

Sygn. akt: KIO 162/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Monika Banaszkiewicz

Protokolantka:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 12 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY (12 WOG) w Toruniu

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu 12 WOJSKOWEMU ODDZIAŁOWI GOSPODARCZEMU (12 WOG) w Toruniu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 5 stycznia 2024 r., dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy ROMA R. Z. w Wudzyńku oraz powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy w części 2/3 oraz zamawiającego 12 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY (12 WOG) w Toruniu w części 1/3 i:

- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł

00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

- 2.1. zasądza od 12 WOJSKOWEGO ODDZIAŁU GOSPODARCZEGO (12

WOG) w Toruniu kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy z tytułu wpisu od odwołania w części 1/3 oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w części 1/3.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 162/24

Uzasadnienie

Zamawiający: 12 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY (12 WOG) w Toruniu (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na

wywóz nieczystości stałych i płynnych (nr ref.: U/38/12WOG/2023). Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 września 2023 r. pod nr 546558-2023-P

Dnia 15 stycznia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy Pzp odwołanie w zakresie części 1 zamówienia w rozumieniu postanowienia Rozdziału IV ust. 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia złożył Wykonawca REMONDIS Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wywóz nieczystości stałych i płynnych, w zakresie części 1 zamówienia w rozumieniu postanowienia Rozdziału IV ust. 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 522 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do „wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 27 listopada 2023 r. oraz późniejszego zaniechania podjęcia czynności zgodnie z żądaniem odwoławczym i podjęcie swobodnych działań, które nie uchylają pierwotnego stanu niezgodności czynności Zamawiającego z zarzucanymi mu (w ramach pierwszego odwołania) naruszeniami przepisów ustawy Pzp

w ramach zarzutów ewentualnych – w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutu:

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) lub c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROMA R. Z., ul. Zakole 3, 86-022 Wudzynek (dalej: „ROMA”) podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia ustanowiony w Postępowaniu warunek w zakresie doświadczenia minimalnego, a zebrane w Postępowaniu dokumenty, w tym przedłożone przez wykonawcę ROMA:

a) nie wykazują spełniania warunku, w szczególności wobec uzasadnionych i wyraźnie artykułowanych przez Zamawiającego wątpliwości w tym zakresie, które Zamawiający, w części starał się uchylić poprzez skierowanie wniosków o złożenie wyjaśnień i informacji, b) pozostają niespójne i budzą uzasadnione wątpliwości, które wobec podjętych w postępowaniu działań nie mogą być interpretowane inaczej niż na niekorzyść wykonawcy ROMA, w szczególności wobec tego, że wykonawca ten wyraźnie wskazał, w piśmie z dnia 21 grudnia 2023 r., że „Mając na uwadze powyższe, wnosimy o dokonanie oceny ofert i wyboru oferty Wykonawcy w oparciu o dotychczas przedłożone podmiotowe środki dowodowe i udzielone wyjaśnienia.”,

c) pozostają w kolizji z innymi dokumentami, w tym przedłożonymi przez Odwołującego,

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 lub 15 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.”). poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROMA w sytuacji w której podmiot ten złożył ofertę w warunkach deliktu nieuczciwej konkurencji, podejmując działania wprowadzające Zamawiającego w błędne przekonanie, że posiada doświadczenie umożliwiające wykazanie spełnienia ustanowionego w Postępowaniu warunku, a także późniejsze podejmowanie działań nakierowanych na utrzymanie tego stanu po stronie Zamawiającego, przy jednoczesnej daleko idącej determinacji w kamuflowaniu nieposiadania deklarowanego doświadczenia,

a w przypadku nieuwzględnienia zarzutów dalej idących, tj. zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty wykonawcy ROMA:

