Sygn. akt: KIO 4728/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:K. Paprocka
K. Prowadzisz .....
Małgorzata Rakowska
Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2024 r. przez wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej
w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Bytom
przy udziale uczestników zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, FCC Polska sp. z o.o. w Zabrzu oraz FCC Śląsk sp. z o.o. w Zabrzu

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 4728/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Bytom prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. ODBIERANIE ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH OD WŁAŚCICIELI NIERUCHOMOŚCI ZAMIESZKAŁ TERENIE MIASTA BYTOM. Wewnętrzny identyfikator: PA.271.2.1.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 13 września 2024 r., pod nr: 2024/S 179-552537. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.
W dniu 13 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej od następujących czynności Zamawiającego:

1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, FCC Polska sp. z o. o. z siedzibą w Zabrzu oraz FCC Śląsk sp. z o. o. z siedzibą w Zabrzu (dalej jako: „Konsorcjum FCC");
2) zaniechanie wykluczenia ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;
3) zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy oferta ta została złożona przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący (dalej również jako: „PreZero") zarzucił Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „PZP") w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FCC, w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadzili w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania i zataił przed Zamawiającym informację o tym, że wobec każdego z członków Konsorcjum FCC zostały wydane ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu przez tych wykonawców obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, którymi to decyzjami wymierzono

każdemu z członków Konsorcjum FCC kary pieniężne w związku z nieosiągnięciem poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, a następnie nie uwzględnił w poprawionym JEDZ faktu wcześniejszego zatajenia ww. informacji, czym w istocie uniemożliwił Zamawiającemu samodzielną ocenę tych okoliczności w kontekście oceny, czy zachodzą wobec wykonawcy – Konsorcjum FCC podstawy wykluczenia z postępowania przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c) PZP, jak również w art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP, przy czym wykonawca będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne, powinien mieć świadomość, iż okoliczność wydania ostatecznych decyzji administracyjnych o naruszeniu przez wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, ma istotne znaczenie w kontekście oceny, czy nie podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym, kierując się zasadą przejrzystości i lojalności wobec Zamawiającego winien był przedstawić informację o wydaniu tych decyzji, zatem zatajenie przez wykonawcę informacji o wydaniu takich decyzji (i analogicznie o ich zatajeniu) nie może być ocenione inaczej niż jako celowe działanie mające na celu ukrycie tych informacji przed Zamawiającym lub jako wyraz rażącego niedbalstwa, związanego z brakiem wiedzy o elementarnych zasadach ubiegania się o zamówienie publiczne oraz fakultatywnych przesłankach wykluczenia z takiego postępowania, nie zmienia tej okoliczności fakt przeprowadzenia przez Konsorcjum FCC, już po otwarciu ofert i z własnej inicjatywy czynności samooczyszczenia, bowiem czynność ta nie dotyczyła zatajonych wcześniej informacji;
względnie (w przypadku nie uwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2b) powyżej

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FCC, w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, i zataił przed Zamawiającym informację, że wobec każdego z członków Konsorcjum FCC zostały wydane ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu przez tych wykonawców obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, którymi to decyzjami wymierzono na każdego z członków Konsorcjum FCC kary pieniężne w związku z nieosiągnięciem poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, a następnie nie uwzględnił w poprawionym JEDZ faktu wcześniejszego zatajenia ww. informacji, czym w istocie uniemożliwił Zamawiającemu samodzielną ocenę tych okoliczności w kontekście oceny, czy zachodzą wobec wykonawcy – Konsorcjum FCC podstawy wykluczenia z postępowania przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c) PZP, jak również w art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP, przy czym wykonawca będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne, powinien mieć świadomość, iż okoliczność wydania ostatecznych decyzji administracyjnych o naruszeniu przez wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, ma istotne znaczenie w kontekście oceny, czy nie podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym, kierując się zasadą przejrzystości i lojalności wobec Zamawiającego winien był przedstawić informację o wydaniu tych decyzji, nie zmienia tej okoliczności fakt przeprowadzenia przez Konsorcjum FCC już po otwarciu ofert i z własnej inicjatywy czynności samooczyszczenia, bowiem czynność ta nie dotyczyła zatajonych wcześniej informacji, stąd też podanie przez Konsorcjum FCC informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być oceniane jako przejaw niedbalstwa (i to zdaniem Odwołującego niedbalstwa rażącego).

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania oraz jego uwzględnienie w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3)wykluczenia z postępowania Konsorcjum FCC oraz odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Jak uzasadnił w odwołaniu, na każdego z członków Konsorcjum FCC zostało nałożony szereg ostatecznych decyzji administracyjnych w przedmiocie naruszenia przez członków Konsorcjum FCC obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, którymi to decyzjami wymierzono zarówno wobec spółki FCC Polska sp. z o.o. jak i spółki FCC Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu kary pieniężne w związku z nieosiągnięciem poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Odwołujący wyjaśnił, iż przedmiotowe decyzje uzyskał w trybie dostępu do informacji publicznej. Wskazał, iż co do FCC Polska sp. z o.o. wydano 10 ostatecznych decyzji, z lat 2021-2023, pochodzących od organów takich jak Prezydent Miasta Łodzi, Prezydent Miasta Bytomia, Prezydent Miasta Tomaszowa Mazowieckiego, Prezydent Miasta Chorzów, Wójt Gminy Tomaszów Mazowiecki w sprawie nałożenia na spółkę kary pieniężnej za nieosiągnięcie w danym roku wymaganego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia określonych frakcji odpadów w kwotach od 220,00 zł do 35.992,95 zł. Z kolei, co do FCC Śląsk sp. z o.o. wydano 18 ostatecznych decyzji, z lat 2021-2023, pochodzących od Prezydenta Miasta Bytomia, Prezydenta Miasta Chorzowa, Prezydenta Miasta Łodzi, Prezydenta Miasta Tomaszowa Mazowieckiego, Wójta Gminy Tomaszów Mazowiecki w

sprawie nałożenia na spółkę kary pieniężnej za nieosiągnięcie w danym roku wymaganego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia określonych frakcji odpadów w kwotach od 956,00 zł do 35.113,00 zł. Zdaniem Odwołującego, oznacza to, że względem Konsorcjum FCC, w tym każdego z członków Konsorcjum FCC z osobna są spełnione przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP, skoro wykonawcy ci nie wskazali w JEDZ na ww. decyzje, nie złożyli wraz z ofertą żadnych wyjaśnień ani nie dokonali samooczyszczenia. Zaznaczył, że dopiero w dniu 12 listopada 2024 r. Konsorcjum FCC z własnej inicjatywy złożyło poprawiony dokument JEDZ oraz pisma zawierające samooczyszczenie każdego z członków FCC. Zdaniem Odwołującego, na etapie składania oferty zabrakło po stronie Konsorcjum FCC należytej staranności, skoro każdy z członków Konsorcjum FCC, pomimo posiadanej wiedzy nt. występujących wobec nich przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP, w dokumencie JEDZ załączonym do oferty, w odpowiedzi na zawarte w części III sekcja C pytanie, zaznaczyli odpowiedź, zgodnie z którą wykonawca „nie" naruszył obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska. Podniósł, że w jego ocenie, nie jest możliwe zastąpienie informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Ponadto, jego zdaniem złożenie poprawionego JEDZ wraz z samooczyszczeniem stanowiło przynajmniej pośrednio przyznanie, że wskazana okoliczność co najmniej mogła być przez Zamawiającego poczytana jako świadcząca o występowaniu wobec Konsorcjum FCC przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP. „Ponadto, w ocenie Odwołującego za dopuszczalne i hipotetycznie można byłoby uznać jeszcze takie zachowanie, w ramach którego Konsorcjum FCC, już po otwarciu ofert, z własnej inicjatywy przyznałoby się dodatkowo (oprócz przyznania się do wystąpienia w stosunku do nich przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp) do wcześniejszego zatajenia informacji oraz – działając na podstawie art. 110 ustawy Pzp – wyjaśniłoby dokładnie przyczyny zatajenia informacji, naprawiło szkodę (przekazując zatajone informacje) oraz podjęło natychmiastowe działania w celu wykazania swojej rzetelności (tj. obejmujące konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, zapobiegające podobnym przypadkom w przyszłości i zapewniające pełną przejrzystość przy przekazywaniu zamawiającym informacji istotnych dla przebiegu postępowania).", czego jednak Konsorcjum FCC nie uczyniło, wprost przeciwnie – jak wskazał Odwołujący – w uzupełnionym dokumencie JEDZ z 12 listopada 2024 r. Konsorcjum FCC oświadczyło, że nie znalazło się w sytuacji: „a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje (…)." PreZero zwrócił przy tym uwagę, na zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu (art. 16 pkt 1 PZP), w świetle której, w połączeniu z dyspozycją art. 109 ust. 1 pkt 2 PZP, premiowanie powinni być wykonawcy, którzy prowadzą swoją działalność w zgodzie z przepisami prawa ochrony środowiska, zaś negatywne konsekwencje powinny być wyciągane wobec tych wykonawców, którzy tego nie czynią. Podkreślił, że kluczowym jest, iż w stosunku do Przystępującego wydano liczne decyzje w przedmiocie naruszenia ochrony środowiska, w których nałożono sankcje w postaci administracyjnych kar pieniężnych. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum FCC miało pełną świadomość nałożonych na niego kar administracyjnych i ostatecznych decyzji administracyjnych, a mimo to składając ofertę, nie poinformowało o nich Zamawiającego. Odwołujący uznał to za zamierzone działanie (celowe zatajenie) lub rażąco niedbalstwo, zwłaszcza że dnia 31 października 2024 r. każdy z członków Konsorcjum FCC złożył oświadczenie potwierdzające aktualność danych i brak przesłanek do wykluczenia. O wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, w ocenie PreZero świadczy zaś fakt wyboru oferty Konsorcjum FCC jako najkorzystniejszej, tym samym ww. informacje stanowią informacje mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Jak wskazano w odwołaniu, ewentualne próby wprowadzenia zamawiającego w błąd lub przekazania mu informacji nieprawdziwych w ramach oświadczenia zawartego w treści JEDZ, prowadzić powinny do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP, w przypadku, gdy zamawiający przewidział w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ") badanie wystąpienia tych przesłanek wykluczenia. Odwołujący uznał, że Konsorcjum FCC można zarzucić co najmniej działanie lub zaniechanie nieumyślne, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, jako że wykonawca ten nie dochował należytej staranności.

W odpowiedzi z dnia 7 stycznia 2025 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 PZP, a z ostrożności procesowej, w przypadku stwierdzenia przez Izbę braku podstaw do odrzucenia odwołania, o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. Wyjaśnił, iż Odwołujący przekazał Zamawiającemu treść odwołania dnia 13 grudnia 2024 r., lecz nie przekazał ostatecznych decyzji administracyjnych, dotyczących każdego z członków konsorcjum FCC, wskazanych w treści odwołania jako dowody. Zwrócił uwagę, że decyzje te nie były załączone do odwołania, a powołane w treści odwołania z adnotacją „w aktach postępowania". Zamawiający podniósł, że: „Podstawa stwierdzenia, iż dokumenty te znajdują się w aktach postępowania może być wyłącznie przypuszczeniem Odwołującego ze względu na to, iż konsorcjum FCC składając self-cleaning objęło przedłożone dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa, o czym Odwołujący powziął wiadomość przy udostępnianiu informacji z postępowania i nie zakwestionował tego faktu (…)." Zdaniem Gminy Bytom, brak przedstawienia wskazanych w treści odwołania dowodów na potwierdzenie głównych

argumentów powoduje, iż odwołanie w tym zakresie jest niekompletne. Uzasadniając zaś wniosek o oddalenie odwołania, Zamawiający wskazał, że odwołanie jest bezzasadne, gdyż w niniejszym postępowaniu nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, skoro przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty – Konsorcjum FCC przedłożyło poprawione dokumenty JEDZ. Co więcej, jak wskazano w odpowiedzi na odwołanie, informacje dotyczące naruszenia obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska przez Przystępującego są znane Zamawiającemu, z racji nakładania kar pieniężnych decyzjami Prezydenta Miasta Bytomia, które wskazano w treści odwołania. Miasto Bytom wyjaśniło, że podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ewentualnych podstawach do odrzucenia ofert, Zamawiający posiadał poprawnie wypełniony dokumenty JEDZ dotyczące członków Konsorcjum. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, nie zaszły przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postepowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP. Ponadto, Gmina Bytom uznała, że pierwotnie złożone przez Konsorcjum FCC dokumenty JEDZ zawierają informacje będące odzwierciedleniem opinii, czy też oceny sytuacji Wykonawcy przy uwzględnieniu wąskiej wykładni art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP, dopuszczalnej w świetle m.in. analizy komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych wydanego przez Urząd Zamówień Publicznych odwołującego się do przepisów prawa ochrony środowiska w zakresie dotyczącym art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP, a nie innych ustaw. Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Zamawiającego nieuprawnione jest stwierdzenie, że doszło do zastąpienia oświadczenia nieprawdziwego prawdziwym, lecz doszło do sprostowania treści oświadczenia JEDZ. Tym samym, skoro Konsorcjum FCC złożyło poprawione dokumenty JEDZ i skorzystało z możliwości samooczyszczenia, to wyeliminowało tym samym podstawę do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie zakwestionował uznania przez Zamawiającego, że samooczyszczenie Konsorcjum FCC było skuteczne. Podkreślił również, iż podejmując decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty i braku istnienia podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania kierował się zasadą proporcjonalności (art. 16 pkt 3 PZP). Uznał, że: „decyzje, w których na wyłonionego wykonawcę nałożono kary pieniężne za nieosiągnięcie wymaganych w danym roku poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia określonych frakcji odpadów komunalnych są o marginalnej wartości w odniesieniu do wartości kontraktów zawartych na analogiczne okresy, które zostały przez konsorcjum FCC zrealizowane lub są w trakcie realizacji. Wykazane w treści odwołania wysokości kar pieniężnych stanowią zaledwie 0,07 % w stosunku do wartości kontraktów realizowanych wyłącznie na rzecz Gminy Bytom.” Zaznaczył przy tym, iż decyzje dotyczą odpadów z usług komercyjnych, których udział w ilości odpadów odebranych na terenie gminy jest nieznaczący. Co za tym idzie, Gmina Bytom uznała, że odrzucenie oferty Przystępującego byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, skoro doszło do drobnych nieprawidłowości i biorąc również pod uwagę powszechność nakładania ww. kar na podmioty świadczące usługi odbioru odpadów komunalnych.

Do akt sprawy wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, FCC Polska sp. z o.o. w Zabrzu oraz FCC Śląsk sp. z o.o. w Zabrzu, którzy wnieśli o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. W piśmie procesowym z dnia 3 stycznia 2025 r. Przystępujący wniósł ponadto o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 PZP, z uwagi na fakt, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odpowiednio kompletnej treści odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 PZP, tj. nie załączył dowodów wskazanych w treści odwołania, które jednocześnie stanowią załączniki do odwołania. Uzasadniając swój wniosek wskazał, że dowody, wymienione w treści odwołania stanowią integralną jego część, a zatem nieprzekazanie ich w terminie wynikającym z art. 514 ust. 2 PZP uniemożliwiło Zamawiającemu zapoznanie się z pełną treścią odwołania, zaś z uwagi na prekluzyjność terminów Odwołujący nie może już przywrócić tego terminu i uzupełnić braku załączników. Dodatkowo, w piśmie procesowym z 8 stycznia 2025 r., Przystępujący – uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania – podniósł, że do wprowadzenia Zamawiającego w błąd czy zatajenia informacji, które miałyby mieć jakiekolwiek skutki dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, nie doszło, a ww. przesłanki są kluczowe dla stwierdzenia istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP. W ocenie Przystępującego, Zamawiający swoją decyzję podjął w oparciu o pełną i prawdziwą informację przedstawioną mu samodzielnie i rzetelnie, przez Konsorcjum FCC w piśmie z 12 listopada 2024 r., przed dokonaniem czynności związanych z oceną spełniania przez niego podstaw wykluczenia oraz podjął się procedury samooczyszczenia. Podkreślił, że brak jest cezury czasowej dla dokonania skutecznego samooczyszczenia. Zdaniem Konsorcjum FCC, w dniu 3 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, co jednoznacznie potwierdza, że ocenił fakt wydania względem Przystępującego wskazanych mu decyzji oraz zmianę dokumentów JEDZ w tym zakresie i uznał samooczyszczenie Przystępującego w tym zakresie za skuteczne, co więcej Odwołujący tego nie kwestionuje. „Tym samym Zamawiający przed dokonaniem

wyboru Przystępującego mógł obiektywnie, w tym z poszanowaniem zasady proporcjonalności, ocenić kwestię związaną ze wskazanymi naruszeniami dot. obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. Posiadał bowiem pełną, dostarczoną mu przez Przystępującego, informację na temat relewantnych decyzji administracyjnych i mógł ocenić związane z nimi podstawy wykluczenia." Przystępujący podzielił również zapatrywanie Zamawiającego odnoszące się do zasadności uznania, że wykluczenie Przystępującego z postępowania byłoby nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 PZP). Podkreślił również, jako istotną kwestię braku możliwości uznania, że Konsorcjum FCC miało zamiar „zatajenia informacji" w przedmiocie podstaw wykluczenia, skoro część decyzji administracyjnych były wydane przez Prezydenta Miasta Bytomia, co więcej – wg Przystępującego - jest okolicznością wręcz notoryjną, iż właściwie wszystkie podmioty prowadzące działalność polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów o znacznej skali, były obciążane nakładanymi w drodze decyzji administracyjnych karami za pewne nieprawidłowości, w szczególności za nieosiąganie często nierealistycznych poziomów wymaganego recyklingu. Za istotne Przystępujący uznał również genezę i całokształt okoliczności zaistniałej sytuacji a wynikającej z błędu, co do interpretacji przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP. Konsorcjum FCC w przedmiotowym piśmie odniosło się również do argumentacji Odwołującego wskazującej na zasadę, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie można informacji nieprawdziwych zastąpić informacjami prawdziwymi, wskazując że takie stanowisko wyrażane w orzecznictwie i doktrynie nie może być stosowane w sposób absolutystyczny, automatyczny i nieproporcjonalnie do zaistniałego przypadku, w sposób zrównujący wszystkie przypadki podania nieprawdziwych informacji oraz generalnie wykluczający możliwość ich sanowania – stałoby to zadaniem Przystępującego – w jawnej sprzeczności z zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 16 PZP. Dla Konsorcjum FCC oczywiste jest uprawnienie do uzupełnienia lub poprawienia dokumentu jakim jest JEDZ, który jest niekompletny albo zawiera błędy, w oparciu o art. 128 ust. 1 PZP. Biorąc powyższe pod uwagę, Przystępujący skonkludował, że w niniejszym postępowaniu, ostatecznie nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd czy zatajenia przez Przystępującego informacji, a tym samym brak możliwości zastosowania wobec Przystępującego przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust 1 pkt 8 lub pkt 10 PZP.

Na rozprawie, Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania w kwocie 4.428,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, powołując się na przesłaną droga elektroniczną fakturę VAT. Zamawiający nie składał wniosku dotyczącego kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Izba stwierdziła ponadto, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP, w szczególności na podstawie art. 528 pkt 6 PZP. Zgodnie z powołaną podstawą prawną, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 PZP. Wbrew wnioskom i twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, ostateczne decyzje administracyjne, dotyczące każdego z członków Konsorcjum FCC, w sprawie nałożenia kar pieniężnych za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia określonych frakcji odpadów komunalnych, nie były załącznikiem do odwołania, toteż Odwołujący nie miał obowiązku przekazania ich razem z odwołaniem Zamawiającemu. Należy mieć na względzie, iż zgodnie z art. 535 PZP, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą nie obowiązuje prekluzja dowodowa, nie ma obowiązku przedstawienia wszystkich dowodów i twierdzeń już w odwołaniu. Oznacza to, iż Odwołujący mógł przedstawić decyzje, jako dowody na poparcie swoich twierdzeń, aż do zamknięcia rozprawy. Nie był zobowiązany do dołączenia ich do odwołania i nota bene tego nie uczynił. Odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby nie zawiera załączonych decyzji. Decyzje nie zostały również wymienione na końcu odwołania jako załączniki do niego. Sam Zamawiający dostrzegł powyższe, wskazując, że: „Odwołujący nie załączył do odwołania tych dokumentów, a jedynie w treści odwołania pod enumeratywnym wyliczeniem decyzji administracyjnych zamieszczono adnotacje: (w aktach Postępowania)." Zamawiający podnosił również, że: „Podstawa stwierdzenia, iż dokumenty te znajdują się w aktach postępowania może być wyłącznie przypuszczeniem Odwołującego ze względu na to, iż konsorcjum FCC składając self-cleaning objęło przedłożone dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa, o czym Odwołujący powziął wiadomość przy udostępnianiu informacji z postępowania i nie zakwestionował tego faktu." W tym kontekście wskazać należy, że powołanie się w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą na dokumenty, bez ich przedstawienia, z uwagi na przypuszczenie, że znajdują się one w aktach sprawy – może obciążać Odwołującego konsekwencjami nieudowodnienia faktu, na który się powołuje, lecz nie skutkuje odrzuceniem odwołania. Nie jest ponadto prawdą, jak podniósł Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 3 stycznia 2025 r., że dowody wymienione w treści odwołania stanowią jego integralną część i z tego powodu powinny być przekazane Zamawiającemu, w terminie wynikającym z art. 514 ust. 2 PZP. Z tych względów, Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 PZP.

Izba uznała, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie

odnoszącym się do zarzutów dotyczących wykonawcy Konsorcjum FCC i jego oferty, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Jak wskazał Odwołujący, gdyby Zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum FCC, to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, bowiem została sklasyfikowana na drugim miejscu, z uwagi na przyznaną tej ofercie liczbę punktów w zakresie kryterium oceny ofert. Izba ustaliła, że w postępowaniu wpłynęły 3 oferty, tj. oferta Konsorcjum FCC z ceną brutto 88.115.580,00 zł, oferta Odwołującego z ceną brutto 88.939.706,40 zł oraz oferta ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z ceną brutto 98.311.633,20 zł. Kryterium oceny ofert, w świetle Rozdziału XXI SWZ, po zmianie dokonanej dnia 2 października 2024 r., stanowiły: cena (90 pkt) oraz sposób zagospodarowania bioodpadów (10 pkt). Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 3 grudnia 2024 r., oferta złożona przez Odwołującego znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert – z punktacją 99,17 pkt, oferta wykonawcy ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. na trzecim miejscu – z punktacją 90,67 pkt, zaś za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum FCC – z punktacją 100 pkt. Ponadto, przyznać należy również rację Odwołującemu, iż została spełniona druga z przesłanek wniesienia odwołania, tj. możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Jak bowiem podniósł Odwołujący, szkoda ta będzie wynikała z poniesienia kosztów udziału w postępowaniu oraz z braku osiągnięcia zysku jaki przysługiwałby Odwołującemu z racji realizacji zamówienia – gdyby po przeprowadzeniu postępowania w sposób zgodny z przepisami PZP zamówienie zostałoby udzielone Odwołującemu. Tym samym, spełnione są – wynikające z art. 505 PZP – przesłanki materialnoprawne skorzystania przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpiło Konsorcjum FCC.

Przedmiotemzamówienia jest usługa odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych obejmująca w szczególności:

1)odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w granicach administracyjnych miasta Bytom,
2)wyposażenie nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy w granicach administracyjnych miasta Bytom w pojemniki lub worki do zbierania odpadów komunalnych, oraz utrzymywanie pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 4 do SWZ. Zamawiający wymaga od wybranego wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na warunkach określonych w Projektowanych postanowieniach umowy, zawartych w załączniku nr 3 do SWZ.

Według Rozdziału X SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wykluczy wykonawcę, wobec którego zachodzą przesłanki określone w szczególności w art. 109 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10 PZP, w tym wykonawcę który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną (art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP), który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP) oraz który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP). W ww. Rozdziale SWZ zaznaczono również, że m.in. w stosunku do tych podstaw wykluczenia istnieje możliwość zastosowania instytucji samooczyszczenia. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w sytuacji, gdy istnieje możliwość zastosowania instytucji samooczyszczenia zgodnie z art. 110 ust. 2 PZP, tj. jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, e) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, f) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

W świetle postanowień Rozdziału XII SWZ, wykonawca zobowiązany jest przekazać – wraz z ofertą – oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie winno być złożone

na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej jako: „JEDZ"). Wykonawca potwierdza w JEDZ brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, czym tymczasowo zastępuje wymagane podmiotowe środki dowodowe. W przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienie, JEDZ składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w szczególności w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP. W przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienie podmiotowe środki dowodowe składa każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Konsorcjum FCC złożyło wraz z ofertą: JEDZ dla FCC Polska sp. z o.o. w Zabrzu oraz JEDZ dla FCC Śląsk sp. z o.o. Zabrzu. W obu dokumentach, w Części III pkt C na pytanie: „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE" – zaznaczono „Nie".

Dnia 28 października 2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum FCC do złożenia, w trybie art. 126 ust. 1 PZP, podmiotowych środków dowodowych. Podmiotowe środki dowodowe wykonawcy ci złożyli dnia 31 października 2024 r. Obejmowały one również oświadczenia każdego z wykonawców o aktualności informacji zawartych w JEDZ.

Dnia 12 listopada Konsorcjum FCC przedstawiło samooczyszczenie każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie z osobna. Dokumenty te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, niemniej zostały w części odtajnione przez Zamawiającego. Wynika z nich, że wykonawca dokonując błędnej, zawężającej wykładni art. 109 ust. 1 pkt. 2 lit c PZP, wypełnił JEDZ w sposób nieprawidłowy wskazując „Nie" w odpowiedzi na powyższe pytanie dotyczące naruszeń obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska. Przystępujący wyjaśnił, że: „Wykonawca aktualnie ma świadomość, że konieczne jest uwzględnienie w tym miejscu poza aktem prawnym jakim jest ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 roku - Prawo ochrony środowiska także m. in. ustawę o odpadach i ustawę o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach. Nałożenie zatem na wykonawcę kar administracyjnych za naruszenie obowiązków wynikających z ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach może stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 2 lit c PZP z udziału w Postępowaniu i doprowadzić do odrzucenia oferty. W związku z powyższym, aby wykonawca w stosunku do którego zaistniały powyższe przesłanki wykluczenia mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia musi przeprowadzić skuteczną procedurę samooczyszczenia, o której mówi art. 110 ust. 2 PZP, co niniejszym Spółka czyni." Ponadto, Konsorcjum FCC dołączyło do ww. pisma dwa dokumenty JEDZ dla każdego z wykonawców, w których w Części III pkt C na pytanie: „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE" – zaznaczono odpowiedź „Tak", wskazano również, że przedsięwzięto środki w celu wykazania rzetelności.

Dnia 3 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum FCC.

W poczet akt sprawy odwoławczej wchodzą:

3)dokumentacja przekazana w postaci elektronicznej, zapisana na 2 płytach CD, przekazaną przez Zamawiającego w dniu 23 grudnia 2024 r., w szczególności zawierająca:

- –protokół postępowania,
- –ogłoszenie o zamówieniu,
- –SWZ wraz z załącznikami i wyjaśnieniami oraz zmianami,
- –Oferty wraz z załącznikami,
- –informacja z otwarcia ofert,
- –wezwanie do Konsorcjum FCC z 28 października 2024 r. w trybie art. 126 ust. 1 PZP,
- –odpowiedź na wezwanie od Konsorcjum FCC wraz z załącznikami,
- –wezwania do Konsorcjum FCC z 5 listopada 2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 PZP,
- –odpowiedzi na wezwanie od Konsorcjum FCC wraz z załącznikami,
- –pisma członków Konsorcjum FCC z 12 listopada 2024 r. pt. wyjaśnienia wykonawcy, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP wraz z załącznikami,
- –pismo Zamawiającego z dnia 20 listopada 2024 r. o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy w części za bezskuteczne i odtajnieniu dokumentów Konsorcjum FCC,

–zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty,

4)dowody powołane i złożone przez Odwołującego w odwołaniu lub na rozprawie, tj.:

–zestawienie tabelaryczne Odwołującego dotyczące decyzji administracyjnych w sprawie nałożenia kar pieniężnych wydanych na rzecz Przystępującego w latach 2021-2023 (dowód nr 1);

–dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Bytom" znak sprawy PA.271.2.1.2022, Zamawiający: Gmina Bytom (dowód nr 2);

–dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Mogilany" znak sprawy ZP.271.1.13.2024, Zamawiający: Gmina Mogilany (dowód nr 3);

–dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Mielec" znak sprawy ZP.271.51.2020, Zamawiający: Gmina Miejska Mielec (dowód nr 4);

5)dowody przedstawione przez Przystępującego na rozprawie, tj.:

–decyzja nr 3/2023 o nałożeniu kary pieniężnej z 10 maja 2023 r. na spółkę PreZero Service Południe sp. z o.o.,

–decyzja nr 042/GKRIOŚ/2023 Prezydenta Miasta Knurów z dnia 13 czerwca 2023 r. o nałożeniu kary pieniężnej na PreZero Recycling Południe sp. z o.o.,

–pismo Naczelnika Wydziału Inżynierii Środowiska Miasta Żory z 3 grudnia 2024 r.,

–decyzja nr 103/GKRIOŚ/2023 Prezydenta Miasta Knurów z dnia 22 listopada 2023 r. o nałożeniu kary pieniężnej na PreZero Recycling Południe sp. z o.o.,

–decyzja z dnia 5 października 2023 r. Wójta Gminy Krzyżanów o nałożeniu na PreZero Service Centrum sp. z o.o. kary pieniężnej, znak GO/.7062.01.2023.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie jest bezzasadne w całości, tak co do zarzutu głównego, jak też co do zarzutu ewentualnego.

Przechodząc do uzasadnienia oddalenia zarzutu pierwszego, głównego, należy wskazać, że jego podstawą było twierdzenie PreZero Service Południe sp. z o.o., iż Zamawiający – niezgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP – zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, w sytuacji gdy Konsorcjum FCC, zdaniem Odwołującego, w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadziło w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania wskutek zatajenia informacji o tym, że wobec każdego z członków Konsorcjum FCC zostały wydane ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu przez tych wykonawców obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, którymi to decyzjami nałożono kary pieniężne w związku z nieosiągnięciem poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że naruszenia ww. przepisów upatruje w pominięciu przez Zamawiającego, że w poprawionym dokumencie JEDZ Konsorcjum FCC nie wskazało na fakt wcześniejszego zatajenia ww. informacji.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, którego treść jest tutaj istotna, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Jak wynika z powyższego, przesłanką podstawy do wykluczenia wykonawcy zgodnie z hipotezą tego przepisu, jest w szczególności stwierdzenie zaistnienia po stronie wykonawcy, specyficznego nastawienia, w postaci zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd lub postawy objawiającej się rażącym niedbalstwem w tej kwestii. Działanie lub zaniechanie wykonawcy musi być celowe, ukierunkowane na osiągnięcie wskazanego w tym przepisie efektu, tj. ukrycia, zatajenia, zafałszowania informacji o podleganiu wykluczeniu z postępowania lub przynajmniej na tyle niedbałe, by móc stwierdzić, że wykonawca dopuszczał wprowadzenie zamawiającego w błąd. Dodatkowo, konieczne jest stwierdzenie, że w ten sposób wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, osiągnął efekt, czyli wywołał mylne wyobrażenie zamawiającego co do konkretnego stanu faktycznego, tj. że nie podlega wykluczeniu, a ponadto stwierdzenie, że mogło mieć to istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W tym kontekście, uzasadniając swoje stanowisko, Odwołujący zdaje się całkowicie pomijać, kluczową dla sprawy chronologię wydarzeń oraz w zasadzie treść przepisów regulujących postępowanie zamawiającego przy badaniu i

ocenie ofert, a następnie podejmowaniu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń (art. 223 ust. 1 PZP). Rezultat przeprowadzonych czynności badania i oceny ofert wyraża się w decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, odrzuceniu oferty wykonawcy, ustaleniu, że oferta nie podlega odrzuceniu, lecz jej ocena nie pozwala na uznanie jej za najkorzystniejszą albo wyborze oferty jako najkorzystniejszej, a niekiedy w unieważnieniu postępowania. Tym samym, rezultat czynności badania i oceny ofert materializuje się w decyzji zamawiającego. Dopóki zamawiający nie podejmie decyzji, dopóty badanie i ocena ofert trwa, a w jej toku zamawiający – jak już wskazano, może żądać wyjaśnień, złożenia stosownych dokumentów oraz podejmuje inne czynności, które potrzebne są mu do podjęcia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, celem udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 PZP).

Przypomnieć należy zatem, iż Przystępujący złożył ofertę wraz z dokumentem JEDZ dnia 22 października 2024 r., następnie dnia 31 października 2024 r. oświadczeniem potwierdził aktualność informacji zawartych w JEDZ i kolejno 12 listopada 2024 r. przedstawił poprawiony dokument JEDZ wraz z samooczyszczeniem. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dnia 3 grudnia 2024 r. Jeżeli zatem, w złożeniu dokumentu JEDZ z dnia 22 października Odwołujący upatruje wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Przystępującego, to w wyniku poprawienia tego dokumentu z dniem 12 listopada 2024 r. Przystępujący samodzielnie wyprowadził Zamawiającego z błędu. Doszło do tego jeszcze przed zakończeniem czynności badania i oceny ofert. Tym samym, złożenie błędnie wypełnionego JEDZ, nie mogło mieć wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Niemniej jednak, w ocenie Izby Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, ani Przystępujący przed Zamawiającym niczego nie zataił. Słusznie wskazał pełnomocnik Przystępującego, iż byłoby to niezwykle nieudolne działanie lub zaniechanie, skoro Zamawiający wiedział o wydanych wobec Przystępującego decyzjach administracyjnych o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska i wymierzających kary pieniężne, których wydanie jest podstawą do wykluczenia wykonawcy (art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP). Działając w oparciu o przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – organ Zamawiającego, tj. Prezydent Miasta Bytomia, sam wydał takie decyzje wobec Przystępującego. Decyzje te zostały wszak powołane przez Odwołującego jako dowód w niniejszym postępowaniu. Skoro zaś, art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP nie uzależnia zaistnienia podstaw do wykluczenia od wydania więcej niż jednej ostatecznej decyzji o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną i nie limituje tych podstaw określoną kwotą minimalną kary pieniężnej, to uznać należy, że nieistotne w tym kontekście były informacje o wydaniu pozostałych wskazywanych przez Odwołującego decyzji. Wystarczyło zatem, że Gmina Bytom posiadała wiedzę o wydaniu choćby jednej decyzji Prezydenta Miasta Bytomia o nałożeniu kary pieniężnej na któregokolwiek członka Konsorcjum FCC, by stwierdzić, że złożenie przez Przystępującego nieprawidłowo wypełnionego dokumentu JEDZ wraz z ofertą nie mogło wywołać po stronie Zamawiającego mylnego wyobrażenia co do istnienia podstaw do wykluczenia Konsorcjum FCC z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP.

W efekcie, na moment podejmowania decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający nie pozostawał w błędzie. Wskutek poprawienia JEDZ pismem Przystępującego z 12 listopada, dysponował pełnymi i rzetelnymi informacjami w przedmiocie istnienia podstaw do wykluczenia Konsorcjum FCC z postępowania. Nie ulega wątpliwości, że na moment złożenia poprawionego dokumentu JEDZ z dnia 12 listopada wraz z wyjaśnieniami i samooczyszczeniem – Zamawiający nadal nie zakończył przeprowadzania czynności badania i oceny ofert (nie podjął jeszcze decyzji o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty). Oznacza to, że działanie lub zaniechanie Przystępującego nie mogło mieć żadnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący bezzasadnie pomija fakt samooczyszczenia się przez Przystępującego. W tym kontekście, przedstawione przez Odwołującego dowody, w postaci dokumentacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Gminę Bytom z 2022 r., Gminę Mielec i Gminę Mogilany są irrelewantne. Fakt, że Przystępujący już w poprzednich postępowaniach Gminy Bytom i w postepowaniach prowadzonych przez innych zamawiających nie wskazywał w JEDZ na wydane wobec niego decyzje nie świadczy per se, iż działał celowo. Zwłaszcza, że jak wyjaśnił Zamawiający i Przystępujący – fakt nakładania na wykonawców tożsamych przedmiotowo decyzji jest powszechny, zaś wiedza o tym notoryjna, a nadto udowodnione zostało, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający o wydanych przez swój organ – Prezydenta Miasta Bytom o relewantnych decyzjach w kluczowym momencie postępowania wiedział. Istotne jest jedynie, że Konsorcjum FCC niedługo po złożeniu wraz z ofertą błędnie wypełnionego JEDZ – samodzielnie, bez wezwania, złożyło poprawiony JEDZ i dokonał samooczyszczenia.

W efekcie, wnioski wyciągane przez Odwołującego z faktu składania przez Przystępującego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia błędnie wypełnionych JEDZ, złożenia błędnie wypełnionego JEDZ w niniejszym postępowaniu,

potwierdzeniu przez Przystępującego dnia 31 października 2024 r. aktualności informacji zawartych w JEDZ, a następnie poprawienia JEDZ i złożenia samooczyszczenia z dniem 12 listopada 2024 r. – są nielogiczne. Działania lub zaniechania Przystępującego nie świadczą, zdaniem Izby, o istnieniu po jego stronie zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd co do istnienia podstaw wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, czy też o rażącym niedbalstwie, a bynajmniej Odwołujący tego nie wykazał.

Odnosząc się do zarzutu drugiego, ewentualnego, w ramach którego Odwołujący twierdził, że doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FCC, w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, i zataił przed Zamawiającym informację, że wobec każdego z członków Konsorcjum FCC zostały wydane ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu przez tych wykonawców obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, którymi to decyzjami wymierzono kary pieniężne w związku z nieosiągnięciem poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych – Izba nie podzieliła tego zapatrywania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym kontekście istotne jest zatem stwierdzenie, że wykonawca działał lekkomyślnie lub niedbale przedstawiając informacje powodujące mylne wyobrażenie zamawiającego o rzeczywistym stanie faktycznym, co jednocześnie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. W tym przepisie irrelewantne jest, czy do wprowadzenia w błąd doszło, istotne jest jedynie by informacje przedstawione przez wykonawcę miały charakter informacji mylnych.

Jakkolwiek w zaistniałym stanie faktycznym, informacje wskazane przez Przystępującego w pierwotnie złożonym wraz z ofertą JEDZ miały charakter informacji wprowadzających w błąd co do istnienia podstaw do wykluczenia tego wykonawcy, to jednak nie mogło to mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, z powodów, które zostały już wymienione wcześniej w niniejszym uzasadnieniu. Po pierwsze, Zamawiający już od początku postępowania, z racji wydania przez Prezydenta Miasta Bytomia decyzji o nałożeniu na członków Konsorcjum kar pieniężnych był świadom, że co do Przystępującego istnieją podstawy do wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP, po drugie, sam Przystępujący – przed zakończeniem czynności badania i oceny ofert – poinformował Zamawiającego o tym fakcie i złożył samooczyszczenie. Wszystko to spowodowało, że podejmując decyzje o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierował się prawdziwymi informacjami o podstawach do wykluczenia Konsorcjum FCC, a tym samym nie pozostawał pod wpływem informacji przekazanych w pierwotnie złożonym przez Przystępującego JEDZ i się nimi nie kierował – zatem, nie miały one i nie mogły mieć żadnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Ponadto, Odwołujący nie wykazał, na czym miałoby polegać niedbalstwo lub lekkomyślność Przystępującego. W treści odwołania nie ma na ten temat ani słowa. Z kolei, działanie celowe – jakie przypisywał Odwołujący Przystępującemu – wyklucza lekkomyślność lub niedbalstwo. Stąd, Izba pozostając związana treścią tak zdawkowego zarzutu, nie była uprawniona rozpatrzeć go w szerszym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, uznać należy, że takie sytuacje, jaka zaistniała na gruncie przedmiotowego postępowania, nie są objęte regulacją art. 109 ust. 1 pkt 8 ani pkt 10 PZP.

Warto również wskazać, że Izba nie odstępuje w niniejszym orzeczeniu od zasady wyrażanej w orzecznictwie, wg której nie można zastąpić informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi, niemniej – wbrew twierdzeniom odwołania – zasada ta odnosi się do innych sytuacji, niż zaistniała na gruncie niniejszego postępowania. Zasada ta ma bowiem zapobiegać sanowaniu nieakceptowalnych – z punktu widzenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – działań wykonawców, którzy przedstawiają zamawiającemu nieprawdziwe informacje, co zostaje następnie wykryte przez zamawiającego (zob. wyr. z 2 sierpnia 2022 r., sygn. KIO 1854/22). Zasada ta ma eliminować możliwość zastosowania art. 128 ust. 1 i ust. 4 PZP (poprzednio art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.) w sytuacjach, w których zrealizowane zostały przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 PZP. Byłby to wówczas przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i czyniłby instytucję wykluczenia z tego powodu w zasadzie martwą, skoro wykonawca miałby szansę naprawić swój błąd w trybie art. 128 ust. 1 i ust. 4 PZP. Zasada, o której mowa nie dotyczy zaś naprawienia błędów wykrytych przez samego wykonawcę i naprawionych na takim etapie postępowania, że nie miały one wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego lub, w przypadku których nie doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 w zw. z 8 ust. 2 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.). Izba – wobec oddalenia odwołania – postanowiła obciążyć Odwołującego w całości kosztami postępowania. Wobec braku stosownego wniosku i rachunków lub spisu kosztów, nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów.

Z tych względów Izba uznała jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..

……..

……..