

WYROK

z dnia 11 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Członkowie: Małgorzata Matecka

Aneta Mlącka

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 9 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 25 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. oraz M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J. z siedzibą lidera w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Zielonki

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: TAMAX Sp. z o.o. oraz W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości Oraz Przewóz Ładunków W. S. z siedzibą lidera w Sędziszowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu jako zarzut nr 3 i 7 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: TAMAX Sp. z o.o. oraz W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości Oraz Przewóz Ładunków W. S. z siedzibą lidera w Sędziszowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw do wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/2 odwołującego i w 1/2 zamawiającego 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.
4. Zasądza od zamawiającego Gminy Zielonki na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. oraz M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J. z siedzibą lidera w Krakowie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy).
5. W pozostałym zakresie znosi koszty postępowania odwoławczego między stronami.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

#x200eOdwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 2828/23

Uzasadnienie

Gmina Zielonki, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości rekreacyjno-wypoczynkowych z terenu gminy Zielonki, jak również z 2 Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK)”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 30 czerwca 2023 r., pod numerem 2023/S 124-389000.

W dniu 25 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. oraz M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J. dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj. wobec:

-zaniechania odrzucenia oferty oraz wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TAMAX sp. z o.o. – Lider Konsorcjum oraz W. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz ładunków W. S.,

- dokonania czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TAMAX sp. z o.o. – Lider Konsorcjum oraz W. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz ładunków W. S. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, w osobie W. S., podlegającego wykluczeniu z postępowania, mimo faktu, iż w Wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie

względnie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, w osobie W. S., podlegającego wykluczeniu z postępowania, mimo faktu, iż w Wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, podczas gdy, wskutek nienależytego wykonania Umowy nr ZP.272.28.2020 z dnia 19 listopada 2020 roku w sprawie zamówienia publicznego na: „Realizację obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków” (nr ref. postępowania: ZP.271.20.2020.JG) – został on obciążony przez Zamawiającego: Gminę Myszków (ul. Kościuszki 26, 42-300 Myszków) obowiązkiem zapłaty kar umownych w łącznej kwocie 433.100,00 zł.

2.Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, w osobie W. S., podlegającego wykluczeniu z postępowania, mimo faktu, iż w Wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość,

podczas gdy, na Wykonawcę W. S. zostały nałożone następujące ostateczne i prawomocne decyzje Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska:

a.ostateczną i prawomocną decyzją Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 1 lutego 2021 roku znak: WP.7062.2.25.2020.MG na ww. wykonawcę została nałożona kara pieniężna w związku z gospodarowaniem odpadami niezgodnie z posiadany zezwoleniem, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;

b.ostateczną i prawomocną decyzją Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 3 lutego 2021 roku znak: WP.7062.16.7.2020.MG została wstrzymana działalność ww. wykonawcy w miejscu prowadzenia działalności w miejscowości Dylaki (gm. Ozimek) pod adresem: 46-043 Dylaki 1A (zob. dane o miejscu prowadzenia dział. gosp. przez ww. wykonawcę w Rejestrze BDO, poz. 2; jest to jedyne miejsce prowadzenia działalności przez W. S. na terenie woj. opolskiego);

c.ostateczną i prawomocną decyzją Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 20 kwietnia 2022 roku znak: WP.7062.2.8.2022.MG na ww. wykonawcę została nałożona kara pieniężna w związku z gospodarowaniem odpadami niezgodnie z posiadany zezwoleniem, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;

3.W konsekwencji powyższych zarzutów naruszenie dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, w osobie W. S., podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na fakt, że Wykonawca ten 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

względnie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, w osobie W.S., podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na fakt, że Wykonawca ten 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

podczas gdy, Wykonawca W. S. kilkakrotnie oświadczył, zarówno w JEDZ jak i w późniejszym oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ, że nie podleganiu wykluczeniu z uwagi na treść art. 109 ust. 1 pkt 5) p.z.p. oraz art. 109 ust. 1 pkt. 7) p.z.p., co pozostaje w oczywistej sprzeczności ze obiektywnym stanem faktycznym.

4.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, w osobie W. S., podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na fakt, że Wykonawca ten 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

względnie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, w osobie W. S., podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na fakt, że Wykonawca ten 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 a to przedłożenie przez Wykonawcę, w uzupełnieniu oferty dokument Wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), w którym wskazał, że pojazdy o nr rej. SK 745WA, SC 397AP, SC 2306W, SC 1889W, SC 459CH, SC 8949R oraz S 2131T spełniają normę emisji spalin Euro 6,

podczas gdy, zgodnie z rokiem produkcji pojazdów oraz zaświadczeniami uzyskanymi od ich producentów pojazdy te spełniają normy Euro 4 lub Euro 5. Ponadto oświadczył, że pojazd o nr rej. SC 459CH jest śmieciarką, podczas gdy w rzeczywistości jest to samochód dostawczy.

5.art. 16 pkt 1) i 2) p.z.p. oraz art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 239 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. w zw. z art. 218 ust. 2 p.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy jego zachowanie wskazuje na naruszenia zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie czynności taka stoi w sprzeczności z przepisami ustawy p.z.p.

6.W konsekwencji powyższych zarzutów naruszenie treści art. 239 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. w zw. z art. 218 ust. 2 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, która to oferta podlega odrzuceniu.

7.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) p.z.p. w zw. z art. 117 ust. 4 i 5 p.z.p. poprzez jego nie zastosowanie i nie odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji w której Wykonawca TAMAX sp. z o.o. nie przedłożył żadnych wymaganych przez Zamawiającego dowodów na posiadanie wiedzy i doświadczenia wyrażającego się w zrealizowaniu w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem okresu składania ofert usług lub usługi polegających na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych

podczas gdy, z załącznika nr 7 do SWZ Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z którego wynika, które usługi wykonują poszczególni wykonawcy, wprost wynika, że Wykonawca TAMAX sp. z o.o. ma wykonać usługi fizycznego odbioru i transportu odpadów oraz zagospodarowania odpadów, do czego nie posiada wymaganego przez SWZ doświadczenia.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty oraz odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TAMAX sp. z o.o., os. Sady 20/2, 28-340 Sędziszów – Lider Konsorcjum oraz W.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz ładunków W. S., ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa.

Stanowisko Odwołującego:

Przedstawiając argumentację dla poparcia podnoszonych zarzutów Odwołujący wskazywał, że Wykonawca W. S. w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt. C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ wprost oświadczył, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.

Odwołujący podniósł, że oświadczenie to nie polega na prawdzie, ponieważ bezspornym jest, że W. S. w ciągu ostatnich kilku lat rażąco, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, a w szczególności gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę objętą zamówieniem publicznym na podstawie czego zostało nałożone na niego odszkodowanie.

Jak kontynuował, Wykonawca W. S. wskutek nienależytego wykonania Umowy nr ZP.272.28.2020 z dnia 19 listopada 2020 roku w sprawie zamówienia publicznego na: „Realizację obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków” (nr ref. postępowania: ZP.271.20.2020.JG), został obciążony przez Zamawiającego: Gminę Myszków (ul. Kościuszki 26, 42-300 Myszków) obowiązkiem zapłaty kar umownych w łącznej kwocie 433.100,00 zł. Opis przypadków nienależytego wykonania umowy został skonkretyzowany w treści poszczególnych not księgowych, stanowiących załącznik do niniejszego odwołania. Kary dotyczyły zdarzeń, które miały miejsce w latach 2021–2022.

Kwota ww. kar umownych została w całości ściągnięta przez Zamawiającego: Gminę Myszków ze środków gwarancji należytego wykonania umowy.

Wykonawca W. S. nie kwestionował ani w całości, ani w żadnej części, obciążenia go obowiązkiem zapłaty ww. kar umownych. Co więcej Wykonawca ten nie kasetonował również w żadnym zakresie istnienia roszczeń Gminy Myszków ani ich wysokości oraz ich ściągnięcia. Wykonawca W. S. nie wystąpił też do Sądu w tej sprawie.

Jak wskazywał Odwołujący, W. S. składając nieprawdziwe oświadczenia w JEDZ dopuścił się naruszenia zasad określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5) p.z.p. względnie art. 109 ust. 1 pkt t) p.z.p. i winien być z postępowania wykluczony.

Odwołujący wskazał również, że zatajenie w/w informacji powinno być również potraktowane jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, a co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo i powinno skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p. względnie 109 ust. 1 pkt 10) p.z.p.

W świetle powyższego oczywistym jest, że Zamawiający powinien uwzględnić podczas dokonywania oceny ofert wykonawców również kryteria rzetelności wykonawcy. Zamawiający natomiast nie weryfikując W. S. w inny sposób niż ocena cenowa dopuścił się naruszenia w/w przepisów ustawy p.z.p.

Dalej Odwołujący wskazywał, że Wykonawca W. S. w Części III (Podstawy wykluczenia) pkt. C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) JEDZ wprost oświadczył, że wedle własnej wiedzy nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska.

Powyższe oświadczenie z całą pewnością nie polega na prawdzie, ponieważ na Wykonawcę W. S. zostały nałożone następujące ostateczne i prawomocne decyzje Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska:

1. Ostateczna i prawomocna decyzja Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 1 lutego 2021 roku znak: WP.7062.2.25.2020.MG nakładająca na ww. wykonawcę karę pieniężną w związku z gospodarowaniem odpadami niezgodnie z posiadanym zezwoleniem, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;
2. Ostateczna i prawomocna decyzja Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 3 lutego 2021 roku znak: WP.7062.16.7.2020.MG wstrzymująca działalność ww. wykonawcy w miejscu prowadzenia działalności w miejscowości Dylaki (gm. Ozimek) pod adresem: 46-043 Dylaki 1A (zob. dane o miejscu prowadzenia dział. gosp. przez ww. wykonawcę w Rejestrze BDO, poz. 2; jest to jedyne miejsce prowadzenia działalności przez W. S. na terenie woj. opolskiego);
3. Ostateczna i prawomocna decyzja Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 20 kwietnia 2022 roku znak: WP.7062.2.8.2022.MG nakładająca na ww. wykonawcę karę pieniężną w związku z gospodarowaniem odpadami niezgodnie z posiadanym zezwoleniem, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Wskazując na powyższe z całą pewnością Wykonawca W. S. wiedział o nałożonych na siebie karach pieniężnych za

działania sprzeczne z ochroną środowiska, a zatem świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd co stanowi przesłankę do wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w Postępowaniu nie tylko na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) p.z.p. ale również art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p. względnie art. 109 ust. 1 pkt 10) p.z.p. Zdaniem jednak Odwołującego niniejsze naruszenie jest na tyle jaskrawe i nastąpiło z pełną świadomością, że podstawą wykluczenia winien być w tym przypadku art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p.

Co więcej Wykonawca W. S. w Części VI JEDZ oficjalnie oświadczył, że informacje podane w częściach II-V JEDZ są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd, a zatem składając oświadczenia w JEDZ W. S. działał z pełną świadomością i rozeznanem swojej sytuacji.

W konsekwencji powyższych zarzutów, mając na uwadze fakt, że Wykonawca W. S. kilkakrotnie oświadczył, zarówno w JEDZ jak i w późniejszym oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ, że nie podlega wykluczeniu z uwagi na treść art. 109 ust. 1 pkt 5) p.z.p. oraz art. 109 ust. 1 pkt. 7) p.z.p., co pozostaje w oczywistej sprzeczności ze obiektywnym stanem faktycznym, winien zostać oceniony przez Zamawiającego z uwzględnieniem art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p. względnie art. 109 ust. 1 pkt 10) p.z.p. Zamawiający natomiast nie dokonał takiej weryfikacji względem Wykonawcy W. S. czym naruszył przepisy p.z.p.

Dalej Odwołujący wskazywał, że Wykonawca wskazał, że pojazdy o nr rej. SK 745WA, SC 397AP, SC 2306W, SC 1889W, SC 459CH, SC 8949R oraz SC 2131T spełniają normę emisji spalin Euro 6. Zgodnie natomiast z informacjami jakie posiada Odwołujący pojazdy te spełniają normy spalin Euro 5. Okoliczność ta jest o tyle istotna, ponieważ bezpośrednio wpływa na punktację przyznaną w niniejszym postępowaniu. Wykonawca otrzymał dodatkowe 20 punktów, których otrzymać nie powinien z następujących przyczyn.

Norma spalin Euro 6 została wprowadzona dopiero w drugiej połowie 2014 roku. Oznacza to, że wszystkie pojazdy produkowane przed tą datą posiadają inne, niższe normy spalin.

Pojazdy przedstawione przez wykonawcę zostały wyprodukowane w latach, kiedy norma EURO6 jeszcze nie obowiązywała. Uznać więc należy, że Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego oświadczając nieprawdę, co przełożyło się bezpośrednio na punktację w przedmiotowym Zamówieniu.

Wykonawca zwrócił się do producentów w/w pojazdów celem wskazania jakie normy spalin w rzeczywistości spełniają w/w samochody. W odpowiedzi uzyskał informację, że pojazdy te spełniają normę Euro 5, czyli zgodną z datą ich produkcji.

Dalej Odwołujący wskazał, że Wykonawca oświadczył w wykazie narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ), że samochód znajdujący się w tabeli pod nr:

- nr 19 to Samochód ciężarowy śmieciarka IVECO nr rej SC 459CH, co nie polega na prawdzie, ponieważ jest to zgodnie z oświadczeniem W. S. z innego postępowania: „Pojazd z zabudową kontenerową, przeznaczony do zbiórki odpadów luzem”,
- nr 18 to samochód ciężarowy śmieciarka DAF o nr rej SC 1889W, co nie polega na prawdzie ponieważ jest to samochód marki MAN,
- nr 21 to samochód ciężarowy hakowiec IVECO o nr rej. SC 2131T, jednakże taki pojazd nie jest w ogóle identyfikowalny w rejestrach, a zatem można domniemywać, że albo nie istnieje albo Wykonawca podał błędne dane pojazdu.

Zdaniem Odwołującego, w świetle powyższego Zamawiający doprowadził w niniejszym postępowaniu do sytuacji, w której Wykonawca jest faworyzowany względem pozostałych oferentów poprzez fakt, że świadomie podając nieprawdę w dokumentach przetargowych, o czym Zamawiający miał wiedzę, i tak zostaje wybrany na Wykonawcę. Odwołujący natomiast podając prawdę w dokumentach zostaje postawiony w gorszej sytuacji, co nie powinno mieć miejsca. Zamawiający powinien zatem zbadać ofertę Wykonawcy również pod kątem naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

W zakresie ostatniego zarzutu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści SWZ w Części III pkt 1.3. wskazał, że warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia wyrażającego się w zrealizowaniu w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usług lub usługi polegających na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w łącznej ilości nie mniejszej niż 10000 Mg.

Zgodnie natomiast z zapisem SWZ Cześć V pkt 4, 5 i 6 dokumenty potwierdzające spełnienie postawionych przez Zamawiającego warunków, składają ci z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy odpowiadają za ich spełnienie. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z

wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W przypadku, o którym mowa w pkt. 5, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

W niniejszej sprawie dokumenty związane z doświadczeniem złożył wyłącznie Wykonawca W. S. Z załącznika nr 7 do SWZ „Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z którego wynika, które usługi wykonują poszczególni wykonawcy”, wprost wynika natomiast, że Wykonawca TAMAX sp. z o.o. ma wykonać usługi fizycznego odbioru i transportu odpadów oraz zagospodarowania odpadów, do czego nie posiada wymaganego SWZ doświadczenia.

Bezspornym jest zatem, w świetle literalnego brzmienia SWZ, ustawy p.z.p. oraz orzecznictwa KIO, że Wykonawca TAMAX sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu co do których zadeklarował wykonywanie w/w usług.

Skoro tak, to z uwagi na treść SWZ oraz cechy przedmiotowego zamówienia, rolą Zamawiającego było zweryfikować (co uczynił wadliwie na skutek swoich zaniechań), czy członkowie konsorcjum odpowiedzialni za realizację danej usługi stanowiącej część przedmiotowego zamówienia legitymują się odpowiednim doświadczeniem

Wskakując na powyższe Zamawiający naruszył treść art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) p.z.p. w zw. z art. 117 ust. 4 i 5 p.z.p. poprzez jego nie zastosowanie i nie odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji w której Wykonawca TAMAX sp. z o.o. nie przedłożył żadnych wymaganych przez Zamawiającego dowodów na posiadanie wiedzy i doświadczenia wyrażającego się w zrealizowaniu w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem okresu składania ofert usług lub usługi polegających na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, pomimo takiego wymogu wynikającego wprost z SWZ oraz art. 117 ust. 4 i 5 p.z.p.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 6 października 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zdaniem Zamawiającego odwołanie jest bezzasadne, a w związku z tym powinno podlegać oddaleniu w całości.

Zamawiający odniósł się do każdego z zarzutów i wskazywał, co następuje:

- Zarzut nr 1: W przekonaniu Zamawiającego, Odwołujący nie udowodnił, że ww. okoliczności winny stanowić podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 5 pzp.

Centralnym pojęciem przywołanego przepisu jest „poważne naruszenie obowiązków zawodowych”. Pojęcie to nie jest zdefiniowane na gruncie przepisów p.z.p ani innych aktów prawa polskiego. Definicji takiej nie zawiera również dyrektywa 2014/24, której art. 57 ust. 4 lit. c) był podstawą implementacji treści normy art.109 ust. 1 pkt. 5 p.z.p. do porządku krajowego. W sytuacji, w której nie istnieje definicja legalna danego pojęcia, należy przyjmować jego znaczenie prawne, które ma wówczas pierwszeństwo przed regułami języka potocznego, pod warunkiem, że pojęcie to ma ustalone, powszechnie akceptowane znaczenie.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że cech „poważnego wykroczenia zawodowego” nie będą miały jakiegokolwiek zdarzenia polegające na niskiej jakości świadczenia, niedokładności, niedbałości w wykonywaniu obowiązków czy też inne uchybienia powinnościom właściwym dla danego zawodu (jeżeli takie istnieją), choćby były stwierdzone przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Dla kwalifikacji takiej konieczne będzie zatem: odpowiednia waga naruszenia, która musi być poważnej rangi i ponadprzeciętnie istotna w relacji do „typowych” zdarzeń polegających na niskiej jakości świadczeń.

Nadto, na miano „poważnego naruszenia” będzie zasługiwać dopiero takie działanie wykonawcy, które wskazuje na „(...) zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony”¹, a zatem działanie o zawinionym charakterze. Idzie o takie stany rzeczy, w których zachowaniu wykonawcy można przypisać negatywną ocenę, w relacji do istniejącej normy postępowania (zarzucalność).

Z uwagi na skalę zamówienia realizowanego w na rzecz Gminy Myszków (wartość umowy opiewa na ponad 15 mln złotych), jej długotrwałość (24 miesiące), zakres obowiązków Wykonawcy związanych z odbieraniem i zagospodarowywaniem odpadów, okoliczności skutkujące obciążeniem W. S. karami umownymi, nie dają się kwalifikować jako „poważne naruszenie obowiązków zawodowych”. Zdarzenia wymienione w poszczególnych notach księgowych (powołanych jako dowody), nie wystąpiły bowiem w dostatecznym dla takiej kwalifikacji stopniu ani wadze.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący nie udowodnił, by zdarzenia skutkujące naliczeniem kar umownych były wynikiem winy Wykonawcy. Egzekwowanie kar z bezwarunkowej gwarancji należytego wykonania umowy samo w sobie nie stanowi dowodu tego, że Wykonawca nie kwestionował ich naliczenia. W szczególności zaś nie jest takim dowodem

twierdzenia Odwołującego o niekwestionowaniu przez Wykonawcę naliczenia kar, tym bardziej, że zdaje się być ono być oparte (wynioskowane) z samego faktu ich wyegzekwowania z gwarancji.

Jak kontynuował Zamawiający, Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 7 pzp wykluczeniu z postępowania podlega Wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Pod pojęciem „odszkodowania” o którym mowa wyżej należy rozumieć jedynie kary umowne o charakterze odszkodowawczym. Tymczasem żadna z okoliczności wymieniona w notach księgowych nie wywołała u zamawiającego - Gminy Myszków szkody; naliczone kary miały więc wymiar prewencyjny, a jako takie nie mieszczą się w hipotezie normy objętej art. 109 ust. 1 pkt. 7 pzp. Brak odszkodowawczego charakteru kar przesądzą o braku możliwości wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 pzp. Niemniej, niezależnie od powyższego, nie można stwierdzić, żeby zdarzenia będące podstawą naliczenia kar miały charakter znaczny, długotrwały bądź istotny. Przeciwnie, w ocenie Zamawiającego – abstrahując od kwestii tego czy były one przez Wykonawcę kwestionowane, czy też nie – były one w ocenie Zamawiającego raczej incydentalne i umiarkowanie znaczące (dotyczy to zarówno oceny jakościowej zdarzeń /rodzaj naruszeń/ jaki i ilościowej /częstotliwość/).

- Zarzut nr 2: W ocenie Zamawiającego zdarzenia będące podstawą rzeczonych decyzji nie wystąpiły w stopniu dostatecznie znaczącym, aby kwalifikować je jako „poważne naruszenie obowiązków zawodowych”. Nałożenie trzech kar, na mocy trzech różnych decyzji WIOŚ, nie wskazuje by naruszenia te wystąpiły w stopniu intensywności ani wadze na tyle znaczącym, by rzutowało to na wiarygodność wykonawcy jako zdolnego do prawidłowego wykonania zamówienia. Wagę tych naruszeń należy oceniać w relacji do rozległości działalności danego wykonawcy oraz w relacji do całości norm w zakresie ochrony środowiska obowiązujących dla działalności związanej z gospodarowaniem odpadami. Wziąwszy pod uwagę, że Wykonawca prowadzi działalność na terenie co najmniej 3 województw, obszerność norm związanych z ochroną środowiska, a także 3 letni (zgodnie z art. 111 pzp) przedział czasowy w którym dokonuje się oceny ewentualnych naruszeń, nałożenie trzech kar administracyjnych nie pozwala na ich kwalifikację jako „poważnego naruszenia zawodowego”.

Oznacza to, że fakt nałożenia rzeczonych kar na podstawie ww. decyzji można by ewentualnie oceniać w świetle fakultatywnej przesłanki wykluczenia wymienionej w art. 109 ust. 1 pkt. 2 lit. c) pzp, gdzie wydanie „ostatecznej decyzji administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska” jest wprost wskazana jako podstawa wykluczenia.

Jednak przesłanka ta ma charakter fakultatywny, a Zamawiający nie zdecydował o jej stosowaniu w przedmiotowym postępowaniu.

- Zarzut nr 3: Zarzut nr 3 odnosi się do naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt. 8 oraz pkt. 10 pzp w związku z rzekomym przedstawieniem przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji bądź informacji wprowadzających w błąd. Zarzut ten ma charakter wtórny i niesamoistny (mógłby się ostać wyłącznie przy założeniu zasadności zarzutów nr 1 oraz nr 2). Jako, że Zamawiający uważa zarzuty nr 1 oraz 2 za chybione i nie zasługujące na uwzględnienie, w konsekwencji nie może też uznać, by informacje w tym zakresie były nieprawdą ani wprowadzające w błąd.

- Zarzut nr 4: Zarzut ten jest w oczywisty sposób nieudowodniony przez Odwołującego. Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu, to na Odwołującym spoczywa obowiązek udowodnienia sformułowanych przez siebie twierdzeń. Odwołujący powołuje się na oświadczenia producentów, z których wynika, że pojazdy którymi dysponuje W. S., w dacie produkcji spełniały normę nie wyższą niż EURO 5. Zabieg ten jest jednak błędny albowiem prowadzi do wykazania jedynie tego co jest wprost napisane w treści tych oświadczeń; mianowicie że pojazdy spełniały normę EURO 5 na moment wyprodukowania. Zamawiający ma jednak na względzie, że podniesienie normy emisji spalin jest technicznie możliwe (m.in. poprzez montaż filtrów DPF cząstek stałych). Przeprowadzenie tego rodzaju technicznej modyfikacji może skutecznie prowadzić do zmiany wpisu w dowodzie rejestracyjnym. Możliwe jest więc, że dany pojazd spełnia normę emisji na poziomie wyższym niż miało to miejsce w momencie produkcji. Dla oceny zagadnienia miarodajnym jest wpis w dowodzie rejestracyjnym lub wpis w Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców. Zamawiający dokonał weryfikacji jednego z pojazdów wymienionych w odwołaniu (którego nr VIN był mu znany) w bazie CEPIK. W ten sposób potwierdził, że – inaczej niż twierdzi Odwołujący – pojazd spełnia normę emisji EURO 6.

Zarzut nr 5 i 6: Z uwagi na argumenty Zamawiającego odnoszące się do zarzutów nr 1, nr 2, nr 3, nr 4, a także nr 7, uznać należy, że Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wykluczenia

Odwolującego oraz odrzucenia jego oferty. Co za tym idzie nie mógł dopuścić się naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut nr 7: Zarzut jest oczywiście niezasadny. Zamawiający w postępowaniu nie określał opartego na art. 117 ust. 1 pzp szczególnego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie przedmiotowego zamówienia mieli swobodę w zakresie wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tym stanie rzeczy wykazanie spełnienia warunków udziału wyłącznie przez jednego uczestnika oferty wspólnej wywołuje skutek w postaci wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wszystkich uczestników oferty wspólnej (konsorcjum).

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: TAMAX Sp. z o.o. oraz W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości Oraz Przewóz Ładunków W. S. z siedzibą lidera w Sędziszowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dalej jako: „Przystępujący”). Wszystkie wymogi związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo, w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania, dopuszczone przez Izbę w poczet materiału dowodowego:

1. Dowody Odwołującego:

- a. Pismo Gminy Myszków z dnia 19 stycznia 2023 roku (znak: ON.1431.3.2023), informujące o tym, iż na wykonawcę WYWÓZ NIECZYSTOŚCI ORAZ PRZEWÓZ ŁADUNKÓW W. S. zostały nałożone przez Zamawiającego: Gminę Myszków kary umowne w kwocie 433.100,00 zł z tytułu nienależytego wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów;
- b. Umowa nr ZP.272.28.2020 z dnia 19 listopada 2020 roku wraz z załącznikami, zawarta pomiędzy Zamawiającym: Gminą Myszków i Wykonawcą: W. S., przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: WYWÓZ NIECZYSTOŚCI ORAZ PRZEWÓZ ŁADUNKÓW W. S.;
- c. Noty księgowe wystawione przez Gminę Myszków na rzecz WYWÓZ NIECZYSTOŚCI ORAZ PRZEWÓZ ŁADUNKÓW W. S.;
- d. Wezwania do zapłaty kar umownych kierowane przez Gminę Myszków do wykonawcy WYWÓZ NIECZYSTOŚCI ORAZ PRZEWÓZ ŁADUNKÓW W. S.;
- e. pismo Gminy Myszków do Korporacji Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych SA z dnia 5 stycznia 2023 roku (znak: OK.272.1.15.2020/2023.MB) zat. Żądanie wypłaty z gwarancji należytego wykonania kontraktu nr RW/GW/41/973/8884/2020 z dnia 18 listopada 2020 r.;
- f. Potwierdzenia transakcji – wypłata środków odszkodowania na rzecz Gminy Myszków z gwarancji należytego wykonania umowy;
- g. Informacja o odrzuceniu oferty W. S. z Gminy Liszki z dnia 20 września 2023 roku;
- h. decyzja Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 1 lutego 2021 roku znak: WP.7062.2.25.2020.MG;
- i. decyzja Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 3 lutego 2021 roku znak: WP.7062.16.7.2020.MG;
- j. decyzja Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 20 kwietnia 2022 roku znak: WP.7062.2.8.2022.MG;
- k. zrzut ekranu ze strony internetowej ;
- l. Oświadczenia Volvo Polska Sp. z o.o., DAF Firma Wanicki Sp. z o.o., IVECO Poland Sp. z o.o., Man Truck i Bus Polska Sp. z o.o.;
- m. Zdjęcia pojazdu o numerze rejestracyjnym SC 459CH;
- n. Pismo z Urzędu Miasta Częstochowy z dnia 13 września 2023 r.;
- o. zawiadomienie o wyborze oferty w postępowaniu prowadzonym przez gminę Krzeszowice „odbior i

zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy” położonych na terenie sektora 1 i 2 gminy Krzeszowice znak spraw RGK.271.5.2023, RGK.271.6.2023.

2. Dowody Przystępującego:

- a. Kserokopia dowodów rejestracyjnych pojazdów, które zostały zaoferowane przez Przystępującego do realizowanej usługi odbiorów odpadów;
- b. Strona tytułowa decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu nr WP.7062.2.25.2020.MG.;
- c. Strona tytułowa decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu nr WP.7062.2.8.2022.MG.;
- d. Decyzja Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu WP.7060.1.5.2022.MG.;
- e. Pismo p. W. S., na okoliczność kwestionowania naliczenia kar umownych i zasadności wypłaty z gwarancji ubezpieczeniowej;
- f. Zbiór pism na okoliczność odesłania not księgowych wystawionych przez gminę Myszków odnośnie naliczonych kar umownych, a tym samym kwestionowania ich zasadności;
- g. Zbiór protokołów częściowego wykonywania usługi, na okoliczność kwestionowania zasadności naliczonych kar umownych;
- h. Pismo przystępującego p. W. S. z 4 lutego 2021 r. skierowane do urzędu miasta Myszków zawierające zastrzeżenia co do przejezdności dróg, a tym samym dostępności wszystkich nieruchomości, do których mają być odbierane odpady w ramach prezentowanego zamówienia;
- i. Pismo przystępującego p. W. S. z 22 stycznia 2021 r. skierowane do Urzędu Gminy zawierające stanowisko p. W. S. w zakresie kwestionowania sposobu naliczania oraz wysokości kar umownych w związku z realizowaną usługą, na okoliczność określenia zakresu umowy oraz jej rozmiaru;
- j. zał. nr 10 do SWZ z postępowania o nr ZP 271.20.2020.JG.;
- k. Harmonogramy odbioru odpadów z wszystkich 17 rejonów gminy Myszków w miesiącach od lipca do grudnia, na okoliczność wykazania rozmiarów świadczonej usługi.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości rekreacyjno-wypoczynkowych z terenu gminy Zielonki, jak również z 2 Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK).

W części III SWZ punkt 2 Zamawiający wskazał na stosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, tj. m. in. określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8, 10 ustawy PZP.

Jako jeden z warunków udziału w postępowaniu określono obowiązek dysponowania specjalistycznymi jednostkami transportowymi z zainstalowanymi nadajnikami GPS umożliwiającymi śledzenie całej trasy pojazdu (od momentu wyjazdu z bazy do momentu zjazdu na bazę) oraz systemem monitoringu wraz z programem do odczytu danych, w tym:

1.4.3.1. min. 6 samochodami specjalnymi (śmieciarka) o konstrukcji zabezpieczającej przed rozwiewaniem, rozpylaniem i wydobywaniem się odcieków przewożonych odpadów oraz minimalizującej oddziaływanie czynników atmosferycznych na odpady, przystosowanymi do opróżniania pojemników o pojemnościach od 60l do 1100 l,

1.4.3.2. min. 3 samochodami przystosowanymi do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w workach, odpadów wielkogabarytowych,

1.4.3.3. min. 2 samochodami typu hakowiec do odbioru kontenerów z PSZOK.

Wykonawcy wraz z ofertą zobowiązani byli do złożenia dokumentu JEDZ (część IV punkt 2 SWZ), a następnie oświadczenia o aktualności informacji wskazanych w JEDZ (część IV punkt 3.2.4 SWZ).

Jako jedno z kryteriów oceny ofert Zamawiający określił „Kryterium środowiskowe – emisja spalin” o wadze 20 %.

Opis ww. kryterium jest następujący: „Jeżeli Wykonawca zadeklaruje w ofercie, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany przy użyciu samochodu/samochodów specjalistycznych wymaganych do zamówienia spełniającego normę w zakresie emisji spalin min. EURO6. Punkty będą przyznawane w następujący sposób:

za deklarację wykonywania przedmiotu zamówienia przy użyciu 1 sztuki spośród któregośkolwiek z samochodów do odbioru odpadów komunalnych z terenu gminy wykonawca otrzyma: 5 pkt. oraz po 5 pkt. za kolejną deklarację.

Maksymalnie w ramach kryterium można uzyskać 20 pkt.”

Oferty w postępowaniu zostały złożone przez trzy podmioty, w tym przez Odwołującego i Przystępującego.

W dokumencie JEDZ członek konsorcjum Przystępującego – Wywóz Nieczystości Oraz Przewóz Ładunków W. S. oświadczył m. in., 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;
- nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego;
- nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełniania kryteriów selekcji.

W załączniku nr 8 do SWZ, składanym na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, ww. wykonawca oświadczył, że aktualne są informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ w zakresie podstaw do wykluczenia wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 6, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7.

W dniu 15 września 2023 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Przystępującego z łączną punktacją na poziomie 100 punktów. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego z punktacją na poziomie 89,11 pkt.

Członek Konsorcjum Przystępującego Wywóz Nieczystości Oraz Przewóz Ładunków W. S. został obciążony przez Gminę Myszków karami umownymi w wysokości 433.100,00 zł przy realizacji umowy z dnia 19 listopada 2020 r. „Realizacja obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Myszków”.

Wobec ww. wykonawcy zostały również wydane następujące decyzje administracyjne:

- Decyzja Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu z dnia 1 lutego 2021 r. wymierzająca karę pieniężną w wysokości 1000 zł w związku z gospodarowaniem odpadami niezgodnie z zezwoleniem;
- Decyzja Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu z dnia 3 lutego 2021 r. wymierzająca wstrzymująca działalność polegającą na zbieraniu oraz przetwarzaniu odpadów bez wymaganej decyzji udzielającej zezwolenia;
- Decyzja Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu z dnia 20 kwietnia 2022 r. wymierzająca karę pieniężną w wysokości 2000 zł w związku z gospodarowaniem odpadami niezgodnie z zezwoleniem;
- Decyzja Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu z dnia 26 maja 2023 r. umarzająca postępowanie w sprawie wstrzymania działalności przez Pana W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości Oraz Przewóz Ładunków W. S.

Pismem z dnia 20 września 2023 r. oferta ww. wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 10 ustawy PZP w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Liszki pn. „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych z terenu gminy Liszki w okresie od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r.”. Wśród okoliczności faktycznych uzasadniających odrzucenie wykonawcy ww. zamawiający wskazał m. in. nałożenie na członka Konsorcjum Przystępującego kar umownych w Gminie Myszków.

Uzasadnienie prawne:

Zarzut nr 1:

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Z kolei zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP wykluczeniu podlega wykonawca, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zastosowanie ww. przesłanek wykluczenia nie jest możliwe w stosunku do każdego uchybienia w realizacji umowy. Chodzi tu o uchybienia mające charakter kwalifikowany – zasadniczo zmieniający jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiający osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji wymagana jest ich ocena, a także odniesienie się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki (tak: Wyrok SO w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r., XXIII Zs 22/22, jak również wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2020 r., KIO 3090/20).

Podkreślić należy, iż sam fakt mających miejsce nieprawidłowości oraz naliczenia kar umownych nie przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania tychże nieprawidłowości, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu.

Celem ustalenia czy zaistniała którakolwiek z ww. podstaw do wykluczenia wykonawcy zamawiający (lub w przypadku zarzutu zaniechania wykluczenia – odwołujący) powinien przeanalizować przyczyny, z powodu których kary umowne zostały na wykonawcę nałożone. Innymi słowy koniecznym jest wykazanie, że zostały one naliczone z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 109 ust. 1 pkt 7) lub z powodu zachowań, które można określić jako zawinione (działanie umyślne lub rażące niedbalstwo – art. 109 ust. 1 pkt 5). W tym celu Odwołujący powinien przeanalizować poszczególne zachowania Przystępującego pod kątem stopnia zawinienia, czego zdaniem Izby, nie zrobił. Odwołujący nie dowiódł zasadności wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy PZP, gdyż nie wykazał istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w tych przepisach.

Co więcej, Odwołujący nie przeprowadza analizy zachowań Przystępującego również pod kątem innych przesłanek, tj. brak jest w odwołaniu argumentacji czy poszczególne uchybienia skutkujące nałożeniem kary umownej należałoby kwalifikować jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący w zasadzie w ogóle nie odnosi się do tej przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 wywodząc, że sam fakt nałożenia kary umownej jest wystarczający dla zastosowania ww. przepisu. Tymczasem poszczególne zachowania Przystępującego skutkujące nałożeniem na niego kary umownej powinny zostać przez Odwołującego właśnie pod tym kątem przeanalizowane – czego Odwołujący zaniechał.

Warto w tym miejscu zacytować wyrok SO w Warszawie z dnia 17 czerwca 2022 r. XXIII Zs 71/22, w którym Sąd stwierdził, że „wykluczenie z postępowania jest, w ocenie sądu okręgowego, quasi sankcją karną, zatem wszystkie przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy powinny być szczegółowo zbadane”.

Po analizie stanowisk Odwołującego oraz zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w ww. przepisach, a więc zarzut należało oddalić. Sam fakt naliczenia kar umownych nie świadczy o tym, że dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy PZP, a na tym głównie Odwołujący opierał swoją argumentację.

Powyższe potwierdza także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 wskazał, iż wykluczenie z powodu wykroczeń zawodowych nie może mieć charakteru automatycznego (teza 41). Zawsze należy ocenić rozmiar i powagę naruszenia oraz stopień zawinienia.

Wobec powyższego, zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 2:

Drugi zarzut odwołania opierał się na decyzjach wydanych przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu wobec jednego z członków Konsorcjum Przystępującego. Zdaniem Odwołującego fakt wydania ww. decyzji świadczy o ziszczeniu się przesłanek wykluczenia wobec ww. wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, tj. o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość.

Izba nie zgodziła się z tak postawioną tezą.

Należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że dwie z decyzji dotyczą nałożenia na członka Konsorcjum Przystępującego kar administracyjnych w związku z gospodarowaniem odpadami niezgodnie z zezwoleniem. Kary wymierzono w wysokości 1 i 2 tys. złotych.

Zgodnie z art. 199 ustawy o odpadach (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1587) przy ustalaniu wysokości administracyjnej kary pieniężnej wojewódzki inspektor ochrony środowiska uwzględni rodzaj naruszenia i jego wpływ na życie i zdrowie ludzi oraz środowisko, okres trwania naruszenia i rozmiary prowadzonej działalności oraz bierze pod uwagę skutki tych

naruszeń i wielkość zagrożenia.

Z kolei zgodnie z art. 194 ust. 5 wspomnianej ustawy, administracyjną karę pieniężną wymierza się za gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadanym zezwoleniem, o którym mowa w art. 41. Kara wynosi nie mniej niż 1000 zł i nie może przekroczyć 1 000 000 zł.

Z zestawienia ww. przepisów wynika, że rodzaj i charakter naruszeń stwierdzonych ww. decyzjami był znikomy, gdyż zostały wyznaczone kary w dolnej granicy wymiaru. Nie można więc uznać, że w takim przypadku mowa jest o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, podważającym uczciwość członka Konsorcjum Przystępującego.

To samo dotyczy kary administracyjnej wymierzonej w związku ze zbieraniem i przetwarzaniem odpadów bez wymaganej decyzji udzielającej zezwolenia. Izba po analizie przedmiotowej decyzji doszła do wniosku, że nie można w zaistniałej sytuacji mówić o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, podważającym uczciwość. W zasadzie również Odwołujący nie dostarczył argumentów na potwierdzenie zaistnienia ww. przesłanki wykluczenia.

Izba zgadza się z Zamawiającym, że stwierdzone naruszenia nie wystąpiły w stopniu, intensywności ani wadze na tyle znaczącym, by rzutowało to na wiarygodność wykonawcy jako zdolnego do prawidłowego wykonania zamówienia.

Wskazać również należy, że fakt nałożenia rzeczonych kar na podstawie ww. decyzji można by ewentualnie oceniać w świetle fakultatywnej przesłanki wykluczenia wymienionej w art. 109 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy PZP, gdzie wydanie „ostatecznej decyzji administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska” jest wprost wskazane jako podstawa wykluczenia.

Jednakże przesłanki tej Zamawiający nie zdecydował się weryfikować w niniejszym postępowaniu, a więc nie ma ona zastosowania.

Zarzut nr 3:

Za zasadny Izba uznała zarzut nr 3, w zakresie w jakim Przystępujący nie wskazał w dokumencie JEDZ informacji o nałożonych na niego karach umownych.

W pierwszej kolejności Izba pragnie zwrócić uwagę, iż nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zarzut ten ma charakter wtórny i niesamoistny, a zatem mógłby się ostać wyłącznie przy założeniu zasadności zarzutów nr 1 oraz nr 2. Stwierdzenie przez Izbę przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 możliwym jest poprzez odniesienie się do przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 tylko w kontekście wypełniania dokumentu JEDZ. Nie jest zatem konieczne potwierdzenie się przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 by stwierdzić zaistnienie przesłanek wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10.

Dalej wskazać należy, że na skutek implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE wzrosło znaczenie oświadczeń własnych wykonawców. Jest to wynikiem, zarówno wprowadzenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, jak również faktu przemodelowania przebiegu procedury o udzielenie zamówienia publicznego w jej podstawowej formie, jak również wprowadzenia rozwiązania w postaci tzw. procedury odwróconej. Te kilka znaczących zmian doprowadziło do zwiększenia znaczenia oświadczeń wiedzy składanych przez wykonawców, w tym nałożyło na nich obowiązek większej staranności przy weryfikacji prawdziwości danych prezentowanych w toku postępowania. Tym samym wobec wykonawców należy obecnie stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych (tak: KIO w wyroku z dnia 2 maja 2018 r., KIO 596/18).

Wskazać należy, że pytanie JEDZ: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” nie ma charakteru ocennego. Pytanie to nie odnosi się do przesłanki winy, czy też „poważnego wykroczenia zawodowego”, które mogłyby być przez wypełniającego JEDZ różnie interpretowane. Powyższe pytanie jednoznacznie wymaga od wykonawcy wskazania konkretnych informacji o zdarzeniach, o ile takie nastąpiły. Skoro tak, wykonawca nie może zaznaczyć odpowiedzi „NIE”, jeśli zdarzenia objęte pytaniem miały miejsce. Wskazanie tych informacji nie jest jednoznaczne z przyznaniem, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a co za tym idzie, z obowiązkiem samooczystczenia.

Dla udzielenia odpowiedzi w formularzu JEDZ bez znaczenia pozostają przyczyny nałożenia na wykonawcę kar umownych, czy też ocena prawna tej czynności dokonana przez wykonawcę. Oznacza to, że wykonawca wypowiada się jedynie o faktach, natomiast po stronie zamawiającego pozostaje ocena, czy spełnione zostaną przesłanki

wykluczenia. Tym samym, nawet jeśli wskazywane przez Odwołującego w zarzucie nr 1 i 2 okoliczności, nie świadczą o poważnych naruszeniach zawodowych Przystępującego, nie oznacza to, że nie powinien on w dokumencie JEDZ poinformować o nich Zamawiającego w kontekście pozostałych pytań, o ile odpowiadają one dyspozycji tychże pytań.

W niniejszej sprawie Przystępujący w ww. pytaniu zaznaczył odpowiedź „NIE”, która to odpowiedź była niezgodna ze stanem faktycznym, a tym samym wprowadzała Zamawiającego w błąd. Treść pytania zawartego w formularzu JEDZ odnosi się jedynie do samego faktu rozwiązania umowy lub nałożenia odszkodowania/innych sankcji. Wskazanie odpowiedzi „TAK” nie jest jednoznaczne z koniecznością samoczyszczenia (tak też: KIO w wyroku z dnia 26 czerwca 2020 r., KIO 659/20).

Za wyrokiem SO w Warszawie z dnia 11 października 2021 r. XXIII Zs 80/21 wskazać należy, że przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe. Istotna jest treść przedstawionej zamawiającemu informacji i to, jaki skutek mogła ona wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od tego, czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Wykonawca składający ofertę obowiązany jest do dokonania uprzednio weryfikacji informacji przekazywanych zamawiającemu. Pominięcie tego obowiązku można rozpatrywać jedynie w kategoriach niezachowania należytej staranności lub braku dbałości w prowadzeniu działalności gospodarczej.

W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący zataił informacje o nałożonych na niego karach umownych, a więc przedstawił Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, co wprowadzało Zamawiającego w błąd. Niewątpliwym jest również potencjalny wpływ na czynności podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, zalicza się informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę podwyższony miernik staranności przy składaniu przez wykonawców oświadczeń w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz charakter omawianego pytania JEDZ, należy przypisać Przystępującemu co najmniej rażące niedbalstwo. Przystępujący miał wiedzę o nałożonych na niego karach umownych, a mimo to nie przedstawił Zamawiającemu stosownej informacji. Powyższego nie zmienia fakt, że Przystępujący nie czuł się ukarany i kwestionował nałożone na niego kary umowne. Fakt nałożenia kar umownych i ich ściągnięcia przez Gminę Myszków jest niewątpliwym, a pytanie w JEDZ nie odnosi się do innych okoliczności niż samo nałożenie odszkodowania lub innej porównywalnej sankcji. Skoro tak, zaistnienie stopnia winy, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, jest zdaniem Izby niewątpliwe.

Powyższe, zdaniem Izby, uzasadniało uwzględnienie postawionego zarzutu.

Z kolei jeśli chodzi o informacje na temat nałożonych na Przystępującego kar administracyjnych przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu, zaistniałą sytuację należałoby ewentualnie rozpatrywać pod kątem podania stosownych informacji w JEDZ przy pytaniu „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy?”. Wskazać jednak należy, że Zamawiający nie przewidział stosowania przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, a zatem wyłączony jest jakikolwiek wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez Zamawiającego. Skoro tak, nie ma mowy o zaistnieniu przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP.

Zarzut nr 4:

Wskazać należy, że Przystępujący przedłożonym materiałem dowodowym obalił twierdzenia Odwołującego. Z dowodów rejestracyjnych pojazdów wynika wprost, że co najmniej 4 z nich spełnia normę emisji spalin EURO6. Tym samym Przystępujący prawidłowo otrzymał w ramach kryterium maksymalną ilość punktów. Izba nie znalazła argumentów za tym, by poddać w wątpliwość rzetelność danych wpisanych w dowodach rejestracyjnych.

Dowód rejestracyjny jest dokumentem w rozumieniu art. 76 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 775). Zgodnie z tym przepisem dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone.

Jak wskazał w wyroku z dnia 12 czerwca 2019 r., sygn. akt III SA/Kr 1294/16 Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie dowód rejestracyjny jest zgodnie z przepisem art. 76 § 1 KPA dokumentem urzędowym sporządzonym w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania i stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone. Strona, która zaprzecza prawdziwości (autentyczności) dokumentu urzędowego albo twierdzi,

że zawarte w nim stwierdzenia, oświadczenia i poświadczenia upoważnionego podmiotu, od którego dokument ten pochodzi, są niezgodne z rzeczywistością, powinna tę okoliczność udowodnić.

Zdaniem Izby okoliczności, na które powoływał się Odwołujący, w żaden sposób nie obalają urzędowo stwierdzonych danych znajdujących się w dowodach rejestracyjnych pojazdów, którymi dysponuje Przystępujący. W zasadzie nie było między stronami sporne, że istnieje możliwość modyfikacji pojazdów by spełniały one wyższą normę, niż np. określona w dacie ich produkcji. Okoliczność, że pojazdy którym dysponuje Przystępujący wyprodukowane zostały w okresie, gdy norma EURO6 jeszcze nie obowiązywała, nie przesądza więc o tym, że obecnie normę tę mogą spełniać.

Jeśli chodzi o pozostałe twierdzenia Odwołującego, dotyczące samochodów nr 18, 19 i 21, Odwołujący nie zadał sobie trudu by w odwołaniu opisać, w jaki sposób podnoszone przez niego okoliczności miałyby przesądzać o konieczności wykluczenia Przystępującego z postępowania. Przede wszystkim nie przedstawił jakiegokolwiek analizy przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10. W związku z powyższym Izba również tę część zarzutu nr 4 uznała za niewykazaną, a więc podlegającą oddaleniu.

Zarzut nr 7:

Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy PZP w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jak z kolei stanowi art. 117 ust. 4 w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Innymi słowy, z treści art. 117 ust. 3 ustawy PZP wynika, że ten spośród wykonawców, który posiada zdolności do realizacji zamówienia (spełnia warunki udziału w postępowaniu), powinien zrealizować zamówienie w zakresie, do wykonania którego niezbędne są te zdolności. A contrario, wykonawca który części zamówienia, do której wymagane są określone zdolności, nie będzie realizował, nie musi wykazywać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie z oświadczenia konsorcjantów wynika, że obaj będą wykonywać czynności polegające na fizycznym odbiorze i transporcie odpadów komunalnych. Doświadczenia wyrażającego się w zrealizowaniu usług polegających m. in. na odbieraniu i zagospodarowywaniu odpadów dotyczył również warunek udziału w postępowaniu. Tymczasem tylko jeden z członków Konsorcjum wykazał się wymaganym doświadczeniem.

Niewątpliwie widać zatem, że pomiędzy złożonym wykazem usług, a oświadczeniem o podziale obowiązków złożonym wraz z ofertą, istnieją rozbieżności. Z oświadczenia wynika, że każdy z członków konsorcjum będzie wykonywać czynności polegające na odbiorze odpadów, a zdolnościami wymaganymi do realizacji tejże czynności legitymuje się tylko jeden z nich. Jest to sytuacja niedopuszczalna na gruncie art. 117 ust. 3, a zatem Zamawiający dostrzegając powyższe rozbieżności powinien był wystosować wezwanie do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych (za który należy również uznać oświadczenie z art. 117 ust. 4). Z poprawionych dokumentów powinno wynikać, że tylko ten z członków Konsorcjum, który wykazuje się odpowiednimi zdolnościami, będzie wykonywał czynności opisane warunkiem udziału lub stosownymi zdolnościami powinni wykazać się obaj członkowie Konsorcjum.

Z powyższych względów Izba uznała postawiony zarzut za zasadny. Biorąc jednak pod uwagę, że uwzględniony został zarzut dalej idący, podjęcie przez Zamawiającego ww. czynności pozostaje bezprzedmiotowe.

Jeśli chodzi o zarzuty nr 5 i 6, zdaniem Izby, mają one charakter wynikowy wobec pozostałych zarzutów odwołania i dotyczą naruszenia przez Zamawiającego ogólnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonych w art. 16 ustawy PZP. Z uwagi na potwierdzenie się zarzutów nr 3 i 7 zasadnym jest stwierdzenie, że również argumenty na potwierdzenie zarzutów wynikowych w części okazały się zasadne. Powyższe doprowadziło Izbę do przekonania, iż uzasadnionym jest obciążenie kosztami postępowania odwoławczego obie strony po połowie. Uwzględniając fakt, że uwzględnienie zarzutu nr 3 i 7 świadczy również o naruszeniu przez Zamawiającego art. 16 ustawy PZP i wyrażonych w nim zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba uznała powyższy podział kosztów za uzasadniony.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