4) art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz 74 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę ROMA, pomimo tego, że zastrzeżenie i wykazanie tajemnicy przez wykonawcę ROMA nie spełnia wymogów wynikających z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, co potwierdził sam Zamawiający kierując do wykonawcy ROMA wniosek o uzupełnienie tychże zastrzeżeń (które samo w sobie stanowi naruszenie art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz zasady jawności), a także nieudostępnienia Odwołującemu wyjaśnień RNC z powołaniem na skuteczne objęcie ich tajemnicą przez wykonawcę ROMA, co udaremnia Odwołującemu weryfikację i ewentualne zakwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ROMA z powołaniem na regulację art. 224 ust. 6 ustawy Pzp lub 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej dnia 5 stycznia 2024r.,
- 2) ponowienia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy ROMA

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów dalej idących, tj. zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty wykonawcy ROMA :

- 3) poddanie ponownej weryfikacji zastrzeżenia wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę ROMA oraz odtajnienie ich w całości, ewentualnie odtajnienie ich w zakresie w jakim wykonawca ROMA nie wykazał, że konkretnym informacjom przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa,

- 4) udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień RNC, w całości, ewentualnie udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień RNC z ograniczeniem w zakresie w jakim wykonawca ROMA wykazał, że konkretnym informacjom przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, iż przysługuje mu status wykonawcy w Postępowaniu. Oferta Odwołującego ulokowała się na drugim miejscu z rankingu oceny ofert. Uwzględnienie odwołania, w tym w ramach zarzutów ewentualnych, umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia, w sposób bezpośredni lub ewentualne dalsze kwestionowanie czynności lub zaniechań Zamawiającego, podjętych po uchyleniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej dnia 5 stycznia 2024 r. z naruszeniem regulacji ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, co najmniej w stopniu i zakresie wynikłym z nieuzasadnionego poniesienia kosztów udziału w Postępowaniu oraz niezyskanych zysków związanych z realizacją zamówienia, które mogą powstać po stronie Odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit a) ustawy Pzp. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu Zamawiający zamieścił na stronie Postępowania w dniu 5 stycznia 2024 r. zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 15 stycznia 2024 r.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w dniu 27 listopada 2023 r. złożył odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) lub c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROMA podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia ustanowiony w Postępowaniu warunek w zakresie doświadczenia minimalnego, jednocześnie podając nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błądne przekonanie, że posiada doświadczenie umożliwiające wykazanie spełnienia ustanowionego w Postępowaniu warunku lub powołał się na doświadczenie pozyskane w warunkach rażącego naruszenia prawa

w ramach zarzutów ewentualnych – w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutu:

2) art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, poprzez nieprzeprowadzenie stosownej weryfikacji w zakresie posiadania przez wykonawcę ROMA niezbędnego doświadczenia wymaganego na potrzeby spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, podczas gdy występują uzasadnione i znaczne wątpliwości dotyczące zrealizowania przez wykonawcę ROMA usługi odpowiadającej treści ustanowionego kryterium kwalifikacji,

3) art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz 74 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę ROMA, pomimo tego, że zastrzeżenie i wykazanie tajemnicy przez wykonawcę ROMA nie spełnia wymogów wynikających z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, a także nieudostępnienia Odwołującemu wyjaśnień RNC z powołaniem na skuteczne objęcie ich tajemnicą przez wykonawcę ROMA, co udaremnia Odwołującemu weryfikację i ewentualne zakwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ROMA z powołaniem na regulację art. 224 ust. 6 ustawy Pzp lub 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej dnia 15 listopada 2023 r., 2) ponowienia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy ROMA ewentualnie:

3) wezwania wykonawcy ROMA do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym posiadania wymaganego doświadczenia poprzez wykazanie, że wykonawca realnie uzyskał stosowne doświadczenie oraz skierowanie stosownego zapytania do Miasta Bydgoszcz w zakresie związanym z deklarowanym przez wykonawcę ROMA realizowaniem usług odbioru odpadów komunalnych na rzecz H&I Tekstile Sp. z o.o.,

4) poddania ponownej weryfikacji zastrzeżenia wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę ROMA oraz odtajnienie ich w całości, ewentualnie odtajnienie ich w zakresie w jakim wykonawca ROMA nie wykazał, że konkretnym informacjom przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa,

5) udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień RNC, w całości, ewentualnie udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień RNC z ograniczeniem w zakresie w jakim wykonawca ROMA wykazał, że konkretnym informacjom przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem procesowym z dnia 6 grudnia 2023 r. uwzględnił odwołanie, uwzględniając całość zarzutów, jednocześnie zobowiązując się do wykonania czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania. Wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego (tj. wykonawca ROMA) nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Dnia 8 grudnia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego. Odwołujący wskazał, że w konsekwencji uwzględnienia odwołania w całości, a nie wyłącznie w zakresie wybranego zarzutu ewentualnego, aktualizował się po stronie Zamawiającego obowiązek unieważnienia wyboru oferty wykonawcy ROMA oraz jej odrzucenia (zgodnie z żądaniami nr 1 i 2 skorelowanym z zarzutem nr 1). Odwołujący podał, że jeśli Zamawiający nie miał zamiaru respektować żądań zawartych w odwołaniu, nie powinien był uwzględniać zarzutów, lecz wdąć się w spór

z Odwołującym co do żądań, których spełnienie uważał za nierealne lub nieuzasadnione. Zamawiający mógł również zdaniem Odwołującego uwzględnić odwołanie w części – co do zarzutów i żądań, które uważał za uzasadnione (Zamawiający podjął czynności, które mogłyby co najwyżej korespondować z pierwszym z zarzutów ewentualnych i pierwszym z żądań ewentualnych). W przypadku uwzględnienia odwołania w części, Odwołujący mógłby cofnąć odwołanie w pozostałym zakresie lub wdać się w spór co do zarzutów i żądań dalej idących.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający uwzględnił odwołanie, w stanie faktycznym, w którym wiedział, że ewentualne (prawidłowe) zastosowanie procedury z art. 124 ust. 5 ustawy Pzp względem wystawcy referencji nie przyniesie potwierdzenia realizacji usługi na którą powołał się wykonawca ROMA. Był to zatem stan w pełni uzasadniający uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu podstawowego. W ocenie Odwołującego Zamawiający wbrew temu, że uwzględnił odwołanie w całości, w konsekwencji czego był obowiązany odrzucić ofertę wykonawcy ROMA, dalej usilnie podejmował działania zmierzające do uzyskania jakichkolwiek informacji, które umożliwią mu wykazanie, że wykonawca ROMA spełnia warunek ustanowiony w Postępowaniu.

W dalszej części odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający dnia 14 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę ROMA do udzielenia wyczerpujących wyjaśnień dotyczących wykazu usług, w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia wraz z dowodami potwierdzającymi jego posiadanie. W odpowiedzi z dnia 18 grudnia 2023 r. ROMA nie skoncentrował się jednak na wyjaśnianiu wątpliwości dotyczących nabytego doświadczenia. Nie odnosząc się do merytorycznej treści wezwania Zamawiającego, wykonawca ROMA raczej położył nacisk na bezrefleksyjne deprecjonowanie treści i zasadności rzekomo uwzględnionych zarzutów, jak i

osoby Odwołującego. Do ww. oświadczenia, wykonawca ROMA załączył oświadczenia z dnia 7 grudnia 2023 r. wystawione przez H&I Tekstile Sp. z o.o. oraz PUH R. O. . Z ww. oświadczenia wynika nowa dla weryfikacji okoliczność, iż H&I Tekstile Sp. z o.o. z wykonawcą ROMA nie łączyła bezpośrednia więź prawna, a wykonawca ROMA miał być podwykonawcą PUH R. O. . Odwołujący wskazał, że w przypadku odbioru odpadów komunalnych na rzecz H&I Tekstile Sp. z o.o., aby był on zgodny z prawem wpis do stosownego RDR winien mieć zarówno wykonawca (PUH R. O.) jak i podwykonawca (ROMA). PUH R. O., nie posiada wpisu do RDR ani w Mieście Bydgoszcz, ani w Mieście Toruń. W oświadczeniu H&I Tekstile Sp. z o.o. wskazano, że przedmiotem usługi było „uprzątnięcie terenu i transport odpadów z naszego przedsiębiorstwa”, co wskazuje na realizację świadczenia w obszarze siedziby wskazującego podmiotu, a nadto usługa ta nie polegała na odbiorze odpadów, lecz na „uprzątnięciu terenu” i późniejszym transporcie, a nadto miała charakter jednorazowy, a nie ciągły w okresie od 2022 – 2023 r. W ocenie Odwołującego oświadczenie PUH R. O. nie wskazuje, ani terminu realizacji tego świadczenia, ani tego ile odpadów miałyby być ewentualnie odebranych w ramach realizowanej usługi, czy odpady zostały „przetransportowane” przez wykonawcę ROMA (jaki był zakres deklarowanego podwykonawstwa), czy też miejsca realizacji usługi.

Odwołujący podkreślił, że w żadnym z wielu dokumentów wskazanych w postępowaniu, żaden z 3 podmiotów uczestniczących w procesie wyjaśniania kwestii dotyczących doświadczenia wykonawcy ROMA nie podjął się wskazania lokalizacji realizowanych usług, czy też wykazania ilości odpadów odebranych w ramach jej świadczenia, pomimo, iż wskazane informacje powinny być dla nich łatwo dostępne i możliwe do wykazania w sposób niebudzący wątpliwości (co najmniej na podstawie KPOK, danych ewidencyjnych itd.). Dalej Odwołujący zauważył, że przedłożony przez ROMA dokument w postaci wpisu do RDR na terenie Miasta Torunia dowodzi jedynie, że ROMA jest podmiotem wpisanym do przedmiotowego rejestru, w zakresie wskazanym w dokumencie i to od października 2022 r. Nie dowodzi to jednak zdaniem Odwołującego spełnienia warunku opartego na wymogu dysponowania odpowiednim doświadczeniem we wskazanym zakresie. W ocenie Odwołującego powoływanie się na usługi rzekomo realizowane na terenie Miasta Toruń wynika z niebudzącego wątpliwości niedysponowania przez niego wpisem do RDR w Mieście Bydgoszcz, który podmiot ten uzyskał dopiero po wniesieniu pierwszego odwołania, tj. dnia 27 listopada 2023 r.

Uzasadniając kolejny z podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy ROMA podlega odrzuceniu również ze względu na to, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podał, że wykonawca ROMA w sposób umyślny i zamierzony przedstawił w wykazie usług, pozycję, której:

- 1) w ogóle nie zrealizował, na co wskazuje materiał zgromadzony w Postępowaniu, w tym załączony do pierwszego odwołania,
- 2) która została zrealizowana w warunkach rażącego naruszenia prawa publicznego – z naruszeniem fundamentalnych regulacji u.c.p.g. oraz Ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 221 z późn. zm.), gdyż wynika z prowadzenia działalności regulowanej bez posiadania wymaganego uprawnienia lub zrealizował w sposób, który nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a następnie szeregiem działań i zaniechań, odmawiał Zamawiającemu złożenia wyjaśnień, które umożliwiłyby zweryfikowanie posiadania przez wykonawcę ROMA deklarowanego doświadczenia i to w sposób kamuflujący w ocenie Odwołującego istniejący stan faktyczny oraz zmierzający do wywarcia na Zamawiającym wrażenia, że wykonawca ROMA posiada wymagane doświadczenia, jak również, że nie naruszył regulacji prawnych. Wykonawca ROMA dopuścił się wprowadzenia Zamawiającego w błąd, w celu uzyskania zamówienia, pomimo pełnej świadomości niespełniania warunków udziału w Postępowaniu. Działania podjęte przez ROMA zdaniem Odwołującego wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Służą one ukryciu rzeczywistego stanu faktycznego, co nie tylko wypełnia znamiona określone w art. 3 u.z.n.k., lecz także czyn polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. ROMA umyślnie utrudnia Odwołującemu w jego ocenie dostęp do rynku poprzez wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do doświadczenia referencyjnego, które zostało nabyte w sposób niezgodny z prawem i dobrymi obyczajami lub zostało nabyte w sposób, który uniemożliwia spełnienie warunków udziału w postępowaniu albo nigdy nie zostało nabyte.

Zamawiający w dniu 31 stycznia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w rankingu ofert ewentualnie uzyska on prawo do zaskarżenia dalszych czynności podjętych przez Zamawiającego, co umożliwi Odwołującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ani po stronie Odwołującego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowodów złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, zaś w pozostałym zakresie tj. zarzutów nr 1 i 3 podlegało oddaleniu. Do zarzutu nr 4, jako ewentualnego, Izba nie odnosiła się merytorycznie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wywóz nieczystości stałych i płynnych. Informacją z dnia 15 listopada 2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej m.in. w zakresie części 1 zamówienia. Oferty złożyli trzej wykonawcy, w tym Odwołujący oraz wykonawca ROMA. W wyniku badania i oceny ofert, oferta ROMA została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. W dniu 27 listopada 2023 r. odwołanie wniósł Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) lub c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROMA podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia ustanowiony w Postępowaniu warunek w zakresie doświadczenia minimalnego, jednocześnie podając nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błądne przekonanie, że posiada doświadczenie umożliwiające wykazanie spełnienia ustanowionego w Postępowaniu warunku lub powołał się na doświadczenie pozyskane w warunkach rażącego naruszenia prawa

w ramach zarzutów ewentualnych – w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutu:

2) art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, poprzez nieprzeprowadzenie stosownej weryfikacji w zakresie posiadania przez wykonawcę ROMA niezbędnego doświadczenia wymaganego na potrzeby spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, podczas gdy występują uzasadnione i znaczne wątpliwości dotyczące zrealizowania przez wykonawcę ROMA usługi odpowiadającej treści ustanowionego kryterium kwalifikacji,

3) art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz 74 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę ROMA, pomimo tego, że zastrzeżenie i wykazanie tajemnicy przez wykonawcę ROMA nie spełnia wymogów wynikających z art. 18 ust. 3 ustawy

Pzp, a także nieudostępnienia Odwołującemu wyjaśnień RNC z powołaniem na skuteczne objęcie ich tajemnicą przez wykonawcę ROMA, co udaremnia Odwołującemu weryfikację i ewentualne zakwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ROMA z powołaniem na regulację art. 224 ust. 6 ustawy Pzp lub 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp
Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej dnia 15 listopada 2023 r., 2) ponownienia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy ROMA ewentualnie:

3) wezwania wykonawcy ROMA do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym posiadania wymaganego doświadczenia poprzez wykazanie, że wykonawca realnie uzyskał stosowne doświadczenie oraz skierowanie stosownego zapytania do Miasta Bydgoszcz w zakresie związanym z deklarowanym przez wykonawcę ROMA realizowaniem usług odbioru odpadów komunalnych na rzecz H&I Tekstile Sp. z o.o.,

4) poddanie ponownej weryfikacji zastrzeżenia wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę ROMA oraz odtajnienie ich w całości, ewentualnie odtajnienie ich w zakresie w jakim wykonawca ROMA nie wykazał, że konkretnym informacjom przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa,

5) udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień RNC, w całości, ewentualnie udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień RNC z ograniczeniem w zakresie w jakim wykonawca ROMA wykazał, że konkretnym informacjom przysługują atrybuty tajemnicy przedsiębiorstwa.

6 grudnia 2023 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Wykonawca ROMA nie wniósł sprzeciwu wobec

uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

8 grudnia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 30 listopada 2023 r. Zamawiający zwrócił się do H&I Tekstile Sp. z o.o. z prośbą o potwierdzenie informacji przedłożonej wraz z referencjami przez wykonawcę ROMA dotyczącej usługi wykonywanej na rzecz H&I Tekstile Sp. z o.o. wraz z informacją o lokalizacji odbioru wytworzonych odpadów. Zamawiający nie otrzymał odpowiedzi na powyższą prośbę.

Pismem z dnia 27 grudnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do PUH R. O., który był głównym wykonawcą usługi wykonywanej na rzecz H&I Tekstile Sp. z o.o. z prośbą o potwierdzenie informacji dotyczącej podwykonawstwa ROMA oraz określenia zakresu realizacji usługi, wskazania kodów odpadów i miejsca ich wytworzenia. Dnia 2 stycznia 2024 r. PUH R. O. podtrzymał oświadczenie dotyczące współpracy z wykonawcą ROMA R. Z. nie wskazując jednak szczegółowych informacji żądanych przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ROMA do złożenia wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ewentualnie odtajnienie jej w całości lub części. Ponadto wezwał do złożenia

wyjaśnień dotyczących podmiotowego środka dowodowego (wykazu usług) w zakresie dotyczącym posiadania wymaganego doświadczenia wraz z dowodami potwierdzającymi jego posiadanie.

Dnia 20 grudnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy ROMA z prośbą o uszczegółowienie odbioru odpadów, na które powoływał się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca ten nie wskazał szczegółowych informacji dotyczących m.in. dokładnego miejsca odbioru odpadów, jak również ich rodzaju.

Dnia 5 stycznia 2024 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ROMA. Z tak dokonanym wyborem nie zgodził się Odwołujący wnosząc odwołanie z dnia 15 stycznia 2024 r.

Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROMA R. Z. z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia minimalnego, jak również tego czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROMA w sytuacji, w której podmiot ten złożył ofertę w warunkach deliktu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu miał zastosowanie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, a nie podnoszony zarówno w zarzutach odwołania, jak i ich uzasadnieniu art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Kolejną kwestią, na którą Izba zwraca uwagę jest to, że nie można skutecznie podnosić samoistnego zarzutu dotyczącego art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie tego przepisu nie jest wystarczającą podstawą do uwzględnienia odwołania. Nawet samo naruszenie przez Zamawiającego art. 522 ust. 1 ustawy Pzp nie przesądza automatycznie o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania innych zawartych w nim zarzutów. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku KIO wydanym dnia 18 lutego 2022 r. w sprawie o sygn. 286/22 Biorąc to pod uwagę, nawet gdyby Odwołujący postawił prawidłowo zarzut (tj. w zakresie naruszenia art. 522 ust. 2 ustawy Pzp), to wobec postawienia pozostałych zarzutów jako ewentualnych, a nie powiązanych z zarzutem naruszenia art. 522 ustawy Pzp (będących wynikiem takiego naruszenia) nie mógłby zostać przez Izbę uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 odwołania Izba podziela stanowisko Odwołującego, że wykonawca ROMA R. Z. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale VIII pkt 1.2.4. SWZ, zgodnie z którym „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym czasie, wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na wywozie nieczystości stałych i płynnych w ilości i rodzaju, dla każdej części, wg poniższego zestawienia:

W części 1 – wywóz nieczystości stałych w ilości co najmniej 12 000,00 m3 (...)

Rozdział IX pkt 1.3.1. SWZ stanowi, że podmiotowym środkiem dowodowym służącym wykazaniu spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu jest:

„Wykaz usług, potwierdzający wykonanie, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym czasie, co najmniej jednej usługi polegającej na wywozie nieczystości stałych i płynnych w ilości i rodzaju wg poniższego zestawienia:

W części 1 – wywóz nieczystości stałych w ilości co najmniej 12 000,00 m3 (...).

wraz z podaniem ich ilości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.”

Zamawiający wezwał dnia 25 października 2023 r., na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcę ROMA do

złożenia podmiotowych środków dowodowych w terminie do dnia 6 listopada 2023 r. Wezwaniem z dnia 8 listopada 2023 r., skierowanym na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał wykonawcę ROMA do uzupełnienia niezłożonych podmiotowych środków dowodowych w tym określonych Rozdziałem IX pkt 13.1. SWZ, w terminie do dnia 13 listopada 2023 r. ROMA do wykazu usług załączył oświadczenie H&I Tekstile Sp. z o.o. datowane na 20 września 2023 r., stanowiące, że „od roku 2022 r. współpracujemy z Panem R. Z., właścicielem ROMA R. Z. (...) w zakresie realizacji usług odbioru i transportu odpadów komunalnych. Na dzień 12 września 2023 r. odebrał odpady o łącznej ilości 15000m³”. W dniu 27 listopada 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie. W dniu 30 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał H&I Tekstile Sp. z o.o. do potwierdzenia informacji przedłożonej wraz z referencjami przez ROMA R. Z. dotyczącej usługi wykonywanej na rzecz tej spółki. Zamawiający nie otrzymał odpowiedzi na to pismo. Pomimo braku odpowiedzi oraz po uzyskaniu od podmiotu PUH R. O. informacji, że wykonawca ROMA był jego podwykonawcą, a co za tym idzie nie świadczył usług bezpośrednio na rzecz spółki H&I Tekstile Sp. z o.o. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że informacje uzyskane od wykonawcy ROMA oraz PUH R. O. w pełni potwierdzają uzyskane doświadczenie zawodowe i należyte wykonanie usługi przez wykonawcę ROMA. W ocenie Izby posiadane przez Zamawiającego informacje, chociażby uzyskane od Odwołującego wraz z wniesieniem odwołania z dnia 27 listopada 2023 r. wskazują, że ROMA nie wykazał posiadania

doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. O tym, że sam Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie tego, czy wykonawca ROMA posiada wymagane doświadczenie świadczy wielość działań podjętych przez niego (szereg wezwań). Na większość postawionych pytań Zamawiający nie uzyskał odpowiedzi, a pomimo to podjął decyzję o wyborze oferty wykonawcy ROMA jako najkorzystniejszej. W odpowiedzi z dnia 2 stycznia 2024 r. PUH R. O. nie udzielił odpowiedzi na postawione przez Zamawiającego pytania tj. dotyczące określenia zakresu realizacji usługi wykonawcy ROMA w formie podwykonawstwa, wskazania kodów odpadów i miejsca wytworzenia odpadów. Pismo skierowane do H&I Tekstile Sp. z o.o. również dotyczyło m.in. wskazania z jakiej lokalizacji odbierane były nieczystości. Mając na uwadze powyższe Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że wykonawca ROMA wykazał posiadane wymagane przez niego doświadczenia. Izba wskazuje także, że gdyby Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia opisanych powyżej działań mających na celu potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę ROMA, wykonawca ten mógłby skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej, czego nie uczynił. Kierowanie przez Zamawiającego kolejnych pism, w ocenie Izby oznaczało, że miał on wątpliwości, których nie udało się mu rozwiązać (brak odpowiedzi na postawione pytania). Mimo tego dokonał on wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego wykazu usług wątpliwości te dotyczyły.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 w ocenie Izby nie zasługiwał on na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający dokonując badania oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba nie zgadza się w związku z tym ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie jest jego rolą weryfikowanie prawdziwości wykonawcy. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby działanie ROMA R. Z. było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Faktem jest, że ROMA R. Z. nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie jest to jednak tożsame z tym, że takiego doświadczenia nie posiada. Nie oznacza to również tego, że wykonawca ten działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami. Co prawda Odwołujący przedłożył kopię umowy zawartej przez niego z PUH R. O., w celu wykazania, że wykonawca ROMA nie był podwykonawcą PUH R. O., gdyż wykonawca ten byłby wówczas do zapłaty kary umownej, jednak zdaniem Izby nie jest to dowód wystarczający. Aby uznać, że wykonawca ROMA działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami wprowadzając Zamawiającego w błąd powinien był przedłożyć np. oświadczenie PUH R. O., z którego wynikałoby, że wykonawca ROMA nie był jego podwykonawcą w wymaganym przez Zamawiającego zakresie.

W ocenie Izby Odwołujący nie udźwignął ciężaru wykazania, że działanie ROMA R. Z. było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, zaś w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 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. 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku.

Przewodnicząca: