

WYROK
z dnia 23 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez odwołującego PreZero Service Wschód Sp. z o.o. w Radomiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Tarczyn przy udziale wykonawcy „Jarper” Sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. (częściowo zarzut nr 1), art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. (częściowo zarzut nr 2) i art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. (zarzut nr 3),
2. częściowo uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2.2. odrzucenie oferty wykonawcy „Jarper” Sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej, ponieważ wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu z rozdziału 7 pkt 7.8. ppkt 4 lit. a SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p.),
 - 2.3. powtórzenie badania i oceny ofert,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża odwołującego PreZero Service Wschód Sp. z o.o. w Radomiu oraz w części 1/2 obciąża zamawiającego Gminę Tarczyn i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego PreZero Service Wschód Sp. z o.o. w Radomiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Tarczyn na rzecz odwołującego PreZero Service Wschód Sp. z o.o. w Radomiu kwotę 9 300,00 zł (dziewięć tysięcy trzysta złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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 Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 23 listopada 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3324/23

Zamawiający – Gmina Tarczyn ul. J. Stępkowskiego 17, 05-555 Tarczyn, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych w latach 2024 i 2025”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.08.2023 r. pod nr 2023/S 152-483832, prowadzone przez zamawiającego, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) dalej zwanej „p.z.p.”), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 6 listopada 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca PreZero Service Wschód Sp. z o.o. ul. Wrocławska 3, 26-600 Radom (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Jarper, gdyż została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu oraz który nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i co narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
 2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Jarper, w sytuacji gdy Jarper w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, względnie 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 publicznego,
- z ostrożności,
3. art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez niewłaściwą ocenę oferty Jarper i Odwołującego w świetle

obowiązujących w Postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania firmie Jarper błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „czas rozpatrzenia reklamacji przez wykonawcę”, a w konsekwencji błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, co miało wpływ na wynik Postępowania, gdyż spowodowało wybór jako najkorzystniejszej oferty Jarper, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy „Jarper” Sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej (dalej zwanego także jako „Jarper”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie oferty Jarper, względnie nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku obniżenie oceny punktowej przyznanej ofercie Jarper w kryterium „czas rozpatrzenia reklamacji przez wykonawcę” 15 punktów (zamiast 30 punktów), a w konsekwencji obniżenie oceny oferty Jarper na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 85 punktów (zamiast 100 punktów).

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych w latach 2024 i 2025 w Gminie Tarczyn. W postępowaniu złożono dwie oferty odwołującego oraz wykonawcy Jarper. W dniu 25 października 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Jarper, czynność ta narusza ustawę p.z.p., co zdaniem odwołującego uzasadniają następujące okoliczności.

Zamawiający w postępowaniu postawił warunek udziału dotyczący zdolności zawodowej: „Wykonawca ma wykazać się należytych wykonaniem (w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) 2 usług, polegających na odbiorze odpadów komunalnych z min. 2000 nieruchomości (zabudowa jednorodzinna i wielorodzinna) przez okres co najmniej 6 miesięcy (z każdej nieruchomości) – osobno każda z usług. Zamawiający blok mieszkalny wielorodzinny rozumie jako jedną nieruchomość.” Na potwierdzenie warunku, zamawiający wymagał złożenia na wezwanie: „wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane wykonane należycie – załącznik nr 8 do swz. Dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług są:

- referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych dokumenty powinny być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

- oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa powyżej.”

W toku postępowania zamawiający wezwał wykonawcę Jarper do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym do złożenia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. W dniu 10 października 2023 r. Jarper przedłożył podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz usług, w którym wyszczególnił trzy usługi referencyjne tj. usługę na rzecz Gminy Grodzisk Mazowiecki, usługę na rzecz Gminy Lesznów oraz usługę na rzecz Podkowy Leśnej. W kolumnie numer 6 wykazu, w której należało podać „Zakres wykonanych usług, w tym ilość nieruchomości z których odbierano odpady”, Jarper wskazał każdorazowo liczbę ludności zamiast nieruchomości, z których odbierano odpady.

W dniu 11 października 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę Jarper, na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p., do uzupełnienia wykazu usług w zakresie ilości nieruchomości, z których były odbierane odpady. Szczególne wątpliwości co do spełnienia warunku udziału wzbudziła u zamawiającego usługa wykonana dla Podkowy Leśnej, co zamawiający zasygnalizował w treści wezwania. W odpowiedzi Jarper uzupełnił wykaz usług, w którym przedstawił dane niezgodne ze stanem rzeczywistym. Wprawdzie wykonawca w uzupełnionym wykazie wpisał w kolumnie nr 6 liczbę nieruchomości, jednakże szczegółowa analiza tego dokumentu prowadzi do wniosku, że podane wartości nie są prawdziwe. W uzupełnionym wykazie Jarper wpisał bowiem w kolumnie 6 wartość 3687 nieruchomości, podczas gdy faktyczna liczba nieruchomości, z których były odbierane odpady z Miasta Podkowa Leśna wynosi mniej niż 2000, a zatem poniżej wymogu zawartego w treści warunku udziału. W powszechnie dostępnych danych pochodzących z Miasta Podkowa Leśna czytamy, że liczba budynków jednorodzinnych (gospodarstw domowych), z której są odbierane odpady w Podkowie Leśnej aktualnie wynosi 1 318, a liczba budynków wieloklatowych komunalnych wynosi 5, co daje łącznie 1323 nieruchomości. W poprzednim roku liczba ta wynosiła 1377 + 5 co daje 1382 nieruchomości. Dane te są ogólnodostępne, a w szczególności taką liczbę nieruchomości potwierdza opis przedmiotu zamówienia na usługę realizowaną przez Jarper na rzecz Miasta - Gród Podkowa Leśna.

W odniesieniu do usługi realizowanej na rzecz Gminy Grodzisk Mazowiecki, w uzupełnionym wykazie Jarper podał ilość nieruchomości wynoszącą 50 557. Tymczasem jak wynika z przedłożonych referencji wystawionych przez gminę, nie jest to wartość odnosząca się do nieruchomości, lecz jest to liczba mieszkańców Gminy Grodzisk Mazowiecki na dzień 31.12.2022 r. Wykonawca Jarper nie uczynił zatem zadość wezwaniu zamawiającego i nie podał liczby nieruchomości, z których były odbierane odpady. Tym samym nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym w ramach danej usługi należało wykazać się odbieraniem odpadów z co najmniej 2000 nieruchomości.

Odwolujący dodał, że liczba nieruchomości - 50 557 wydaje się nierealna dla Gminy Grodzisk Mazowiecki. Jest to wartość, która przewyższa liczbę mieszkańców podaną w wykazie za rok 2021 tj. 49 043. Nie sposób uznać, że w Gminie Grodzisk Mazowiecki jest więcej nieruchomości niż mieszkańców, wówczas bowiem na jednego mieszkańca przypadłaby średnio więcej niż jedna nieruchomość, co prowadziłoby do kuriozalnych wniosków, iż w Grodzisku Mazowiecki rodziny mieszkają osobno, a zabudowa jest wyłącznie jednorodzinna. Faktem powszechnie znanym i nie wymagającym dowodu jest, że w Grodzisku przeważa zabudowa wielorodzinna, a zgodnie z treścią warunku jeden blok jest uznawany za jedną nieruchomość. Liczba nieruchomości jest oderwana od rzeczywistości

Wykonawca Jarper nie potwierdził zatem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał się co najmniej dwiema usługami odbioru i zagospodarowania odpadów od co najmniej 2000 nieruchomości. Mając na uwadze fakt, iż zamawiający wystosował już do wykonawcy wezwanie do uzupełnienia wykazu usług oraz fakt, iż dokumenty przedstawione przez Jarper nie potwierdzają spełnienia warunku oferta Jarper powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 li. b i c p.z.p.

W ocenie odwołującego ziszcili się również przesłanki do odrzucenia oferty Jarper na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 p.z.p., gdyż wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego. Względnie Jarper, 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 publicznego. Wykonawca Jarper, podając nieprawdziwe informacje dotyczące liczby nieruchomości, z których były odbierane odpady, bezwzględnie nie wpisał się w wymagany miernik należytej staranności. Jarper ewidentnie podał informacje wprowadzające w błąd, co do faktycznej liczby nieruchomości, z których były odbierane odpady z Gminy Grodzisk Mazowiecki oraz z Miasta Podkowa Leśna. Jak już wskazano powyżej, zadeklarowane dane są nierealne i nie odzwierciedlają faktycznego stanu rzeczy. Jarper, pomimo skierowanego do niego wezwania do uzupełnienia wykazu usług i zwrócenia uwagi przez zamawiającego co do tego, że brakuje w nim informacji o liczbie nieruchomości, powinien zachować szczególną staranność przy ich przedstawianiu. Można zatem sądzić, że wykonawca podał ww. liczby w wyniku zamierzonego działania, względnie co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa. Wystarczyło bowiem porównać treść referencji z treścią wykazu, aby zobaczyć, iż podane dane w zakresie Gminy Grodzisk Mazowiecki nie dotyczą liczby nieruchomości, lecz liczby mieszkańców.

Po wezwaniu zamawiającego, wykonawca Jarper zamiast podać rzeczywistą i realną liczbę nieruchomości, po prostu ponownie podał liczbę mieszkańców, z tą różnicą iż przedstawił tę wartość za rok 2022 (w pierwotnym wykazie wskazano liczbę mieszkańców za rok 2021), co potwierdza uzupełniona przez wykonawcę referencja z Grodziska Mazowieckiego z dnia 12.10.2023 r. Nie sposób także uznać, iż Jarper realizując usługę na rzecz Podkowy Leśnej nie wiedział z ilu nieruchomości odbierał odpady i że wskazane przez niego liczby są nieprawdziwe, tym bardziej że zamawiający już w wezwaniu zwrócił uwagę, że liczba mieszkańców to zupełnie co innego niż liczba nieruchomości. Tymczasem Jarper nie podał faktycznej liczby dotyczącej nieruchomości, lecz znowu przepisał z referencji wartość właściwą dla danych dotyczących mieszkańców (referencja z dnia 12.10.2023 r. z Miasta-Gród Podkowa Leśna). Taki sposób przedstawienia informacji bez wątplenia wpisuje się w przesłankę niedbalstwa (nawet rażącego), a już na pewno można mówić w tej sytuacji o lekkomyślności lub niedbalstwie, o których mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Od podmiotu będącego przedsiębiorcą na rynku odpadów oczekuje się szczególnej, należytej staranności przy przedstawianiu tego rodzaju danych. Jarper jest profesjonalnym podmiotem, który nie po raz pierwszy bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej zatem od takiego podmiotu oczekuje się staranności przy przedstawianiu tego rodzaju danych.

Jednocześnie powyższe informacje miały lub mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Po pierwsze, dotyczą one wskaźnika istotnego w kontekście oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Po drugie, zwrócić należy uwagę, iż zamawiającego interesowało w szczególności zamówienie realizowane na rzecz Podkowy Leśnej, a które od samego początku budziło wątpliwości zamawiającego. Gdyby te dane nie były istotne dla zamawiającego, to zamawiający nie podkreślałby w treści wezwania, że jego obiekcje wzbudza przede wszystkim ta usługa. Wprawdzie wykonawca przedstawił w swoim wykazie trzy usługi referencyjne, niemniej jeżeli dwie poprzednie spełniałyby warunki udziału, to zamawiający nie byłby aż tak zainteresowany referencją na rzecz Podkowy Leśnej. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, z ww. podstawy wykluczeniu podlega się za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie musiały faktycznie wpłynąć na działania zamawiającego, gdyż wystarczy, że mogły one mieć potencjalny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu niezależnie od stanu wiedzy, czy też zachowania, tak wyrok Izby z 27 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 84/23. Oferta wykonawcy Jarper powinna zatem zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający naruszył także art. 239 ust. 1 i ust. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez niewłaściwą ocenę oferty Jarper i odwołującego w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert. Zamawiający przyznał bowiem wykonawcy Jarper błędną (zawyżoną) liczbę punktów w kryterium „czas rozpatrzenia reklamacji przez wykonawcę”. Wykonawca w ofercie zadeklarował „4 godz.” nie wpisując przy tym przyimka „do”, 4 godziny nie mieszczą się zaś w przedziale „do 4 godzin”, gdyż „do 4 godzin”, to nie to samo co 4 godziny. Do 4 godzin oznacza, że rozpatrzenie reklamacji musi nastąpić w czasie krótszym niż 4 godziny, tym samym Jarper powinien otrzymać punkty z przedziału do 12 godz., a ocena jego oferty powinna zostać obniżona o 15 punktów, co miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ spowodowało wybór jako oferty Jarper, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentacji postępowania.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę „Jarper” Sp. z o.o. Al. Krakowska 108a, Kolonia Warszawska, 05-552 Wólka Kosowska (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, dodatkowym stanowiskiem procesowym odwołującego, konfrontując je z zebranych w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Ponadto, oświadczeniem zawartym w stanowisku procesowym z dnia 20 listopada 2023 r. odwołujący wycofał zarzuty naruszenia: art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. (zarzut nr 3), art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. (częściowo zarzut nr 2) i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. (częściowo zarzut nr 1), co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku. Podtrzymał zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. i naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.

Skład orzekający ustalił, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający

odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych sprowadzając ós sporu do weryfikacji przez Izbę czy nie doszło w postępowaniu do naruszenia:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, gdyż została złożona przez wykonawcę, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, mając na względzie zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty przystępującego i powrót do etapu badania i oceny ofert. Natomiast nieudowodniony zarzut nr 2 został przez skład orzekający oddalony.

W przedmiocie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. (częściowo podtrzymany zarzut nr 1) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, gdyż została złożona przez wykonawcę, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, Izba stwierdziła jak niżej.

Zgodnie z rozdziałem 7 pt. podstawy wykluczenia, warunki udziału w postępowaniu oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, pkt 7.8. ppkt 4 lit. a SWZ wykonawca miał legitymować się „należytych wykonaniem (w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) 2 usług, polegających na odbiorze odpadów komunalnych z min. 2000 nieruchomości (zabudowa jednorodzinna i wielorodzinna) przez okres co najmniej 6 miesięcy (z każdej nieruchomości) – osobno każda z usług.”. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku zamawiający żądał złożenia wykazu wykonanych usług (wypełniony załącznik nr 8 do SWZ) wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi są/były wykonywane lub oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać ww. dokumentów).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 28 września 2023 r., w trybie art. 126 ust. 1 p.z.p., przystępujący złożył m.in. wykaz wykonanych usług z trzema pozycjami (poz. 1 usługa na rzecz Gminy Grodzisk Mazowiecki, poz. 2 usługa na rzecz Gminy Lesznowola, poz. 3 usługa na rzecz Miasta-Gród Podkowa Leśna), gdzie dla każdej z usług, zamiast wymaganych przez zamawiającego ilości nieruchomości, w kolumnie 6 wykazu wpisano liczbę mieszkańców (liczbę ludności). Z wykazem przedłożono referencje, w których zamawiający, na rzecz których usługi były wykonywane, także nie podali liczby nieruchomości, a podano m.in. liczbę mieszkańców.

W dniu 11 października 2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p., zamawiający wezwał przystępującego do „złożenia wykazu usług uzupełnionego o ilość nieruchomości, z których Wykonawca odbierał odpady w przypadku z każdej wymienionych w wykazie usług.” Zamawiający w wezwaniu zaznaczył także, iż wykonawca, na dowód spełniania warunku udziału w postępowaniu (pkt 7.8 ppkt 4 lit a SWZ, który zacytowano) miał przedłożyć wykaz usług, gdzie należało wskazać zakres wykonanych usług, w tym ilość nieruchomości, z których odbierano odpady, zaś w wykazie, przesłanym w dniu 10 października 2023 r., przystępujący zamiast ilości nieruchomości wskazał liczbę ludności, dla której wykonywał usługę na dany dzień.

W odpowiedzi na powyższe, przystępujący przedstawił drugi wykaz usług z dnia 17 października 2023 r., gdzie oprócz „liczby ludności/liczby mieszkańców” podano „liczbę nieruchomości”. Względem pierwszego wykazu przystępujący dopisał: dla poz. 1 „liczba nieruchomości - 50.557”, dla poz. 2 „ilość nieruchomości - 9.182”, dla poz. 3 „liczba nieruchomości - 3.687”. Złożono także dodatkowe dokumenty referencji, gdzie zamawiający z poz. 1 Miasto i Gmina Grodzisk Mazowiecki podał m.in. liczbę mieszkańców 50.557 (referencje z dnia 12.10.2023 r.), zamawiający z poz. 2 Gmina Lesznowola wskazał m.in. liczbę mieszkańców i liczbę nieruchomości 9.182 (poświadczenie należytego wykonania usługi z dnia 12.10.2023 r.), zamawiający z poz. 3 Miasto-Gród Podkowa Leśna podał m.in. liczbę mieszkańców 3.687 (referencje z dnia 12.10.2023 r.).

Nie było spornym, że usługa z poz. 2 (Gmina Lesznowola) spełnia wymagania zamawiającego, w wykazie usług właściwie podano liczbę nieruchomości, co należyte potwierdzono referencjami. Nie było także spornym, że dla usługi z poz. 3 wykazu usług (Miasto-Gród Podkowa Leśna) wadliwie podano liczbę nieruchomości (3.687), która zgodnie z referencjami od zamawiającego, na rzecz którego była wykonywana, jest liczbą mieszkańców (3.687), nie było także spornym, że usługa ta nie spełnia wymagań określonych w warunku udziału w postępowaniu. Decydująca zatem dla spełnienia wymagań SWZ, w zakresie legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu dwóch usług polegających na odbiorze odpadów komunalnych z min. 2000 nieruchomości, była ocena usługi z poz. 1 wykazu usług (Miasto i Gmina Grodzisk Mazowiecki), którą zdaniem odwołującego zamawiający przeprowadził nieprawidłowo.

Odwołujący podnosił, że w postępowaniu zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p., ponieważ nie dysponował właściwymi, potwierdzającymi wymagania SWZ podmiotowymi środkami dowodowymi dla usługi z poz. 1 wykazu, pochodzącymi od przystępującego. W ocenie odwołującego zamawiający zastąpił wykonawcę i sam ustalił informacje, które przystępujący powinien podać w wykazie usług (liczbę nieruchomości, z której odbierano odpady), a podana przez przystępującego w uzupełnionym wykazie „liczba nieruchomości” (50.557) jest wadliwa, ponieważ ponownie podano liczbę mieszkańców. Zatem zamawiający w toku badania i oceny ofert nie uzyskał od przystępującego dokumentów, które potwierdzają postawiony warunek.

Okoliczność, że podana w wykazie wartość 50.557 jest liczbą mieszkańców, a nie jak w nim wskazano „liczba nieruchomości – 50.557”, nie była sporna. Strony zgadzały się, że doszło do omyłki i zamiast liczby nieruchomości, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, ponownie wskazano liczbę mieszkańców. Zamawiający i przystępujący podnosili, że dla tej liczby mieszkańców liczba nieruchomości wynosi ponad 5000 (tak też wyciąg z SWZ dot. tej usługi przedstawiony na rozprawie przez zamawiającego), więc warunek został spełniony.

Zamawiający podkreślał, że zdawał sobie sprawę, że przystępujący ponownie wskazał liczbę mieszkańców zamiast liczby nieruchomości. Dane te bowiem wyraźnie widniały w referencjach załączonych do zaktualizowanego wykazu. Zamawiający ocenił usługę wykonywaną dla Gminy Grodzisk Mazowiecki jako spełniającą wymagany warunek udziału w postępowaniu, ponieważ jest ona gminą miejsko-wiejską, w skład której wchodzi miasto Grodzisk Mazowiecki oraz 35 wsi. Zamawiający uznał, że przy liczbie ludności 50.557 osób, zakładając że jedynie 25% mieszkańców mieszka w domach jednorodzinnych w ramach czteroosobowych gospodarstw domowych, liczba nieruchomości wynosi wówczas ok. 3150. Prawdopodobnie tok rozumowania zamawiającego potwierdza także Uchwała nr 692/2014 Rady Miejskiej w Grodzisku Mazowieckim z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie przyjęcia „Strategii rozwoju gminy Grodzisk Mazowiecki na lata 2014-2024”, zgodnie z którą „W 2012 r. liczba przyłączy kanalizacyjnych prowadzących do budynków mieszkalnych wyniosła 4.510.” Zdaniem zamawiającego oznacza to, że już w 2014 r. liczba nieruchomości na terenie Gminy Grodzisk Mazowiecki przekroczyła 2000. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający uznał, że usługa wykonywana dla Gminy Grodzisk Mazowiecki spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu (vide str. 3-4 odpowiedzi na odwołanie).

Mając na uwadze ustalony stan rzeczy Izba stwierdziła, że omawiany zarzut zasługuje na uwzględnienie, ponieważ wybierając ofertę przystępującego, pomimo wyraźnego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (z powodu złożenia wykazu usług bez istotnej dla oceny spełniania warunku z rozdziału 7 pkt 7.8. ppkt 4 lit. a SWZ informacji dotyczącej liczby nieruchomości), przystępujący ponownie przedstawił nieprawidłowy wykaz, w którym zamiast liczby nieruchomości ponownie wskazano liczbę mieszkańców. Zgodnie z wiążącym brzmieniem SWZ liczba mieszkańców jest dla warunku udziału w postępowaniu irrelevantna, nie jest to informacja wymagana przez zamawiającego. Na obecnym etapie nie można odstąpić od brzmienia dokumentacji postępowania i uznać, że chociaż zamawiający postawił wymagania dotyczące liczby nieruchomości, można zaakceptować także inne dane (liczbę mieszkańców), z których zamawiający może sam wywieść niezbędne informacje i znaleźć je poza dokumentami złożonymi przez wykonawcę. To wykonawca jest zobowiązany wykazać zamawiającemu, że spełnia postawione w SWZ warunki udziału w postępowaniu i odbywa się to poprzez składane dokumenty podmiotowe – tu wykaz usług, których należyte wykonanie powinny potwierdzać złożone referencje – jeżeli zaś wykonawca ponownie przedkłada uzupełnione/poprawione dokumenty, z których nadal nie wynika spełnianie warunków udziału w przetargu, zamawiający nie może zastąpić przystępującego i sam ustalić informacje, których wymagał od wszystkich wykonawców, a których od jednego z nich nie otrzymał, pomimo wyraźnego wezwania do uzupełnienia w tym zakresie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p. zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę w przypadku, kiedy wykonawca „nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 p.z.p., lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń.” W hipotezie tej normy mieszczą się przypadki niezłożenia wymaganych dokumentów we wskazanym przez zamawiającego terminie, a także sytuacje, kiedy wykonawca składa dokumenty, jednakże nie wynika z nich, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Norma ta jest skorelowana z art. 128 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym „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 (...)”.

W przypadku wady złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do ich odpowiednio uzupełnienia/poprawienia. Kiedy wykonawca, pomimo klarownie wskazanego braku w wezwaniu zamawiającego (w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p.), ponownie składa wadliwe oświadczenia i dokumenty, z których w dalszym ciągu nie wynika, że tu – wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, ustawodawca przewidział obowiązek odrzucenia takiej oferty z powodu niezłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku. Innymi słowy, należy przez to rozumieć takie uzupełnienie lub poprawienie złożonych uprzednio wykazu usług i referencji, które są nadal niewystarczające do uznania, że wykonawca spełnia warunek udziału w przetargu, tj. w dalszym ciągu nie mogą stanowić podstawy do pozytywnego zweryfikowania informacji określonych w warunku.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p. nakazujący odrzucenie oferty – w przypadku niezłożenia właściwych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu – stanowi o negatywnych konsekwencjach dla wykonawcy, który nie skorzysta z jednokrotnej szansy na uzupełnienie stwierdzonego przez zamawiającego braku i w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 p.z.p. nie naprawi błędów w swoich dokumentach. Norma ta dotyczy zatem nie tylko sytuacji całkowitego braku złożenia wymaganych dokumentów i oświadczeń, ale także przypadku, kiedy uzupełnione/poprawione dokumenty nie pozwalają na pozytywną kwalifikację podmiotową wykonawcy, co jest niezależne od faktycznej, materialnej sytuacji wykonawcy. Istotne dla hipotezy tej normy jest to, czy wykonawca właściwie uzupełnił/poprawił swoje oświadczenia i dokumenty, na kanwie których zamawiający bada i ocenia czy wykazano posiadanie odpowiedniej zdolności podmiotowej.

Jak trafnie podkreśla się w doktrynie: „Ponieważ to wykonawca jest obowiązany wykazać, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu, niezłożenie oświadczenia o ich spełnieniu (w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych powyżej progów UE będzie to oświadczenie JEDZ) skutkuje odrzuceniem oferty dopiero po wykorzystaniu przepisu art. 128 ust. 1 p.z.p., tj. po wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia JEDZ. Upływ terminu na uzupełnienie powoduje odrzucenie oferty, gdy JEDZ nie złożono lub nie usunięto zawartych w nim braków lub błędów. (...) Analogiczne skutki jak niezłożenie oświadczenia (JEDZ) wywołuje niezłożenie lub nieuzupełnienie lub uzupełnienie wadliwe podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń.” (tak W. Dzierżanowski i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2021, art. 226 odrzucenie oferty, pkt 5, LEX).

Ponadto, jak wskazano w wyroku Izby z dnia 17 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 551/22, 578/22 „Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Wskazać przy tym należy, że sankcja odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie ww. przepisu może nastąpić dopiero po skorzystaniu przez Zamawiającego z przepisu art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Przekładając zatem treść ww. przepisu na okoliczności stanu faktycznego niniejszej sprawy, Zamawiający byłby uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy na wskazanej podstawie prawnej w razie, gdyby w stosunku do uprzednio złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych zastosował procedurę z art.

128 ust. 1 ustawy PZP. Dopiero upływ terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych, ewentualnie ich wadliwie uzupełnienie lub poprawienie (przez co należy rozumieć takie uzupełnienie lub poprawienie złożonych uprzednio podmiotowych środków dowodowych, które wciąż jest niewystarczające do uznania, że dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu) mogłoby skutkować odrzuceniem oferty.”.

Warto dodać, że istotą rozpoznawanego zarzutu nie było to, czy przystępujący faktycznie posiada odpowiednią zdolność zawodową, tj. czy usługa wykonywana na rzecz Gminy Grodzisk Mazowiecki wpisuje się w wymóg realizacji usługi odbioru odpadów dla min. 2000 nieruchomości, co zresztą nie było sporne (odwołujący wycofał zarzut w tym zakresie), ale czy zamawiający miał uzasadnione podstawy, zawarte w dokumentach uzyskanych od przystępującego, na zweryfikowanie i potwierdzenie spełnienia postawionego warunku. Niestety dla omawianych przepisów – niezależnie czy uznaje się je za słuszne, czy nie – materialna sytuacja wykonawcy, dotycząca posiadanej zdolności zawodowej, jest nieistotna. Jeżeli wykonawca nie jest w stanie, poprzez złożone w postępowaniu oświadczenia i dokumenty wykazać, że spełnia postawiony warunek, taką ofertę należy odrzucić. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego udział biorą profesjonalści, przedsiębiorcy działający na rynku odbioru odpadów. Zachowanie wykonawcy jest oceniane przez zawodowy wzorzec należytej staranności, który uwzględnia zwiększone, czyli surowsze wymagania, z uwagi na charakter podmiotu, którego profesjonalna, prowadzona w sposób ciągły działalność, oparta jest na szczególnych umiejętnościach (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.). Co istotne, w ustalonym stanie rzeczy zamawiający zauważył wadę pierwszego wykazu usług przystępującego i wezwał do jej poprawienia, jednoznacznie wskazując w wezwaniu wystosowanym na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p., by przystępujący uzupełnił wykaz o liczbę nieruchomości. Pomimo, że przystępujący uczestniczył w przetargu o wartości ponad 12 milionów złotych, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, ponownie złożono wadliwy wykaz – bez właściwego wskazania liczby nieruchomości dla poz. 1 wykazu. Osoba składająca dokumenty podmiotowe nie zweryfikowała należyście podawanych danych i doszło do ponownego błędu, co skutkowało utratą jednorazowej szansy na poprawienie dokumentów.

Odejście na tym etapie od reguł określonych w SWZ i przyjęcie od wykonawcy innych informacji, niż wymagane w warunku, aby tylko ratować ofertę przystępującego, naruszałoby zasady naczelne p.z.p. – równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 p.z.p.). Nie można po otwarciu ofert zmieniać wiążących wszystkich wykonawców wymogów, tylko dlatego, że to tańszy wykonawca dwukrotnie podał nieprawidłowe informacje, a zamawiający był w stanie sam poszukać odpowiednich danych wyznaczając wykonawcę w tym zakresie. Odwołujący trafnie zauważył, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowanym procesem, na podmioty w nim uczestniczące ustawodawca nałożył liczne obowiązki, w tym konieczność wykazania swojego właściwego statusu podmiotowego (spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia). Omówione regulacje nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że skutkiem dwukrotnego złożenia przez wykonawcę nieprawidłowego podmiotowego środka dowodowego jest sankcja odrzucenia jego oferty, więc zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. musiał zostać przez skład orzekający uwzględniony.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu – częściowo podtrzymany zarzut nr 2 z *petitum* odwołania – Izba wskazuje co następuje.

Do postawienia zamawiającemu skutecznego zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., konieczne jest wykazanie spełnienia wszystkich przesłanek tej normy i udowodnienie, że doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, co spowodowane było lekkomyślnością lub niedbalstwem wykonawcy, a błędne informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, czemu obciążony ciężarem dowodowym odwołujący nie podał.

Przepisy eliminujące przedsiębiorcę z postępowania, jako normy zawierające sankcje, nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Aby w zaistniałym stanie faktycznym możliwe było zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. niezbędne jest wykazanie, iż wadliwie podanie informacji dotyczących warunku udziału w postępowaniu w wykazie usług przystępującego skutkowało konkretną decyzją zamawiającego. W tym przedmiocie odwołujący podnosił, że przystępujący, po wezwaniu zamawiającego do uzupełnienia, nie podał faktycznej liczby nieruchomości, lecz znowu przepisał wartość dotyczącą liczby mieszkańców (usługa z poz. 1 wykazu usług wykonywana na rzecz Miasta i Gminy Grodzisk Mazowiecki i poz. 3 wykazu usług wykonywana na rzecz Miasta-Grodu Podkowy Leśnej), a informacje te miały lub mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, ponieważ po pierwsze dotyczą wskaźnika istotnego w kontekście oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, po drugie zamawiającego w szczególności zainteresowało zamówienie z poz. 3 wykazu (Miasto-Gród Podkowa Leśna), które od samego początku budziło wątpliwości zamawiającego - gdyby nie były one istotne dla zamawiającego, to zamawiający nie podkreślałby w treści wezwania, że jego obiekty wzbudza przede wszystkim ta usługa. Zdaniem odwołującego informacje te nie musiały faktycznie wpłynąć na działania zamawiającego, gdyż wystarczy, że mogły one mieć potencjalny wpływ na jego decyzje, niezależnie od stanu wiedzy, czy zachowania zamawiającego (tak str. 6 odwołania).

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że usługa na rzecz Miasta-Grodu Podkowy Leśnej, już na pierwszy rzut oka, nie potwierdza zdolności określonej w warunku, stąd też logicznym było, że zamawiający w toku badania i oceny dopytał na tę usługę, jako o usługę wprost budzącą jego uzasadnione wątpliwości w zakresie treści warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający także jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych i trudno uznać, że poprosił o uszczegółowienie dlatego, że mógł obiektywnie uznawać usługę za spełniającą warunek. Jest wprost przeciwnie – za wiarygodne, logiczne i odpowiadające doświadczeniu życiowemu należy uznać stanowisko zamawiającego, że zwrócił szczególną uwagę na rzeczoną usługę, bo jaskrawo widać, że nie potwierdza warunku. Co do zasady zamawiający nie zadają pytań, gdy uznają, że dana usługa potwierdza ich wymagania, a zadają je wtedy, kiedy mają wątpliwości w tym zakresie. Zatem założenia odwołującego, jak miało przebiegać badanie i ocena ofert, stanowią jego oderwane od ustalonego stanu rzeczy niepotwierdzone przypuszczenia. Ponadto, nie było spornym, że przystępujący materialnie spełnia warunki udziału w przetargu, problemem w sprawie okazało się to, że przystępujący nie złożył właściwych dokumentów podmiotowych ten fakt potwierdzających. Odwołujący wycofał zarzuty dotyczące materialnego niespełnienia warunku, pozostawiając zarzut wad formalnych dokumentów przystępującego, czyniąc bezspornym, że przystępujący posiada wymaganą zdolność zawodową (spornym pozostało czy właściwie ją zamawiającemu w postępowaniu wykazano).

Przesłanka istotnego, chociażby potencjalnego wpływu na decyzje zamawiającego nie została wykazana. Przesłanka ta może odnosić się do sytuacji, w których doszło do faktycznego, materialnego wpływu wadliwie podanych przez wykonawcę informacji na istotne decyzje zamawiającego, jak również, gdy wpływ ten mógł jedynie zaistnieć

potencjalnie. Tylko, że nie oznacza to, że wystarczy samo stwierdzenie, że jakaś informacja mogłaby mieć hipotetyczne znaczenie dla jakiejś decyzji jednostki zamawiającej, przyjmując niejako automatycznie – co ferował odwołujący – że tak po prostu jest, skoro mieliśmy nieścisłość w zakresie danych podawanych w zakresie warunku udziału w przetargu. Odwołujący nie może ograniczyć się do wybranego oświadczenia będącego wykazem usług, pominać treści załączonych do wykazu referencji, i wyrwać to z kontekstu całej oceny i badania ofert, gdzie zamawiający dysponował nie jednym dokumentem wykazu, a kompletem dokumentów podmiotowych, które złożyły się na weryfikację ofert w przetargu.

W odwołaniu wybrano jeden z elementów badania i oceny ofert, pominięto niekorzystny dla odwołującego fakt, że zamawiający doskonale zdawał sobie sprawę, że usługa z poz. 3 dot. Miasta-Grodu Podkowy Leśnej nie spełnia warunku (niezależnie czy w wykazie usług podano liczbę nieruchomości czy mieszkańców, gdzie wadliwe podanie w wykazie usług liczby mieszkańców wynika wprost z referencji). A dla poz. 1 dot. Miasta i Gminy Grodzisk Mazowiecki wadliwie podano liczbę nieruchomości, po raz kolejny wskazując – wbrew wezwaniu do uzupełnienia – liczbę mieszkańców (co także wynika z referencji, którymi dysponował zamawiający i danych powszechnie dostępnych, na które zamawiający się powoływał). I hipotetyzowano, że w sumie zamawiający mógłby potencjalnie w postępowaniu podjąć inną decyzję – pomijając, że zamawiający dysponował w toku badania i oceny ofert referencjami, z którymi mógł skonfrontować omyłki z wykazu usług przystępującego.

Zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. nie może sprowadzać się do znalezienia jakiegokolwiek błędu wykonawcy i zostać oderwane od celów, którym miało służyć wprowadzenie tej podstawy wykluczenia z postępowania. Zgodnie z materiałem procesowym zamawiający znał całokształt tych okoliczności i nie zdecydował się – ani w toku weryfikacji ofert, ani po zakończeniu badania i oceny ofert, ani obecnie, na zmianę swojego rozstrzygnięcia. Zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego wiedząc, że usługa z poz. 3 wykazu dot. Podkowy Leśnej nie wpisuje się w jego wymagania, a dla poz. 1 dot. Grodziska Mazowieckiego nie podano liczby nieruchomości, a liczbę mieszkańców. Skoro zamawiający posiadał taką wiedzę, to także stan błędu po jego stronie nie powstał i nie mógł powstać. Odwołujący nie wykazał również, aby jakakolwiek istotna decyzja zamawiającego związana z tymi informacjami, chociażby hipotetycznie, mogłaby być inna.

Natomiast w zakresie orzeczeń, do których odwołujący odnosił się w odwołaniu, skład orzekający wskazuje, że z urzędu są mu znane cytowane przez odwołującego poglądy judykatury – tak orzecznictwo Izby, jak i sądów okręgowych w tym przedmiocie. Istotnie, literalne odczytywanie pewnych ogólnych wniosków, funkcjonujących w obiegu z uwagi na powszechność systemów informacji prawnej, pozwalałoby bez wnikliwej lektury wysnuć z tych poglądów dość ogólne tezy, których jednak nie można zastosować w każdym stanie faktycznym. Omawiana podstawa do wyeliminowania z postępowania doczekała się w orzecznictwie szerokiej dyskusji (w szczególności dotyczących informacji podawanych w kryteriach oceny ofert) i potencjału podmiotowego wykonawcy, z której można wyciągnąć pewne uniwersalne wnioski, co nie oznacza, że będą one adekwatne dla każdej sprawy.

Uwzględnienie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania nie powinno następować po bezrefleksyjnym uznaniu, że skoro wykonawca popełni jakikolwiek błąd, to mając na uwadze abstrakcyjny, hipotetyczny wpływ na decyzje zamawiającego wykonawcę należy wykluczyć. Działanie takie byłoby automatyzmem orzeczniczym i eliminowałoby najbardziej istotny proces w stosowaniu prawa – jego subsumpcję. To bowiem w toku subsumpcji organ orzekający stosuje wyłożoną normę, aplikując ją do konkretnego stanu faktycznego. Innymi słowy, podążając postulatami odwołującego, niezależnie od okoliczności sprawy, jeżeli przedsiębiorca gdziekolwiek w dokumentach podmiotowych się pomyli, dojdzie do jakiegokolwiek nieścisłości, to trzeba go wykluczyć, ponieważ błąd „potencjalnie” może mieć wpływ na decyzję jednostki zamawiającej, ergo wykonawca mylić się nie może.

Odwołujący postuluje powrót do wręcz formułkowego sposobu oceniania ofert, kiedy wystarczy „złapać” konkurencję na jakimkolwiek błędzie i w ten sposób wyeliminować z przetargu – ponieważ przedstawienie jakichkolwiek wadliwych informacji zasadniczo kwalifikowałoby się do wykluczenia za wprowadzenie w błąd, bez względu na okoliczności sprawy. Takie stanowisko jest nieprawidłowe na wielu płaszczyznach, a już szczególnie jaskrawo jest to widoczne w ramach ustalonego stanu rzeczy tego postępowania, gdzie zamawiający doskonale zdawał sobie sprawę z wyżej opisanych nieprawidłowości w poz. 1 i poz. 3 wykazu usług.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie wykazał, żeby w postępowaniu doszło do zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, nie udowodniono kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., więc omawiany zarzut został oddalony. Pomijając już, że w ustalonym stanie rzeczy byłaby to zbyt rażąca sankcja w stosunku do zaistniałych omyłek w jednym z dokumentów.

Ponadto, Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego korespondencję elektroniczną przedstawioną przez przystępującego, która okazała się nieprzydatna dla ustalenia informacji istotnych dla rozstrzygnięcia sporu, w szczególności, że rację ma odwołujący, iż dokumenty referencji mają za zadanie potwierdzić należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie, a dane podane w warunku potwierdza przede wszystkim treść wymaganego przez zamawiającego wykazu wykonanych usług i to wykonawca, jako podmiot realizujący usługę odbioru odpadów, powinien mieć najlepszą wiedzę z których/ilu nieruchomości je odbiera. Natomiast co do przedłożonego przez odwołującego dowodu z opisu przedmiotu zamówienia usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zamieszkałych na terenie Miasta Podkowa Leśna, złożonego na potwierdzenie liczby nieruchomości, okoliczność ta nie była okolicznością sporną.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na nieprawidłowy wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wybrano ofertę przystępującego, która powinna zostać odrzucona przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, orzeciono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 5 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uwzględniła jeden zarzut i jeden oddaliła, zatem strony odpowiadają za koszty postępowania odwoławczego po połowie. Na koszty złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (15.000,00 zł) i koszty strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT, w kwocie zmniejszonej do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia (3.600,00 zł). Odwołujący wygrał w połowie, więc przysługuje mu od zamawiającego zwrot połowy kosztów wpisu i połowy kosztów za zastępstwo procesowe, zaś tam, gdzie strony przegrały ponoszą koszty we własnym zakresie. Izba zasądziła zatem na rzecz odwołującego kwotę 9.300,00 zł stanowiącą należny zwrot części

kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....