Sygn. akt: KIO 5060/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2024 roku przez wykonawcę **PreZero Recykling Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miejską Żory**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie**

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego PreZero Recykling Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie i:

2.1.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 768 zł 20 gr (słownie: siedemset sześćdziesiąt osiem złotych dwadzieścia groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę,

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 768 zł 20 gr (słownie: siedemset sześćdziesiąt osiem złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Zamawiającego związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę.

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 5060/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Żory prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*na zadanie pn*.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Żory, w tym: odbiór, przetransportowanie i przekazanie do unieszkodliwienia nieużytecznych środków farmaceutycznych (przeterminowanych lub zbędnych leków, produktów leczniczych, wyrobów medycznych o kodach 200132, 200131*) w placówkach zlokalizowanych na terenie miasta Żory oraz zorganizowanie, utworzenie i prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych dla mieszkańców Żor”, nr ref: ZP.271.12.1.2024, część 1 zamówienia „Świadczenie usługi w zakresie odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości mieszanych, położonych na terenie miasta Żory*”* – dalej jako: „Postępowanie”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, dalej „Pzp” lub „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 października 2024 roku pod nr 641259-2024.

W dniu 31 grudnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Prezero Recykling Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie zwanego dalej „Odwołującym”od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie niezgodnie z przepisami Pzp wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów (dalej: „ALBA”) jako oferty najkorzystniejszej, w warunkach naruszenia przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ALBA, podczas gdy ALBA:

a) zaniechała zadeklarowania w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp pełnego zakresu informacji dotyczących sytuacji, w których względem ALBY zastosowano sankcje związane z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego, jak i

b)deklaracją złożoną we właściwym podmiotowym środku dowodowym (oświadczeniu o aktualności JEDZ), potwierdzającą, że stan zadeklarowany w JEDZ pozostaje aktualny,

czym wprowadziła Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp

ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1, którego uwzględnienie wywołuje skutek dalej idący):

2)art. 128 ust. 1 lub 4 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 123 Pzp, poprzez uznanie, że ALBA wykazała spełnienie kryterium kwalifikacji wyrażone w postanowieniu 8.A ust. 4 pkt 2) SWZ podczas gdy:

a)w wykazie narzędzi oświadczyła, że dysponuje pojazdami na podstawie stosunku najmu / dzierżawy / leasingu,

b) w oświadczeniu wstępnym, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp ALBA oświadczyła, że spełnia kryteria kwalifikacji samodzielnie (bez powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego)

a więc nie wykazała w sposób prawidłowy i niebudzący uzasadnionych wątpliwości spełnienia ww. warunek udziału w Postępowaniu, co ze względu na przebieg Postępowania winno stanowić podstawę zastosowania przez Zamawiającego w tym zakresie procedury sanacyjnej wyrażonej w art. 126 ust. 1 Pzp, a co najmniej skierowanie przez Zamawiającego, do ALBA wniosku o złożenie wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 128 ust. 4 Pzp

Odwołujący żąda nakazania Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty ALBA jako najkorzystniejszej z dnia 21 grudnia 2024 r.,

2) ponowienia badania i oceny ofert w trakcie którego Zamawiający:

a) odrzuci ofertę ALBY na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) (zarzut 1),

ewentualnie:

b) wezwie ALBĘ do poprawienia wykazu narzędzi w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, ewentualnie do wyjaśnień względem treści wykazu narzędzi w trybie art. 128 ust. 4 Pzp

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ przysługuje mu status wykonawcy w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu oceny ofert. Oferta Odwołującego nie została odrzucona. Czynności

i zaniechania Zamawiającego, naruszające przepisy Pzp i kwestionowane niniejszym odwołaniem, stanowią okoliczności, które wprost i bezpośrednio udaremniają zakwalifikowanie oferty Odwołującego jako najwyżej ocenionej w ramach Postępowania (zarzut 1) lub świadczą co najmniej o wadliwości dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej (zarzut nr 2), w sposób mogący wpłynąć na wynik postępowania,

a na aktualnym etapie Postępowania nie jest uprawnione uznanie, że wykonawca ten spełnia kryteria kwalifikacji. W konsekwencji czynności i zaniechania Zamawiającego będące przedmiotem niniejszego odwołania, w sposób bezpośredni naruszają interes Odwołującego, który ubiega się o zamówienie udzielane w Postępowaniu.

Naruszające przepisy Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego mogą wywołać po stronie Odwołującego szkodę, materializującą się co najmniej w poniesieniu kosztów udziału

w Postępowaniu, w którym jako najkorzystniejsza została wybrana oferta ALBY względem której aktualizują się podstawy odrzucenia lub który co najmniej w toku dotychczasowego przebiegu Postępowania, nie wykazał, że spełnia kryteria kwalifikacji. Szkoda Odwołującego ma przy tym większy wymiar, albowiem kwestionowane czynności i zaniechania udaremniają mu uzyskanie zamówienia w ramach Postępowania, a więc uchylają osiągniecie przychodu, w tym zysku, z tytuły realizacji umowy o zamówienie publiczne.

Zamawiający dokumentami zamówienia zastrzegł zastosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wyrażonych w art. 109 ust. 1 pkt 1 – 10 Pzp (wszystkich ustawowo przewidzianych).

ALBA w złożonym w Postępowaniu oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp

w odpowiedzi na pytanie:

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? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:

udzielił odpowiedzi: TAK.

Działania ALBY w ww. zakresie nie stanowią przy tym standardowych dla tego wykonawcy, albowiem chociażby w JEDZ z dnia 24 października 2024 r. złożonym na potrzeby postępowania pn. „*Świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych na terenie Gminy Zbrosławice”,* nr. ref: PZP.271.17.2024, ALBA zadeklarowała na tożsame pytanie, odpowiedź: NIE.

Jednocześnie ALBA w JEDZ złożonym na potrzeby Postępowania wskazała, że:

„Informujemy, że Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o. (dalej jako Spółka lub ALBA lub Wykonawca) na podstawie art. 746 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (dalej: k. c.) w zw. z art. 139 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp), tj. z ważnych powodów wypowiedziała umowę o zamówienie publiczne nr 1835.2018 z dnia 18 października 2018r. zawartą z Miastem Chorzów, której przedmiotem było świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Chorzów (dalej jako Umowa). Rozwiązanie umowy nastąpiło ze skutkiem na dzień 15 lutego 2020r. z ważnych powodów.

Przekazujemy Państwu tę informację jedynie z daleko posuniętej ostrożności, aby nie narazić się na zarzut zatajenia jakichkolwiek informacji lub wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Okoliczność wypowiedzenia Umowy przez ALBA nie stanowi podstawy do wykluczenia Wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień Publicznych (dalej jako NPzp). (…)

Alba poinformowała Zamawiającego o okolicznościach powszechnie znanych,
w szczególności zamawiającym w województwie śląskim. Odnotowania wymaga, że ALBA sama wskazuje, iż od zaistnienia przedstawionego w JEDZ zdarzenia minął okres ponad 3 lat, co*rationea temporis* uchyla zastosowanie względem ALBY przesłanki wykluczenia
na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (stosownie do regulacji art. 111 pkt 4 Pzp). ALBA podnosi również, że *„Przekazujemy Państwu tę informację jedynie z daleko posuniętej ostrożności, aby nie narazić się na zarzut zatajenia jakichkolwiek informacji lub wprowadzenia Zamawiającego w błąd." (…).*
W świetle powyższego uzasadnione wątpliwości, co do lojalności przedkontraktowej ALBY wykazuje zatajenie innych okoliczności, które co najmniej w ujęciu temporalnym mogą stanowić podstawę zaktualizowania się względem ALBY przesłanki eliminacyjnej wyrażonej
w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp
ALBA pominęła m.in. poinformowanie o tym, że Gmina Siemianowice Śląskie:

1)naliczyła względem konsorcjum ALBA oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o na podstawie postanowienia § 11 ust. 2 pkt 21 umowy RK.272.11.2020 z dnia 26 lutego 2020 r. (nazwa oraz numer postępowania "Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Siemianowice Śląskie"; numer postępowania: RK.271.131.2019), dnia 8 stycznia 2021 r., karę umowną w wysokości 900,00 zł.
2)naliczyła względem konsorcjum ALBA oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. na podstawie umowy nr RK.272.0019.2021/ Zp.ru.59.2021 (nazwa oraz numer postępowania "Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Siemianowice Śląskie"; numer postępowania: Z15/2074, ZP.rp.18.2021) dnia 26 kwietnia 2022 r. karę umowna w wysokości 3400,00 zł,
3)naliczyła względem konsorcjum ALBA oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. na podstawie umowy nr RK.272.0019.2021 (nazwa oraz numer postępowania „Odbiór I zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Siemianowice Śląskie"; numer postępowania: ZP.RU.59.2021), dnia 26 października 2022 r. karę umowną w wysokości 1600,00 zł.

ALBA pomija również inne okoliczności, które posiadają doniosłość w perspektywie okoliczności, o których mowa w ww. pytaniu JEDZ, w tym o tym, że Miasto Chorzów w związku z naliczeniem kar umownych w ramach realizacji przez ALBĘ trzech kolejnych umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Chorzów, tj. umowy:

1) nr 378.2020 z dnia 14/02/2020 (zawartej w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego oznaczonego nr ref.: RZP. 271.134.2020),
2) nr 760.2020 z dnia 29/05/2020 (zawartej w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego oznaczonego nr ref.: RZP.271.297.2020),
3) nr 1831.2020 z dnia 31/12/2020 (zawartej w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego oznaczonego nr ref.: RZP. 271.385.2020)

złożyło względem ALBY, dnia 28 marca 2022 r. pozew o zapłatę.
Przywołane powyżej okoliczności, zostały całkowicie zatajone przez ALBĘ przed Zamawiającym, a zgodnie z deklarowanymi przez ALBĘ w JEDZ założeniami winny być one ujawnione w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp Stanowisko deklarowane przez ALBĘ w JEDZ – względem innych niż ww. okoliczności – znajduje poparcie w dorobku orzeczniczym oraz treści regulacji art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 Pzp
Dodatkowo należy wskazać, że ww. treść oświadczenia ALBY nie może zostać już zastąpiona informacją prawdziwą. Niemożliwość zastąpienia oświadczenia wstępnego ALBY, oświadczeniem o odmiennej treści, tj. wyjawiającym prawdę, nie jest możliwe tym bardziej,
że skoro wykonawca ten we właściwym podmiotowym środku dowodowym jakim pozostaje oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ z dnia 20 grudnia 2024 r. oświadczył, że stan ujawniony w JEDZ pozostaje aktualny, a tym samym dodatkowo potwierdził, że deklaracje zawarte w tym dokumencie są poprawne i ostateczne. Wykonawca ALBA zatem celowo i z zamierzeniem, systematycznie zataja okoliczności mogące dać asumpt do wyeliminowania go z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp
W niniejszej sprawie Zamawiający został pozbawiony – poprzez działania ALBY - możliwości dokonania rzetelnej oceny zaktualizowania się wobec tego wykonawcy przesłanki wyrażonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, albowiem wykonawca ALBA, wbrew rzeczywistemu stanowi faktycznemu, oświadczył, że nie istnieją jakiekolwiek okoliczności, które można rozpatrywać w perspektywie przesłanki eliminacyjnej wyrażonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp Wykonawca ALBA nie

wskazał w złożonym oświadczeniu JEDZ, kompletnych informacji co to tego, że nałożone zostało na niego odszkodowanie lub równoważna sankcja, co samo w sobie stanowi podstawę do wykluczenia go z Postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp). Warunkiem sine qua non dokonania oceny, czy dane zdarzenie kwalifikuje się jako podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jest powzięcie informacji o danym zdarzeniu. Skoro całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bazuje na oświadczeniach wykonawcy co do braku podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to oświadczenie wykonawcy powinno wskazywać na istnienie zdarzeń, które Zamawiający ma ocenić pod kątem wskazanych przepisów.
Nie jest więc tak, że przed wypełnieniem oświadczenia JEDZ wykonawca zobowiązany jest dokonać oceny swojej sytuacji pod kątem dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i wskazać
w oświadczeniu JEDZ tylko takie sytuacje, które potencjalnie mogą – w jego ocenie – zostać uznane za spełniające dyspozycję tego przepisu. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy znalazł się w określonej sytuacji, nie zaś ocena, czy sytuacja
ta spełnia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp Ocena w tym zakresie jest dokonywana przez Zamawiającego i może on jej dokonać tylko w oparciu o pełną, rzetelną informację pochodzącą od wykonawcy.

Zarzut uznania przez Zamawiającego, że ALBA wykazała spełnienie kryteriów kwalifikacji

Zgodnie z postanowieniem 8.A ust. 4 pkt 2) SWZ:
„Wykonawca ubiegający się o część 1 zamówienia: wykaże, iż posiada dostęp do narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych w celu wykonania zamówienia, wraz
z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, tj. dostęp do:

a) 6 pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych
z pojemników o pojemności 110/120l, 240l i 1100l spełniających normę spalania m.in. EURO-5, z funkcją kompaktującą każdy;
b) 2 pojazdów małogabarytowych przystosowanych do odbioru odpadów z posesji
o utrudnionym dojeździe, w tym o wąskich ograniczonych krawężnikami i chodnikami dojazdach; każdy pojazd musi posiadać system kompaktujący odpady. Każdy pojazd musi posiadać normę spalania m.in. EURO-5,
c) 1 pojazdu przystosowanego do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych,gromadzonych w workach, posiadającego normę spalania m.in. EURO-5,
d) 2 pojazdów z zabudową HDS oraz normą m.in. EURO-5 do odbierania odpadów wielkogabarytowych i opróżniania pojemników do selektywnego zbierania każdy,
e) 1 pojazdu osobowego do kontroli w terenie,
f) 1 pojazdu myjącego, który bazuje na myciu wodą pod wysokim ciśnieniem o zamkniętym obiegu wody z filtrami pozwalającymi na wielokrotne wykorzystanie wody lub urządzenie myjące pod ciśnieniem bez podłączenia do prądu i wody na pojeździe wyposażonym
w zbiornik o zamkniętym obiegu wody.”

ALBA w JEDZ na pytanie:*czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?* oświadczyła, że: NIE.
Celem potwierdzenia spełniania ww. kryterium kwalifikacji Zamawiający w ramach podmiotowego środka dowodowego wymagał złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (dotyczy 1, 2 i 3 części zamówienia) – dalej jako „wykaz narzędzi” lub „wykaz”.
ALBA złożyła wykaz pojazdów zgodnie z którym:
ALBA oświadczyła, że dysponuje niektórymi pojazdami w sposób pośredni, tj. w oparciu
o dzierżawę / najem / leasing (w tym wskazanymi powyżej celem egzemplifikacji).
W oparciu o wykaz złożony przez ALBĘ nie jest możliwe niebudzące wątpliwości, bezwzględne oraz definitywne przesądzenie, że wykonawca ten dysponuje pojazdami
w sposób bezpośredni, a zatem, że wykazał spełnienie przywołanego powyżej kryterium kwalifikacji w sposób zgodny z deklaracją złożoną w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a tym samym nie dopuszczając się naruszenia art. 123 Pzp
Zważając na powyższe, w ocenie Odwołującego, to ALBA, ze względu na nieodzowność dochowania standardu należytej staranności przy wykazaniu spełnienia kryterium kwalifikacji, winna tak sformułować informacje w wykazie narzędzi (pojazdów), aby jednoznacznie z niego wynikało, że dysponuje pojazdami w sposób bezpośredni. Zamawiający nie jest uprawniony do czynienia w tym zakresie, jakichkolwiek apriorycznych założeń czy domniemań, ze względu na konieczność zapewnienia równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia przeprowadzenia postępowania w sposób transparentny. Stąd w ocenie Odwołującego Zamawiający winien w oparciu o regulację art. 128 ust. 1 Pzp wezwać ALBĘ do poprawienia wykazu narzędzi, aby wskazany podmiotowy środek dowodowy wykazywał spełnianie

przez ALBĘ powyżej przywołanego warunku udziału w Postępowaniu. Ewentualnie ww. procedura winna zostać poprzedzona skierowaniem wniosku w trybie art. 128 ust. 4 Pzp o złożenie przez ALBĘ stosownych wyjaśnień, które mogą pozwolić na przesądzenie ww. niejednoznaczności.

W dniu 7 stycznia 2025 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie zwany dalej „Przystępującym", wnosząc o oddalenie całości jako bezzasadnego.

W dniu 3 lutego 2025 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 3 lutego 2025 roku Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł
o oddalenia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione w dniu 31 grudnia 2024 roku,
od czynności Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2024 roku. Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnionełącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone
w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy -
to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż zgodnie z:

- art. 109 ust. 1 ustawy Pzp; z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który:
  - 7)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;
  - 8)który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 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;
  - 10)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. 116 ust. 1 ustawy Pzp - W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu
  o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.
- art. 123 ustawy Pzp - Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków
  o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności
  lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków
  o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby
- art. 125 ust. 1 ustawy Pzp - Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza

oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

- art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp:

1.Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1)wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2)zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

4.Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

- art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez
ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych
w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że okoliczność że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych na terenie Gminy Zbrosławice" Przystępujący w oświadczeniu JEDZ z dnia 24 października 2024 r.na pytanie: *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? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat"
- zadeklarował odpowiedź: NIE, nie ma żadnego znaczenia dla rozpoznawanej sprawy. Oświadczenie złożone przez Przystępującego w przywołanym postępowaniu nie stanowi przedmiotu sporu objętego rozpoznawanym odwołaniem.

Następnie izba wskazuje, że nie dopuściła dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie w postaci Informacji uzupełniających do bilansu za lata 2021, 2022 i 2023 na okoliczność wykazania łącznych kar umownych jakie poniósł Przystępujący, ponieważ odnoszą się one do okoliczności wykraczających poza treść odwołania. Zgodnie z art. 555 Pzp. Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Pomimo tego, 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, okoliczności na potwierdzenie których dowody te zostały wskazane,
nie stanowiły zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział w treści SWZ fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone
w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 Pzp.(pkt 8.B. SWZ).

W odniesieniu do zarzutu dokonania niezgodnie z przepisami Pzp wyboru oferty najkorzystniejszej, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał aby Przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp.

Odwołujący stawia zarzut powołując się na trzy kary umowne nałożone na konsorcjum wykonawców: ALBA oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o., o istnieniu których Przystępujący nie poinformował Zamawiającego w oświadczeniu JEDZ, tj.:

1)kary umownej w wysokości 900,00 zł nałożonej przez Miasto Siemianowice Śląskie w dniu 8 stycznia 2021 roku,

2)kary umownej w wysokości 3 400,00 zł nałożonej przez Miasto Siemianowice Śląskie w dniu 26 kwietnia 2022 roku,

3)kary umownej w wysokości 1 600,00 zł nałożonej przez Miasto Siemianowice Śląskie w dniu 26 października 2022

roku

oraz

na pominięcie w oświadczeniu JEDZ informacji, że Miasto Chorzów złożyło względem Przystępującego w dniu 28 marca 2022 roku pozew o zapłatę.

Ponadto Odwołujący zarzuca, że Przystępujący w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ z dnia 20 grudnia 2024 roku, podtrzymał aktualność dotychczasowych oświadczeń, przez co celowo i z zamierzeniem, systematycznie zatajał okoliczności mogące dać asumpt do wyeliminowania go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba podkreśla, że w Instrukcji wypełniania JEDZ, przy odpowiedzi na pytanie:

„*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? Jeżeli *tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat: [] Tak [] Nie[…]*”

wskazano:

W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości
w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego
lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane
w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje. Wskazana podstawa do wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny,
tzn. zamawiający może ją przewidzieć do badania wykonawców w treści ogłoszenia
o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Wykonawca wypełnia formularz w tym zakresie tylko w sytuacji, gdy zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia.
W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat.

Stosownie zatem do treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, dla skutecznego wykluczenia wykonawcy
z udziału w postępowaniu konieczne jest wykazanie przez Odwołującego łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- -wykluczenie, musi być związane z niewykonywaniem zobowiązań z wcześniej zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji lub wykonywaniem ich w sposób nienależyty wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- -okoliczności związane z niewykonaniem zobowiązania lub nienależytym wykonaniem albo długotrwałym nienależytym wykonywaniem zobowiązania powinny doprowadzić
  do wypowiedzenia lub odstąpienia, odszkodowania, wykonania zastępczego
  lub realizacji uprawnień z rękojmi,
- -w każdym przypadku niezbędne jest zbadanie stopnia naruszenia zobowiązań przez wykonawcę, jedynie bowiem nienależyte wykonywanie w znacznym stopniu lub zakresie oraz jedynie zobowiązań istotnych będzie przesłanką wykluczenia.

W świetle powyższego, stwierdzić należy że nie każde nienależyte wykonanie umowy
w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji będzie stanowiło podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz tylko takie, które wskazuje na nienależyte wykonanie
w znacznym stopniu lub zakresie, albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań wynikających z umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Warto w tym miejscu przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 22/22, w którym wskazano, że *nie każde też uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie, które ma charakter kwalifikowany. Muszą być to takie uchybienia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają 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. (...) Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego nie zasługuje na aprobatę argumentacja skarżącego zmierzająca do uznania,*

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

Odwołujący jako uzasadnienie dla stawianego zarzutu przywołuje jedynie okoliczności dotyczące braku poinformowania Zamawiającego o naliczeniu Przystępującemu kar umownych oraz o złożeniu pozwu o zapłatę, bez wskazania żadnej argumentacji potwierdzającej, że powyższe wypełniają przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie odwołuje się wprost do kar umownych, lecz do odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W przypadku kar umownych, za zasadne dla wystąpienia przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp mogą być uznane jedynie te kary umowne, które mają charakter odszkodowawczy. Okoliczność, że zostały nałożone na Przystępującego kary umowne nie jest wystarczająca do stwierdzenia, że zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba w pełni podziela stanowisko Przystępującego wyrażone w piśmie procesowym, że *stawianie znaku równości pomiędzy każdą karą umowną a odszkodowaniem jest całkowicie nieuprawnione, gdyż funkcja odszkodowawcza jest jedynie jedną z funkcji kar umownych.*

W przypadku umów o zamówienie publiczne kary umowne pełnią przede wszystkim funkcję prewencyjną oraz funkcję motywacyjną, a ich celem jest egzekwowanie realizacji postanowień umów zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Nie każda kara umowna mieści się więc w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Musi to więc być kara odnosząca się do przypadku, w którym Zamawiający poniósł szkodę. Do naliczenia kar umownych nie jest zaś konieczne zaistnienie jakiejkolwiek szkody po stronie wierzyciela (zamawiającego). W przypadku odpowiedzialności odszkodowawczej konieczne jest wykazanie adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy szkodą a zachowaniem je powodującym. Mimo że karę umowną nazywa się surogatem odszkodowania, to odszkodowanie i kara umowna są odrębnymi instytucjami prawa cywilnego i przez to nie są pojęciami tożsamymi w prawie cywilnym.

Zauważenia wymaga, co istotne w sprawie, że Odwołujący ani w treści odwołania ani podczas rozprawy nie wykazał, że nałożone na Przystępującego kary umowne miały charakter odszkodowawczy, a w odniesieniu do pozwu o zapłatę, nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie tego faktu.

Trudno również uznać argumentację Odwołującego za zasadną co do zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, w kontekście wykazania przez Przystępującego podczas rozprawy prawidłowości wykonania zamówień przywoływanych przez Odwołującego. Przystępujący wykazał bowiem, że pomimo nałożenia kar umownych, zarówno Gmina Siemianowice Śląskie, jak i Gmina Chorzów, oświadczyły o prawidłowości wykonania całych zamówień, na dowód czego Przystępujący przedłożył stosowne referencje.

W tych okolicznościach, ponieważ Odwołujący nie wykazał, że w odniesieniu do Przystępującego zachodziły przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to brak informacji o powyższych karach umownych w oświadczeniu JEDZ i oświadczeniu o aktualności JEDZ, nie mógł prowadzić do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Pzp. Brak jest bowiem podstaw do uznania, że niepodanie kwestionowanych informacji o naliczonych karach umownych oraz pozwie o zapłatę mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Izba nie uwzględniła również zarzutu ewentualnego, dotyczącego naruszenia art. 128 ust. 1 lub 4 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 123 Pzp. poprzez uznanie, że ALBA wykazała spełnienie kryterium kwalifikacji wyrażone w postanowieniu 8.A ust. 4 pkt 2) SWZ, podczas gdy nie wykazała ona w sposób prawidłowy i niebudzący uzasadnionych wątpliwości spełnienia ww, warunku udziału w Postępowaniu, co winno stanowić podstawę do zastosowania przez Zamawiającego w tym zakresie procedury sanacyjnej wyrażonej w art. 126 ust. 1 Pzp, a co najmniej skierowanie przez Zamawiającego, do ALBA wniosku o złożenie wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 128 ust. 4 Pzp.

W treści SWZ pkt 8.A ust. 4 pkt 2) Zamawiający ustanowi warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu, iż wykonawca posiada dostęp do narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych w celu wykonania zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, określając ilość i rodzaj wymaganych

pojazdów.
Przystępujący wskazał w oświadczeniu JEDZ, że w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV, nie polega na zdolnościach innych podmiotów. Również
w formularzu ofertowym wskazał, że zamówienie wykona siłami własnymi. W wykazie narzędzi złożonym jako podmiotowy środek dowodowy Przystępujący wskazał dla kilku pojazdów jako podstawę dysponowania: dzierżawę, najem i leasing, w pozostałym zakresie: własność.
Z powyższego, Odwołujący wywodzi, że Przystępujący nie wykazał w sposób prawidłowy i niebudzący uzasadnionych wątpliwości spełnienia ww. warunek udziału
w Postępowaniu, zatem Zamawiający winien skorzystać z procedury wskazanej w art. 128 ust. 1 Pzp. i wezwać Przystępującego do poprawienia wykazu narzędzi albo skierować
do Przystępującego wniosek o złożenie wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, które pozwolą na przesądzenie powyższych niejednoznaczności.
W ocenie Izby zarzut należy uznać za niezasadny.
Izba wskazuje, że sam Odwołujący na poparcie swojej argumentacji przywołuje orzecznictwo, z którego wynika, że dysponowanie rzeczą na podstawie umowy najmu, dzierżawy lub lesingu może być uznane za dysponowanie bezpośrednie.
Co za tym idzie, Odwołujący nie kwestionuje możliwości dysponowania bezpośredniego poprzez korzystanie z umowy najmu, dzierżawy lub lesingu, lecz wskazuje na wątpliwości wynikające z treści złożonych oświadczeń.
Odwołujący nie wykazał jednak na jakiej podstawie i jakie konkretnie okoliczności powinny budzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego i co powinno być przedmiotem wyjaśnienia.
Dodać należy, że ciężar dowodu obciąża tego, kto wywodzi z niego skutek prawny. Odwołujący poddając w wątpliwość spełnienie przez Przystępującego warunków udziału
w postępowaniu winien wykazać, dlaczego w jego ocenie oświadczenie złożone przez Przystępującego nie jest prawidłowe lub dlaczego powinno budzić wątpliwości Zamawiającego, skoro Przystępujący złożył oświadczenie na wskazanych formularzach, wypełniając je zgodnie z treścią poleceń w nich zawartych, a zatem w sposób poprawny.
Próżno jednak szukać takiej argumentacji i dowodu w treści odwołania.
Nie można również pominąć stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi
na odwołanie, zgodnie z którym: *W części II pkt C formularza JEDZ wykonawca wyraźnie zaznaczył, że nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji z części IV oraz V formularza JEDZ. W formularzu ofertowym (zał. nr 1 do SWZ) wykonawca również nie wskazał podmiotów, na których zasoby ww. wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w rozumieniu art. 118 P.z.p.). Do oferty nie zostało dołączone zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Przystępującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia ani JEDZ podmiotu trzeciego. W konsekwencji Zamawiający wezwał Wykonawcę zgodnie z przepisem art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p. do złożenia w wyznaczonym terminie,*
nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W wezwaniu tym Zamawiający prosił jedynie o dokumenty
od Wykonawcy, natomiast nie było podstaw do tego by przedłożył również dokumenty
od podmiotu trzeciego potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu
oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby, stosownie do art. 125 ust. 5 Pzp. W odpowiedzi
na wezwanie Zamawiającego Wykonawca przedłożył wymagane dokumenty. W wykazie narzędzi Wykonawca oświadczył, że część wymaganego sprzętu jest jego własnością, część jest w leasingu, część stanowi przedmiot najmu lub dzierżawy. Wykonawca nie wskazał nigdzie w swoim oświadczeniu, że leasing, dzierżawa czy najem nastąpił w ramach polegania na zasobach podmiotu trzeciego. W świetle złożonych w postępowaniu dokumentów Przystępujący nie powoływał się zatem na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania,
że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego.
Zamawiający przywołał również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, (które skład orzekający w pełni podziela i przyjmuje za własne) potwierdzające, że zarówno umowa dzierżawy jak i umowa leasingu zapewniają wystarczający tytuł do dysponowania pojazdami
i wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą (wskazanymi pojazdami) brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu (KIO 2664/20), oraz że bycie stroną umów leasingowych powoduje dysponowanie w ramach potencjału własnego, bez konieczności przedstawiania zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasób (KIO 3448/22).
W tych okolicznościach, wobec braku wykazania dlaczego Zamawiający winien skorzystać

z procedury wyjaśniającej lub sanującej, co powinno podlegać wyjaśnieniu oraz na czym polegała nieprawidłowa czynność Zamawiającego w uznaniu wykazu narzędzi za prawidłowy, zarzut należało oddalić. Oparcie zarzutu na własnym, subiektywnym i nieudowodnionym stanowisku, nie zasługuje na ochronę Izby. Przedstawiona argumentacja nie pozwala
na uwzględnienie zarzutu.
Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i § 5 pkt 2 lit. a), lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,
ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……