bezsporną jest to, że odpady zostały zakopane w miejscu prowadzenia prac przez Odwołującego w ramach w/w umów. W odniesieniu do Umowy Boży Dar, jak wskazał Zamawiający, zaś Odwołujący okoliczności przeciwnych nie wykazał, teren wykonywania prac był terenem ochranianym 24h na dobę, w związku z czym nikt oprócz Odwołującego lub jego podwykonawców nie miał wstępu na teren nieruchomości w trakcie wykonywania prac. Odwołujący mógł wykonywać pracę zmianowo, nadzór zaś wykonywany przez Zamawiającego dotyczył wyłącznie godzin 6:00 - 14:00. Trudno zatem w jakikolwiek inny racjonalny sposób uzasadnić, iż podkłady kolejowy zostały zakopane przez nieznaną Odwołującemu osobę, która przyjechała na teren prowadzonych robót i dokonała wykopu na głębokość 9 metrów, w sposób niezauważalny przez Odwołującego.

Po trzecie, w świetle dokumentacji dowodowej złożonej przez Odwołującego nie sposób ustalić na jakich zasadach dokonywana była utylizacja podkładów kolejowych. Jak wynika ze złożonych dokumentów, w realizację zamówienia były zaangażowane następujące podmioty: Odwołujący, podwykonawca Foxmet sp. z o.o., EKO - POL Energia A. A., BioWęgiel Sp. z

o.o. oraz Vammus sp. z o.o. Przy czym jednym znanym Zamawiającemu podwykonawcą

była spółka Foxmet sp. z o.o. Odwołujący nie złożył żadnych umów o dalsze podwykonawstwo zawartych pomiędzy spółką Foxmet Sp. z o.o., a EKO - POL Energia A. A., czy BioWęgiel Sp. z o.o. czy spółką Vammus. Nie ma żadnego dowodu w sprawie na

potwierdzenie zasad i warunków wykonywania zagospodarowania odpadów

niebezpiecznych przez EKO - POL Energia A. A., BioWęgiel Sp. z o.o. czy spółki Vammus. Mamy więc od czynienia z sytuacją w której odbiór i utylizacja odpadów niebezpiecznych

zostały rzekomo wykonane zgodnie z Umowami i przepisami prawa, przy czym, nie ma żadnego potwierdzenia na piśmie warunków i zasad wykonania takiego odbioru i utylizacji.

Nie ma żadnych pisemnych ustaleń kontraktowych pomiędzy podwykonawcą Foxmet, a spółką BioWęgiel czy EKO - POL, jak również spółką Vammus. To zaś oznacza, że

Zamawiający nie ma żadnej możliwości weryfikacji sposobu wykonania Umów i zgodności działania w/w podmiotów z przepisami prawa.

Po czwarte, Odwołujący nie wykazał w jaki sposób nastąpiła utylizacja podkładów kolejowych czy to przyjętych przez spółkę Foxmet czy też przez spółkę BioWęgiel czy spółkę Vammus. Należy wskazać, że zgodnie postanowieniami Umów, Odwołujący stał się właścicielem odpadów niebezpiecznych i to na Odwołującym ciążył obowiązek ich utylizacji. To do wyłącznej decyzji Odwołującego należało rozstrzygnięcie czy owe odpady niebezpieczne zagospodaruje, w tym zutylizuje samodzielnie czy też z udziałem podwykonawców. To Odwołujący był stroną umowy z Zamawiającym i zobowiązanie to zostało nałożone na Odwołującego. Odwołujący winien zatem podjąć działania w celu należytego wykonania takiego zobowiązania, a tym bardziej wykazania Zamawiającemu w razie sporu, w jaki sposób zobowiązanie to zostało należycie wykonane. Jak wynika ze złożonych kart odbioru odpadów, podkłady kolejowe zostały przekazane do utylizacji albo spółce Foxmet Sp. z o.o, albo spółce BioWęgiel albo spółce Vammus sp. z o.o. Ze zgromadzonych dowodów nie wynika jednakże w jaki sposób podmioty te dokonały utylizacji odpadów. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 27 ust. 3b ustawy o odpadach, wytwórca odpadów niebezpiecznych, z wyłączeniem wytwórcy pojazdów wycofanych z eksploatacji oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, jest zwolniony z odpowiedzialności za gospodarowanie tymi odpadami z chwilą przekazania ich do ostatecznego procesu odzysku lub ostatecznego procesu unieszkodliwienia przez posiadacza odpadów prowadzącego taki proces. Zdaniem Izby, z okoliczności faktycznej sprawy, wynika, że odpady te uległy „utylizacji” poprzez ich zakopanie na terenach prowadzonych przez Odwołującego robót. Na potrzeby zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5) wtórne znaczenie ma to czy zrobił to sam Odwołujący czy we współpracy z podwykonawcami. Odwołujący ponosi pełną odpowiedzialność względem Zamawiającego za należyte wykonanie umowy również przez swoich podwykonawców i osoby trzecie z pomocą których realizował zamówienie, a niewątpliwie spółka Foxmet działała jako podwykonawca Odwołującego, zaś spółka BioWęgiel oraz Vammus działały jako dalsi podwykonawcy. Spółka Foxmet nawiązała z tymi podmiotami relacje handlowe i jak wynika z kart przekazania odpadów, podmioty te ustaliły między sobą, że odbiorą odpady niebezpieczne, a więc wykonają część zamówienia w imieniu Odwołującego. Izba podkreśla, że Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów czy okoliczności na wykazanie, iż utylizacja odpadów niebezpiecznych powstałych w ramach realizacji Umów nastąpiła w legalny sposób, inny niż poprzez ich zakopanie. Izba podkreśla, że karta przekazania odpadów jest wystawiana w momencie przekazania odpadu niebezpiecznego do jego odzysku lub unieszkodliwienia, a nie w momencie wykonania operacji ostatecznego zagospodarowania odpadów, o czym mowa w art. 27 ust. 3b. Zdaniem Izby, na Odwołującego był nałożony obowiązek utylizacji niebezpiecznych odpadów w postaci podkładów kolejowych, zgodnie z przepisami prawa oraz postanowieniami Umów, bowiem to Odwołujący stał się właścicielem odpadów niebezpiecznych i był zobowiązany do ich zagospodarowania zgodnie z obowiązującym przepisami prawa, a więc również ustawą o odpadach. Okoliczność tą Odwołujący, jako strona umowy z Zamawiającym, winien potwierdzić odpowiednimi dowodami. Skoro Odwołujący zdecydował się na przekazania podwykonawcy tj. spółce

Foxmet wykonania zamówienia, to również Odwołujący, jako profesjonalista, winien zabezpieczyć swoje interesy poprzez odpowiednie ustalenia kontraktowe z odbiorcami odpadów zasad ich utylizacji i wykazania, iż rzeczywiście miała ona miejsce i została wykonana w sposób wymagany przepisami prawa. W analizowanym zaś stanie faktycznym następuje rozmycie relacji kontraktowych pomiędzy poszczególnymi podmiotami zaangażowanym w realizację zamówień. I o ile Odwołujący przekazał Zamawiającemu karty przekazania odpadów, to ta okoliczność nie stanowi, zadaniem Izby, dowodu na wykazanie należytego wykonania zobowiązania umownego polegającego na zagospodarowaniu, a więc również utylizacji odpadów niebezpiecznych w postaci podkładów kolejowych. Zdaniem Izby

Odwołujący przypisać należy rażące niedbalstwo przejawiające się w bierności co do weryfikacji sposobu wykonania zamówienia przez podwykonawcę i dalszych podwykonawców. Odwołujący mając karty przekazania odpadów nie podjął żadnych czynności w celu wyjaśnienia udziału kolejnych podmiotów w procesie przyjmowania odpadów niebezpiecznych, relacji kontraktowych pomiędzy takimi podmiotami i środków przedsięwziętych w celu zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Nie można pominąć okoliczności, że to wyłącznie Odwołujący ubiegał się o zamówienia i to Odwołujący podjął decyzję o udziale podwykonawcy. Jako profesjonalista działający w rynku, winien dołożyć odpowiedniej staranności w procesie wykonywania zamówienia przez podwykonawcę i ewentualnego udziału dalszych podwykonawców. Przyjęcie biernej pozycji przez Odwołującego w ramach realizacji zamówienia jest wyrazem rażącego naruszenia obowiązku czuwania i zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia, do której to nikt inny jak Odwołujący zobowiązał się względem Zamawiającego podpisując stosowane umowy.

Zdaniem Izby, obowiązkiem Odwołującego wynikającym z Umów było zagospodarowanie odpadów powstałych w ramach realizacji zleceń (taki obowiązek wynika ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 2 do SIWZ, pkt 18 oraz §4 Umów). Podmiotem odpowiedzialnym względem Zamawiającego jest Odwołujący. Niezależnie więc ilu kolejnych podwykonawców zostało w bliżej nieokreślonych relacjach handlowych zaangażowanych przez spółkę Foxmet, to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania w jakiś sposób niebezpieczne odpady w postaci podkładów kolejowych zostały zagospodarowane. Zdaniem Izby, karty przekazania odpadów nie są dowodem na wykazanie, iż zagospodarowanie niebezpiecznych odpadów nastąpiło zgodnie z przepisami prawa. Są wyłącznie dowodem na to, że poza wykonawcą Foxmet zaangażowane były inne podmioty, nieznanne Zamawiającemu, z którymi nie były zawarte stosowane umowy, które regulowałyby sposób wykazania utylizacji odpadów. To zdaniem Izby potwierdza wyłącznie rażące zaniedbania ze strony Odwołującego w trakcie realizacji umów.

Po piąte, odnosząc się do złożonych dowodów Izba wskazuje, że dowód pn.: Sprawozdania detektywistycznego („Raport”) oraz dokumentacja fotograficzna, są dowodami

nieprzydatnymi dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Po pierwsze, Raport został opatrzony datą 6 kwietnia 2022 r. a więc bezpośrednio po ujawnieniu przez

Zamawiającego uchybień w realizacji Umów i wykluczenia Odwołującego z postępowania. Tym samym, zdaniem Izby, dokument ten został sporządzony na potrzeby postępowania

odwoławczego i na zlecenie Odwołującego, zatem stanowi wyłącznie stanowisko strony w sprawie, nie zaś niezależną opinię eksperta. Po drugie, Izba wskazuje, że podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania były nieprawidłowości stwierdzone przez Zamawiającego w związku z realizacją Umowy Boże Dary oraz Umowy Brzeszcze. Przywołane w Raporcie informacje dotyczące innych lokalizacji są bez znaczenia dla sprawy. Informacje dotyczące KWK Boże Dary są wyłącznie subiektywnym opisem oględzin miejsca dokonanych przez autora Raportu. Zdaniem Izby, biuro detektywistyczne nie jest instytucją uprawnioną i kompetentną do wnioskowania o poziomie degradacji terenu czy ustalenia kiedy podkłady kolejowe zostały zeskładowane na spornym terenie. Fakt porośnięcia podkładów kolejowych mchem nie uprawnia, zdaniem Izby, do przyjęcia tezy, że było one zakopane wiele lat temu, jak twierdzi autor Raportu. Podkłady mogły być obrośnięte mchem już w momencie ich usuwania przez wykonawcę. Podobnie, twierdzenie, że ich rozpad na mniejsze części świadczy o tym, iż były składowane od kilku lat również jest bezpodstawne. Taki bowiem rozpad na mniejsze części mógł mieć miejsce podczas ich usuwania przez Odwołującego w ramach realizacji umowy. Izba podkreśla, że gdyby rzeczywiście, jak twierdzi autor Raportu, podkłady kolejowe były składowane na spornym terenie przez wiele lat, to profesjonalny wykonawca, za jakiego należy uznać Odwołującego, już przed przystąpieniem do realizacji zamówienia, zgłosiłby taką okoliczność Zamawiającemu, aby uniknąć w przyszłości zarzutów co do pozostawiania podkładów na terenie realizacji zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym mamy zaś do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący przystąpił do realizacji obu Umów, nie zgłaszając Zamawiającemu żadnych uwag co do nieprawidłowości na terenach wykonywania zamówień. Dopiero po stwierdzeniu przez Zamawiającego nieprawidłowości w realizacji zamówień, wykonawca powołuje się na szereg uchybień Zamawiającego, zatrudnia biuro detektywistyczne, składa raporty dotyczące terenów. Zdaniem Izby ciąg działań Odwołującego wskazuje, że w momencie przystąpienia do realizacji zamówień nie wskazywał na żadne nieprawidłowości na terenie wykonywanych zleceń. Podnoszenie zaś obecnie rzekomych nieprawidłowości jest, zdaniem Izby, spóźnione i stanowi niezasadną próbę przerzucenia odpowiedzialności na Zamawiającego lub bliżej nieokreślone podmioty trzecie.

Odnosząc się do złożonych fotografii, zdaniem Izby również dowody te nie mają znaczenia dla sprawy. Po pierwsze, stanowią wyłącznie wrywkowy obraz jakiegoś bliżej nieokreślonych terenów. Po drugie, fotografie odnoszące się do miejsc, które nie dotyczą spornych

zamówień wykonanych przez Odwołującego, nie mają, zdaniem Izby, znaczenia dla sprawy. Po trzecie, nawet gdyby zgodzić się z Odwołującym, że część fotografii przedstawia teren KWK Boży Dar, to z przedłożonych zdjęć wynika wyłącznie, że na terenie znajdują się pojedyncze podkłady kolejowe, Odwołujący przejął miejsce wykonania zamówienia nie zgłaszając uwag. Można zatem przyjąć, że to Odwołujący po wykonaniu zamówienia zostawił owe podkłady na spornym terenie. Ponadto, Izba podkreśla, że wykluczenie Odwołującego z postępowania nastąpiło w związku z ujawnieniem przez Zamawiającego na terenie KWK Boży Dar, gdzie Odwołujący wykonywał roboty, dokonano zasypiania podkładów w ilości 310 ton. Podkłady kolejowe, nawet jeżeli przyjąć, iż rzeczywiście zdjęcia zostały zrobione na terenie prac wykonywanych przez Odwołującego, to pojedyncze sztuki.

Dalej Izba wskazuje, że informacje prasowe dotyczące nielegalnego składowania odpadów na terenie Brzeszcza nie mają znaczenia dla sprawy. Podobnie jak złożone fotografie. Łamanie prawa i działanie na szkodę całego społeczeństwa przez inne podmioty czy osoby, nie może stanowić argumentu do zaakceptowania zaniechań wykonawcy w ramach realizacji spornych zamówień.

Odnosząc się do złożonych pytań wykonawców dotyczących SIWZ w przetargu ZP - BD-0012/20 oraz udzielonych odpowiedzi, Izba wskazuje, że dowód ten jest bez znaczenia dla sprawy, wnioski zaś wywiedzione przez Odwołującego z treści odpowiedzi Zamawiającego nie mają żadnego pokrycia w materiale dowodowym. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał twierdzeń zawartych w złożonym dowodzie co do uchybień Zamawiającego. Również dowody dotyczące ilości złomu nie mają znaczenia dla sprawy, gdyż nie były one objęte zakresem podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego z postępowania. Odnosząc się do dowodów dotyczących umowy nr e - RU 0718000077 realizowanej przez spółkę Nomet S. N., Izba wskazuje, że do akt postępowania nie została złożona umowa jaka została podpisana z w/w wykonawcą, co uniemożliwia Izbie zweryfikowania rzeczywistego zakresu obowiązków nałożonych na wykonawcę przez Zamawiającego. Z dokumentów zaś złożonych przez Odwołującego wynika, że umowa została wykonana prawidłowo oraz że Zamawiający nie zgłaszał roszczeń gwarancyjnych. Nie sposób zatem uznać, że złożone dokumenty stanowią dowód na wykazanie, iż Odwołujący prawidłowo wykonał sporne Umowy. Izba wskazuje również, że ze złożonych dokumentów wynika, że umowa ta została zawarta w 3.08.2018 r. Zaznaczyć należy, że w 2019 r. nastąpiła zmiana ustawy o odpadach, w której wprowadzono przepis art. 27 ust. 3b określającej zakres odpowiedzialności związanej z odpadami niebezpiecznymi. Jak Izba wskazała powyżej, przepis ten ma istotne znaczenie dla uznania czy Odwołujący wykonał nałożone na niego obowiązki umowne zgodnie z przepisami prawa. Przepis ten nie obowiązywał w 2018 r.

Izba podkreśla, że istotą postępowania przetargowego jest wyłonienie wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia. Ustawodawca przewidział mechanizmy weryfikacji uczciwości i rzetelności wykonawców. Jednym z takich mechanizmów jest podstawa wykluczenia z postępowania określona w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Ustalenia dokonane w analizowanym stanie faktycznym pozwalają na przyjęcie, że w ramach realizacji Umowy Brzeszcze oraz Umowy Boży Dar wykonawca - Odwołujący był zobowiązany do zagospodarowania niebezpiecznych odpadów w postaci podkładów kolejowych, w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Takie zobowiązanie zostało nałożone na Odwołującego jako stronę Umów. Zdaniem Izby, Odwołujący uchybił temu obowiązkowi poprzez rażące zaniedbanie w nadzorowaniu sposobu wykonania zamówienia przez swojego podwykonawcę i dalszych podwykonawców. Odwołujący, w świetle postanowień umownych, był właścicielem niebezpiecznych odpadów, a zatem objęty był zakresem zastosowania art. 27 ust. 3b ustawy o odpadach w ramach realizacji w/w obowiązków umownych. Zamawiający w ramach czynności śledczych zlokalizował w miejscu prowadzonych przez Odwołującego robót ogrom ukrytych pod ziemią podkładów kolejowych. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które chociażby uprawdopodobniały, że nie są to podkłady kolejowe pochodzące z realizacji Umowy Brzeszcze oraz Umowy Boże Dar, bowiem te zostały poddane procesowi utylizacji w sposób zgodny z prawem. Przywoływane karty przekazania odpadów takim dowodem nie są, zaś spłot okoliczności w analizowanej sprawie, zachowanie samego Odwołującego pozwalają na przyjęcie, iż Odwołujący dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przejawiającego się w rażącym zaniechaniu weryfikacji działań podwykonawców i dalszych podwykonawców i zapewnieniu wykonania nałożonego na Odwołującego obowiązku umownego polegającego na zagospodarowaniu odpadów niebezpiecznych zgodnie z obowiązującemu przepisami prawa. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego o domniemaniu niewinności wykonawcy do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia ewentualnego postępowania karnego w związku z czynnościami prowadzonymi przez Prokuraturę. Postępowania przetargowe z uwagi na swoją specyfikę cechuje się odmiennymi uwarunkowaniami niż postępowanie karne. Celem czynności podejmowanych przez Zamawiającego przed wyborem wykonawcy jest podjęcie

możliwych działań mających na celu weryfikację ich rzetelności i uczciwości. Odwołujący podkreśla, że należycie wykonał Umowy, co potwierdzają m.in. protokoły odbioru robót. Należy jednak wskazać po pierwsze, że z uwagi na sposób ukrycia odpadów, Zamawiający nie był w stanie stwierdzić odbierając roboty, że odpady zostały zakopane. Po drugie, jeśli

Odwołujący jak twierdzi rzeczywiście w sposób prawidłowy wykonał zamówienia i swoje obowiązki wynikające z Umów, to byłaby w stanie przedstawić dowody i informacje w jakiś sposób jego podwykonawcy zutylizowali niebezpieczne odpady. Tego zaś nie uczynił. Jeśli zaś podkłady kolejowe, które zostały pozyskane w ramach realizacji Umów są nadal magazynowe u podmiotów, którym zostały przekazane, to w interesie Odwołującego jako strony Umów, było chociażby przedłożenie dokumentacji fotograficznej obrazującej miejsce ich magazynowania.

Odnosząc się do zarzut uniemożliwienia przez Zamawiającego skorzystania przez Odwołującego z procedury self - cleaningu określonej w art. 110 ustawy Pzp, to stanowisko Odwołującego uznać należy za niezasadne. Należy podkreślić, że zastosowanie tej instytucji jest tylko możliwe w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Brak jest zatem możliwości zastosowania jej niejako z „ostrożności”, przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia. Odwołujący neguje podstawę wykluczenia, wskazując, że roboty zostały wykonane prawidłowo. Tym samym nie ma podstaw do skorzystania przez niego z instytucji self cleaningu. Odwołujący musiałby w pierwszej kolejności przyznać okoliczność nienależytego wykonania zobowiązań umownych, czemu w toku postępowania konsekwentnie zaprzeczał.

Nie znalazł również potwierdzenia w analizowanym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 287.ust. 3 pkt 2) PZP w zw. z art. 275 pkt 2) Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Zamawiający nie zdecydował się na przeprowadzenie negocjacji, do czego referuje przepis art. 287 ust. 3 pkt 2) Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił w treści odwołań na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego w/w przepisów ustawy Pzp. Odwołujący został prawidłowy wykluczony z Postępowania, a tym samym jego oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Mają na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz § 8 ust. 2 zd. 1 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 od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: