

Sygn. akt: KIO 3250/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Krzysztof Sroczyński

Maksym Smorczewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2024 r. przez wykonawcę PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Kalisz

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo

Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Niedźwiadach (Lider) i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z siedzibą w Kaliszu

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo

Usług Komunalnych S.A. z siedzibą w Kaliszu (Lider) i Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Niedźwiadach

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) i art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie, że PHU Komunalnik Sp. z o.o. podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu, gdyż inni zamawiający publiczni naliczyli temu wykonawcy przy realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego kary umowne, co zdaniem Zamawiającego wypełnia hipotezę art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych,
- naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) i art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. i odrzucenia oferty tych wykonawców, w sytuacji, gdy każdy z członków konsorcjum w złożonym przez siebie JEDZ udzielił odpowiedzi przeczącej na pytanie zawarte w Części III.C pytanie 7, gdy tymczasem w okresie ostatnich trzech lat przed wyborem najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu członkowie tego konsorcjum zostali obciążeni karami umownymi w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego z 22 września 2021 r. realizowanej na rzecz Zamawiającego, co konsekwentnie Zamawiający powinien potraktować jako wprowadzenie go w błąd

i nakazuje zamawiającemu Miastu Kalisz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i III-VI postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ich toku unieważnienie czynności wykluczenia PHU Komunalnik Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie ofert złożonych przez tych wykonawców.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PHU Komunalnik Sp. z o.o. w ½ oraz Miasto Kalisz w ½ i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PHU Komunalnik Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę PHU Komunalnik Sp. z o.o. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Miasto Kalisz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
- 3.2. zasądza od Miasta Kalisz na rzecz wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą ½ kosztów postępowania odwoławczego poniesionych tytułem wpisu od odwołania

3.3. koszty stron postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika znosi wzajemnie między PHU Komunalnik Sp. z o.o. i Miasto Kalisz.

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 3250/24

Uzasadnienie

Miasto Kalisz (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie miasta Kalisza”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 27 maja 2024 r. pod numerem 309105-2024.

W dniu 6 września 2024 r. wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego: (i) wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) i 10) ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp, a także wobec (ii) zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. w Kaliszu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. w Kaliszu w myśl art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp (względnie w myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) lub art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp), co w efekcie doprowadziło do nieprawidłowego rozstrzygnięcia postępowania przetargowego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) i art. 16 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu, gdyż inni zamawiający publiczni (czterech zamawiających: Związek Celowy Gminy MG-6, Celowy Związek Gmin SGO5, Gmina Głucholazy i Gmina Międzyrzecz) naliczyli mu przy realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego kary umowne, co zdaniem Zamawiającego wypełnia hipotezę fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia przewidzianej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, gdy tymczasem we wszystkich

czterech wcześniejszych zamówieniach publicznych powołanych przez Zamawiającego naliczone przez zamawiających kary umowne nie wypełniały w całości hipotezy normy prawnej wyrażonej w powołanym przepisie, co potwierdza fakt, że Odwołujący otrzymał w tych przypadkach referencje należytego wykonania umowy sporządzone przez zamawiających już po naliczeniu wszystkich kar umownych, co nie dotyczy jednak Gminy Międzyrzecz, w przypadku której Odwołujący jak dotąd nie występował o wystawienie referencji, niemniej jednak ów zamawiający wymierzył Odwołującemu tylko jedną karę umowną w łącznej wysokości 8.400 zł za opóźnienie w odbiorze papieru (jednej z sześciu frakcji odpadów objętych usługą odbioru) w stosunku do jednego, pojedynczego harmonogramowego terminu odbioru z 6 (spośród 3458) punktów wywozowych na terenie gminy, co z oczywistych względów nie może być uznane za znaczne albo długotrwałe nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego skutkującego odszkodowaniem (a tym bardziej gdy kara umowna nie pełniła funkcji odszkodowawczej);

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) i art. 16 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd oświadczając w JEDZ (Część III.C pytanie 7), że nie „znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie, bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową”, skoro przy realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego (czterech wyżej powołanych przypadkach) naliczono mu kary umowne, gdy tymczasem żaden z tych przypadków nie wypełniał całościowo hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, co oznacza (tak w świetle orzecznictwa Izby, jak i opinii UZP), że Odwołujący nie był zobowiązany do wypełnienia JEDZ w przedmiotowym zakresie w sposób twierdzący (odpowiedź: „tak”), a w konsekwencji, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd;

3) art. 226 ust. 1 pkt 7), względnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w każdym przypadku w zw. z art. 16 lub art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty drugiego wykonawcy – konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. w Kaliszu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. w Kaliszu, gdy wspólna oferta tych podmiotów została złożona w warunkach niedopuszczalnej zмовы przetargowej służącej ograniczeniu konkurencji na rynku właściwym (czyonu nieuczciwej konkurencji), tj. celem uniknięcia konkurowania między sobą ceną (jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu), w sytuacji gdy każdy z tych podmiotów może samodzielnie złożyć ofertę, a następnie realizować poszczególne części przedmiotowego zamówienia z uwagi na posiadany potencjał (finansowy, techniczny

i organizacyjny) i nie musi w tym celu wchodzić w kooperację z żadnym innym podmiotem, a przynajmniej poprzez zaniechania wyjaśnienia tej kwestii;

[jedynie ewentualnie]

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) i art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia drugiego wykonawcy – konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO sp. z o.o. w Kaliszu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. w Kaliszu, i odrzucenie jego oferty, w sytuacji, gdy każdy z członków tego konsorcjum w założonym przez siebie JEDZ oświadczył tak jak Odwołujący, że nie „znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie, bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową”, a tymczasem w okresie ostatnich trzech lat przed wyborem najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu członkowie tego konsorcjum zostali obciążeni karami umownymi w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego z 22 września 2021 r. realizowanej na rzecz Zamawiającego (umowy na odbiór odpadów komunalnych), co konsekwentnie (tak jak w przypadku Odwołującego i przy zachowaniu tej samej retoryki) Zamawiający powinien potraktować jako wprowadzenie go w błąd.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla Części I i III-VI

przedmiotowego zamówienia,

2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,

3) odrzucenia oferty drugiego wykonawcy – konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO sp. z o.o. w Kaliszu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. w Kaliszu jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

4) powrót do etapu badania oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym w zakresie jego Części I i III-V.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Niedźwiadach i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z siedzibą w Kaliszu.

Pismem z dnia 14 września 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. W ocenie Izby, Odwołujący, który dąży do obrony własnej oferty i do jej wyboru jako najkorzystniejszej, jest uprawniony do podnoszenia zarzutów wobec oferty konkurenta, którego wybór, w ocenie Odwołującego, jest obciążony błędem i niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i odrzucenie złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Izba stwierdziła, że pierwotną czynnością przy podjęciu tego rodzaju decyzji powinno być wykazanie przez Zamawiającego, że wobec Odwołującego zaistniały podstawy do jego wykluczenia. Zamawiający, na którym spoczywa ciężar wykazania zasadności takiej decyzji, zobowiązany jest do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy w taki sposób, aby wykazane zostało spełnienie wszystkich przesłanek warunkujących wykluczenie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że wykluczeniu podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji lub wykonał tę umowę nienależycie w istotnym stopniu lub zakresie, lub też długotrwale nienależycie ją wykonywał, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej ze wskazanego przepisu konieczne jest stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie. Wykluczeniu z postępowania podlega więc wykonawca, który:

- 1) w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie umowne, albo
- długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne,

- zobowiązania wykonawcy wynikały z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 2) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po jego stronie wykonawcy,
- 3) skutkiem nienależytego wykonania lub nienależytego wykonywania obowiązków umownych było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zamawiający w informacji z 27 sierpnia 2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdził, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zakresie części I, II, III, IV, V, VI zamówienia, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Uzasadniając ww. decyzję Zamawiający powołał przede wszystkim argumentację wskazującą na konieczność udzielenia przez Odwołującego odpowiedzi twierdzącej w JEDZ w Rozdziale III, Sekcji C. W zakresie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Zamawiający w swojej argumentacji wskazał na okoliczności naliczenia Odwołującemu przez innych zamawiających kar umownych oraz zawarcia uгод.

Izba stwierdziła, że powołane w piśmie z dnia 27 sierpnia 2024 r. okoliczności mające skutkować wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie wypełniają wszystkich elementów, których wykazanie jest konieczne dla podjęcia takiej czynności. Podkreślić należy, że wobec dotkliwych skutków wykluczenia wykonawcy, na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania spełnienia wszystkich elementów, o których mowa powyżej. Jest

to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie, Zamawiający zobowiązany był m.in. wykazać, że określone zobowiązanie zostało wykonane nienależycie w istotnym stopniu lub zakresie. Izba uznała, że fakt nałożenia kary umownej nie jest okolicznością wystarczającą do stwierdzenia, że zaistniała podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Doświadczenie życiowe wskazuje, że w toku realizacji tego rodzaju umów mogą zaistnieć sytuacje skutkujące nałożeniem przewidzianych w umowie kar, co jednak nie musi wprost przekładać się na nienależytą realizację umowy. Należy zauważyć, że w motywie 101 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazano, że „stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.”

Z dokumentów zamówienia i złożonych dowodów w sprawie wynika, że Zamawiający podjął starania w celu wyjaśnienia okoliczności zaistniałych w ramach realizacji przez Odwołującego poszczególnych umów, jednak nie odzwierciedlił wyników poczynionego badania w informacji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu złożonej przez tego wykonawcę oferty. Zamawiający nie wykazał w przedmiotowej informacji skierowanej do wykonawcy, jak poczynione ustalenia przekładają się na przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Próba wykazania powyższych okoliczności podjęta na etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym. W tych okolicznościach, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie. Z uwagi na brak wykazania przez Zamawiającego przesłanek do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w skierowanej do wykonawcy informacji z dnia 27 sierpnia 2024 r., przy rozstrzygnięciu przedmiotowego zarzutu nieprzydatne okazały się być dowody złożone przez obie strony i przystępujących dotyczące sposobu realizacji przez Odwołującego uprzednich zamówień i zaistniałych w ich toku okoliczności.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd i odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

W przedmiotowej sprawie niesporna jest okoliczność, że Odwołujący udzielił odpowiedzi przeczącej na pytanie zawarte w JEDZ w Części III.C pyt. 7. Pytanie to dotyczy znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie, bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.

Okoliczność, że na Odwołującego nałożono kary umowne w związku z realizacją wcześniejszych umów jest okolicznością bezsporną, a zatem nie ulega wątpliwości, że odpowiedź Odwołującego na przedmiotowe pytanie powinna być twierdząca.

Powyższe nie stoi w sprzeczności z okolicznością, iż Odwołujący kwestionuje, jakoby zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. Odwołujący stoi na stanowisku, że nie zaistniały podstawy do twierdzenia, że z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał on umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji lub wykonał tę umowę nienależycie w istotnym stopniu lub zakresie, lub też długotrwale nienależycie ją wykonywał, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Podkreślić należy, że pytanie zawarte w formularzu JEDZ, na które wykonawca musi udzielić rzetelnej odpowiedzi, dotyczy potwierdzenia lub zaprzeczenia zaistnienia w stosunku do tego wykonawcy obiektywnych faktów, zdarzeń mających miejsce w przeszłości w toku realizacji przez tego wykonawcę innych zamówień. Odpowiedź udzielona przez

wykonawcę na to pytanie powinna być uczciwa i rzetelna. Opis zdarzeń dokonany przez wykonawcę w JEDZ powinien umożliwiać zamawiającemu dokonanie oceny, czy okoliczności, które wystąpiły w toku realizacji innych zamówień przez tego wykonawcę były na tyle istotne oraz wpływają na wiarygodność wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z danego postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ocena taka nie jest możliwa, a co najmniej jest znacząco utrudniona, w przypadku, gdy wykonawca nie informuje zamawiającego w oświadczeniu JEDZ o zaistnieniu okoliczności, przytoczonych w treści pytania zawartego w JEDZ, a wręcz zaprzecza wystąpieniu rzeczonych okoliczności. Podkreślić też należy, że udzielenie przez wykonawcę pozytywnej odpowiedzi na omawiane pytanie zawarte w JEDZ nie powoduje automatycznego wykluczenia wykonawcy

z postępowania, ponieważ ewentualne wykluczenie następuje dopiero w wyniku oceny przez Zamawiającego całokształtu danej sytuacji faktycznej w kontekście przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że nawet jeśli dany wykonawca sam nie uznaje się za spełniającego przesłanki wykluczenia, to spoczywa na nim bezwzględny obowiązek powiadomienia zamawiającego w JEDZ, że w stosunku do tego wykonawcy wystąpiły okoliczności, o których mowa w treści pytania. Jest to obowiązek podania zamawiającemu obiektywnych faktów, które miały miejsce w toku realizacji innego zamówienia przez wykonawcę, czyli wystąpienia określonych obiektywnych zdarzeń, które następnie podlegają ocenie zamawiającego. Pytanie nie dotyczy bowiem oceny takich zdarzeń przez wykonawcę w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, ale odnotowania obiektywnych faktów. Powyższe stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z 19 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 866/22, wyrok KIO z 27 listopada 2024 r., sygn. akt KIO 3383/23) oraz Sądu Zamówień Publicznych. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19, Sąd wskazał m.in., że to wykonawca „musiał być transparentny w tym zakresie i „zaoferować” Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją”. Transparentne i rzetelne udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pytanie JEDZ, jeśli dane okoliczności miały miejsce, otwiera zamawiającemu drogę do rzetelnego zbadania zdolności podmiotowych wykonawcy co do okoliczności, które mogą mieć znaczenie w kontekście podstawy wykluczenia, natomiast wykonawcy umożliwia uwiarygodnienie swojej postawy jako profesjonalnego wykonawcy, który pomimo zaistnienia pewnych trudności z realizacją zamówienia w przeszłości, działa w sposób odpowiedzialny i wiarygodny, aby tym samym przekonać zamawiającego, że gwarantuje pełne zdolności do prawidłowej realizacji zamówienia.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z uwagi na złożenie oferty w warunkach zmowy przetargowej.

Izba zgodziła się w pełni z Zamawiającym, który stwierdził, że wspólne ubieganie się o zamówienie w celu realizacji umowy zostało przewidziane przepisami ustawy Pzp i nie stanowi o zmowie przetargowej.

Decyzja o tym czy dany wykonawca ubiega się o zamówienie samodzielnie czy też wspólnie z innym wykonawcą, czy i w jaki sposób łączą oni swoje potencjały, może być podyktowana szeregiem okoliczności, w tym chęcią optymalizacji wykorzystania posiadanych zasobów czy zaangażowaniem we wcześniejsze zawarte umowy. Fakt, że dany wykonawca posiada określone zasoby, nie jest jednoznaczne z możliwością ich wykorzystania w toku realizacji danego zamówienia, choćby z tego względu, że mogą one już być zaangażowane w realizację innej umowy. Chęć połączenia potencjałów przy realizacji przedmiotowego zamówienia nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba stwierdziła, że okoliczność zawiązania konsorcjum nie stanowi o zakłóceniu konkurencji. Powołane przez Odwołującego okoliczności również nie wskazują na wypełnienie przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. w sytuacji, gdy ww. wykonawcy udzielili odpowiedzi przeczącej w JEDZ Część III.C pyt. 7, podczas gdy na wykonawców nałożone zostały kary umowne w toku poprzednich umów realizowanych na rzecz Zamawiającego (okoliczność bezsporna).

Analogicznie, jak w przypadku zarzutu dotyczącego Odwołującego, Izba stoi na stanowisku, że wykonawcy zobowiązani byli udzielić rzetelnej odpowiedzi biorąc pod uwagę obiektywne okoliczności związane z realizacją uprzednich umów. Przesłanka wprowadzenia w błąd, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Bez znaczenia pozostaje przy tym okoliczność, że sankcje w postaci kar umownych zostały nałożone przez samego Zamawiającego, który, jak stwierdził, posiada wiedzę co do ich wysokości i podstaw naliczenia. Stan wiedzy Zamawiającego pozostaje bez znaczenia (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 11 marca 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 1/24). Wykonawca ma obowiązek składania w postępowaniu każdorazowo oświadczeń prawdziwych. Zamawiający z kolei zobowiązany jest dbać o transparentność postępowania i równe traktowanie wszystkich wykonawców, bez względu na to, na rzecz którego podmiotu wykonawcy realizowali poprzednie umowy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp

oraz § 7 ust. 2 pkt 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. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku $\frac{1}{2}$ i bezzasadne w pozostałej części ($\frac{1}{2}$). Izba nakazała zatem zwrot przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 7 500,00 zł stanowiącej połowę wpisu od odwołania wniesionego przez Odwołującego. Izba zniósła koszty wynagrodzenia pełnomocników obu stron postępowania wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym.

Przewodnicząca: