Sygn. akt:KIO 2969/23
KIO 2970/23

WYROK
z dnia 25 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Krzysztof Sroczyński
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 6 października 2023 r. przez wykonawcę W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S. z siedzibą w Częstochowie przy ul. Bór 169 (42-202 Częstochowa):
A) w sprawie o sygn. akt KIO 2969/23;
B) w sprawie o sygn. akt KIO 2970/23;
w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego Gminę Krzeszowice z siedzibą
w Krzeszowicach przy ul. Grunwaldzkiej 4 (32-065 Krzeszowice)

przy udziale wykonawcy M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MIKI"
z siedzibą w Krakowie przy ul. Nad Drwiną 33 (30-841 Kraków),zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 2969/23 i KIO 2970/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2 . Kosztami postępowania w obu sprawach obciąża wykonawcę W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S. z siedzibą w Częstochowie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) 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:…….
…….
…….

Sygn. akt:KIO 2969/23
KIO 2970/23

U z a s a d n i e n i e

Gmina Krzeszowice zwanego dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.
z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie SEKTORA I gminy Krzeszowice*o numerze: RGK.271.5.2023, zwane dalej: „postępowaniem I” oraz *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie SEKTORA II gminy Krzeszowice* o numerze: RGK.271.6.2023, zwane dalej: „postępowaniem II”.

Ogłoszenia o zamówieniu dla obu postępowań zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2023 r. pod numerami: 2023/S 117-367025 (postępowanie I) oraz 2023/S 117-365901 (postępowanie II).

Szacunkowa wartość obu zamówień, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 6 października 2023 r. wykonawca W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S.
z siedzibą w Częstochowie (zwany dalej: „odwołującym" lub „wykonawcą") wniósł odwołania w zakresie obu postępowań wobec czynności zamawiającego, a konkretnie odrzucenia oferty odwołującego, zatrzymania wniesionego wadium oraz wyboru oferty wykonawcy M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MIKI" z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej także „PW M.").

Zaskarżonym czynności zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2) Pzp przez brak precyzyjnego określenia w jakim konkretnie zakresie i w związku z jakimi stwierdzonymi nieprawidłowościami zamawiający wzywa do poprawienia przez wykonawcę treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (zwanego dalej jako: „JEDZ") w obu postępowaniach, tj. które z poszczególnych jego rubryk i z jakiej przyczyny zostały zdaniem zamawiającego wypełnione w sposób nieprawidłowy, co z kolei spowodowało po stronie wykonawcy stan niepewności prowadząc do konieczności domyślania się przez niego oczekiwanych przez zamawiającego działań po stronie wykonawcy;

2) art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 2) Pzp przez brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie budzących wątpliwości zamawiającego okoliczności, a związanych
z realizacją przez wykonawcę innych zamówień publicznych, konkretnie na rzecz gminy Zielonki i gminy Myszków oraz otrzymania przez wykonawcę kar administracyjnych
w związku z prowadzoną działalnością, co doprowadziło do sytuacji, w której wykonawca został pozbawiony możliwości wyjaśnienia zamawiającemu przyczyn nie podania w treści oświadczeń JEDZ informacji o naliczeniu wobec niego kar umownych w związku z realizacją innych zamówień oraz nałożeniu kar administracyjnych, w sytuacji gdy zdarzenia te ocenione w należyty sposób nie stanowiły w istocie żadnej z podstaw wykluczenia, o których mowa
w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 7) Pzp, a zatem wykonawca nie był zobowiązany do informowania o nich zamawiającego w oświadczeniach JEDZ, jak również nie istniała po jego stronie powinność do wdrażania procedury samooczyszczenia;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. c) i ust. 3 oraz art. 16 pkt 3) Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na obciążenie wykonawcy przez Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska karami administracyjnymi kolejno na podstawie decyzji z dnia 1 lutego 2021 r. oraz 20 kwietnia 2022 r. za gospodarowanie odpadami w sposób niezgodny z posiadanym zezwoleniem w sytuacji, gdy:

a) kary dotyczyły działalności odwołującego, która z uwagi na jej lokalizację w żaden sposób nie jest i być nie może związana z realizacją ewentualnego zamówienia na rzecz zamawiającego,

b) kary, którymi został obciążony odwołujący miały niewielki wymiar (odpowiednio 1 000 zł oraz 2 000 zł) i związane były z drobnymi naruszeniami dotyczącymi lokalizacji i sposobu magazynowania odpadów na terenie instalacji prowadzonej przez odwołującego
w miejscowości Dylaki (woj. opolskie), które w żaden sposób nie stanowiły zagrożenia dla środowiska, z uwagi na co wykluczenie wykonawcy z postępowania jest działaniem co najmniej nieproporcjonalnym, albowiem stanowi środek nadmierny tak z punktu widzenia ochrony słusznego interesu zamawiającego, jak i dolegliwości doznawanej przez wykonawcę;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp przez odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na nienależyte wykonanie przez wykonawcę innych zamówień na rzecz gmin Zielonki oraz Myszków, a w ich następstwie naliczenie wobec wykonawcy kar umownych, w sytuacji, gdy:

a) podnoszone przez zamawiającego okoliczności związane z realizacją usługi na rzecz gminy Zielonki nie wypełniają po stronie odwołującego podstawy wykluczenia, co potwierdzone zostało wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2023 r.
w połączonych sprawach sygn. akt: KIO 3436/22 oraz KIO 3445/23, a następnie
w prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 15/23;

b) odwołujący jako wykonawca usługi na rzecz gminy Myszków konsekwentnie negował
(i robi to również obecnie) występowanie podnoszonych wobec niego nieprawidłowości
w zakresie realizacji usługi, zasadność każdej z naliczonych kar umownych, odsyłał bez księgowania wszelkie noty obciążeniowe wystawiane przez gminę Myszków tytułem naliczonych kar umownych, a dotychczas brak jest w obrocie prawnym jakiegokolwiek rozstrzygnięcia niezależnego organu lub sądu, które potwierdzałyby wystąpienie nieprawidłowości, których dotyczą naliczone kary, ich zaspokojenie zaś nastąpiło poprzez uruchomienie bezwarunkowej gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej na rzecz gminy Myszków, któremu odwołujący (z uwagi na ową bezwarunkowość gwarancji) nie mógł
w żaden sposób przeciwdziałać;

c) kary umowne naliczone przez gminę Myszków – niezależnie od braku zasadności ich żądania – nie posiadają

charakteru odszkodowawczego, w związku z czym nie mogą determinować występowania wobec Odwołującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp;
5) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekome wprowadzenie zamawiającego w błąd przez wykonawcę, wywołane przez nieprawidłowe wypełnienie oświadczenia JEDZ w sytuacji, gdy:
a) wykonawca złożył oświadczenie zgodne z posiadanym stanem wiedzy i bez intencji wywołania po stronie zamawiającego mylnego wyobrażenia, co do braku występowania po stronie wykonawcy podstaw wykluczenia z postępowania,
b) zamawiający – wbrew podnoszonym przez niego twierdzeniom – na żadnym etapie postępowań nie został wprowadzony w błąd i wobec zastosowania tzw. procedury odwróconej przy prowadzeniu postępowań, nie mógł być w taki błąd wprowadzony przez wykonawcę;
a w konsekwencji:
6) art. 98 ust. 6 Pzp przez zatrzymanie wadium wniesionego przez odwołującego, w sytuacji gdy:
a) żadne z działań lub ewentualnych zaniechań wykonawcy w toku postępowania w zakresie wypełnienia formularza JEDZ nie stanowi bazy faktycznej dla aktywacji uprawnienia polegającego na zatrzymaniu wadium,
b) odwołujący na wezwanie zamawiającego wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 Pzp złożył oświadczenia JEDZ, zaś zamawiający w treści owego wezwania nie wzywał do złożenia jakichkolwiek przedmiotowych bądź podmiotowych środków dowodowych;
7) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PW M., która w świetle norm objętych Pzp nie może być za takową uznana w ramach prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach.

Wobec powyższego, odwołujący wniósł w obu odwołaniach o:
- merytoryczne rozpatrzenie przez Izbę obu odwołań i ich uwzględnienie;
- nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano tę złożoną przez PW M. oraz dokonanie ponownej kwalifikacji podmiotowej odwołującego jako wykonawcy, który złożył najwyżej ocenioną ofertę;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wedle norm prawem przewidzianych.

Odwołujący w obu sprawach wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołań, a to dlatego, iż zostały spełnione przesłanki określone w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu obu odwołań, albowiem biorąc udział w postępowaniach liczył na uzyskanie zamówień i osiąganie z tego tytułu dochodów. W wyniku nieprawidłowego działania zamawiającego polegającego na przyjęciu, iż występuje wobec odwołującego podstawa wykluczenia, w konsekwencji czego doszło do odrzucenia jego oferty, a w dalszej kolejności wyboru oferty złożonej przez innego wykonawcę, odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji zadań objętych postępowaniami, mimo iż to jego oferta winna być oceniona jako najkorzystniejsza i wybrana do realizacji. W konsekwencji zatem odwołujący poniósł szkodę wynikającą z niemożliwości zawarcia umów na wykonanie zamówienia, a tym samym osiągnięcia zakładanego z tego tytułu zysku.

W uzasadnieniach dla obu odwołań, odwołujący w pierwszej kolejności skupił się na opisie stanu faktycznego. Stan faktyczny w obu sprawach był właściwie identyczny. Odwołujący wyjaśnił, że oba postępowania toczyły się przy zastosowaniu tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 Pzp, tj. zamawiający najpierw dokonywał badania i oceny ofert, a dopiero w następnej kolejności dokonywał kwalifikacji podmiotowej w zakresie braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie tego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W tym wypadku wykonawcą tym okazał się odwołujący. Na skutek informacji pozyskanych w niepodanej przez zamawiającego dacie oraz z niesprecyzowanego źródła, zamawiający w toku badania ofert odwołującego pod kątem braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu stwierdził, że wykonawca w sposób nieprawidłowy miał wypełnić oświadczenia JEDZ. Z uwagi na tę okoliczność pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r. wezwał odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do prawidłowego wypełnienia formularza podając, że: *Zamawiający informuje, że jest w posiadaniu dokumentów, które stoją w sprzeczności ze złożonym oświadczeniem, w szczególności w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 2c oraz pkt 7 ustawy Pzp. Wszystkie fakultatywne przesłanki wykluczenia zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ.* Wobec bardzo ogólnikowej treści wezwań, w trakcie biegu terminu do złożenia na nie odpowiedzi, odwołujący w dniu 22 sierpnia 2023 r. zwrócił się do zamawiającego wskazując, że wezwania są dla niego

niezrozumiałe, albowiem zamawiający powołał się w jego treści na bliżej nieokreślone dokumenty, których nie przekazał, ani nie ujawnił wykonawcy, jak również sugerował w sposób wyłącznie ogólny występowanie po stronie wykonawcy nieprawidłowości, nie artykułując konkretnie owych przewinień, sugerując jedynie, że mają one stanowić tzw. fakultatywne podstawy wykluczenia objęte art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. c) oraz pkt 7) Pzp. Odwołujący podniósł, że w zastanej sytuacji procesowej winien otrzymać precyzyjną i jednoznaczną informację, odnośnie tego jakie zastrzeżenia posiada zamawiający wobec złożonych dokumentów oraz w jaki sposób oczekuje konwalidacji, uzupełnienia bądź wyjaśnienia ich treści ze strony wykonawcy. Ten ostatni bowiem nie powinien i nie może domyślać się swoich obowiązków, które w drodze wezwania położył na nim zamawiający. Odwołujący zwrócił się także do zamawiającego o niezwłoczne przesłanie kopii dokumentów, których to treść ma stać – wedle twierdzeń zamawiającego –
w sprzeczności z oświadczeniami złożonymi przez wykonawcę w dokumencie JEDZ. Nadto odwołujący wniósł również o doprecyzowanie treści wezwań poprzez wskazanie przez zamawiającego w sposób konkretny, jednoznaczny, precyzyjny i wyczerpujący, jakie nieprawidłowości w jego ocenie zawierają złożone przez wykonawcę dokumenty oraz w jaki sposób oczekuje od wykonawcy ich usunięcia. W konsekwencji pisma odwołującego zawierały także prośbę o wydłużenie terminu na wykonanie owych obowiązków. Powyższa interwencja wykonawcy nie doczekała się jakiejkolwiek reakcji ze strony zamawiającego,
z uwagi na co odwołujący w terminie zakreślonym na wykonanie wezwań, w dniu 24 sierpnia 2023 r. ponownie przesłał oświadczenia JEDZ w pierwotnym brzmieniu wskazując, iż formularz został wypełniony zgodnie z najlepszą wiedzą wykonawcy. Zamawiający – mimo pisma wykonawcy – nie podał na czym miałyby polegać sugerowane „sprzeczności" pomiędzy posiadanymi przez niego dokumentami, a złożonymi przez wykonawcę w toku postępowania oświadczeniami. Nie przesłał ani nie udostępnił również jakichkolwiek dokumentów, które miałyby o takowych sprzecznościach świadczyć. Tym samym wobec niejasnej treści wezwania wystosowanego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, pozostało ono dla wykonawcy niezrozumiałe, on sam zaś w dalszym ciągu uznawał pierwotnie złożone JEDZ za prawidłowe co do swojej treści i zgodny ze stanem rzeczywistym. W wyniku opisanych zdarzeń zamawiający w dniu 26 września 2023 r. poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w obu postępowaniach, za którą uznano tę złożoną przez PW M. oraz o odrzuceniu ofert odwołującego z uwagi na wystąpienie podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. c), pkt 7) oraz pkt 8) Pzp. Jako podstawę faktyczną zamawiający wskazał na fakt obciążenia odwołującego dwiema karami administracyjnymi przez Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w związku z gospodarowaniem odpadami
w sposób niezgodny z posiadanym zezwoleniem, kolejno na podstawie decyzji z dnia 1 lutego 2021 r. oraz z 20 kwietnia 2022 r. Nadto zamawiający powołał się na fakty związane
z realizacją przez wykonawcę innych zamówień, konkretnie na rzecz gmin Zielonki oraz Myszków. Pierwsza z nich naliczyła wykonawcy kary umowne na łączna kwotę 800 000,00 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nr NEO.271.2.2021 z dnia 17 grudnia 2021 r. pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych niesegregowanych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości rekreacyjno-wypoczynkowych z terenu gminy Zielonki* (znak sprawy: NEO.271.1.2021),
w związku ze stwierdzeniem co najmniej 20 przypadków mieszania odpadów odebranych
z terenu gminy z odpadami innego rodzaju. Druga natomiast z gmin naliczyła wykonawcy kary umowne na łączną kwotę 433 100 zł w związku z podnoszonymi przez gminę przypadkami nienależytego wykonania usługi pn. *Realizacja obowiązków gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków*, realizowanej na podstawie zawartej umowy
w okresie 1 stycznia 2021 – 31 grudnia 2022 r. Co więcej również w dacie 26 września 2023 r. wykonawca otrzymał pisma od zamawiającego, w którym ten ostatni poinformował
o zatrzymaniu wadium łącznie w kwocie 260 000 zł (w obu postępowaniach postępowanie) wpłaconych przez odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Jako podstawę prawną tego działania zamawiający wskazał art. 98 ust. 6 Pzp. Okoliczności faktyczne, które miały zaś uzasadniać aktywację owej podstawy polegać miały na tym, że wykonawca
w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia prawidłowo wypełnionego JEDZ, *przesłał dokument, który w ponownej ocenie Zamawiającego był nieprawidłowy*. To z kolei doprowadziło do braku możliwości wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu dla poszczególnych zarzutów w obu odwołaniach, odwołujący wskazał:

Ad. 1 [Nieprawidłowe wezwanie do poprawy treści JEDZ]

Odwołujący podniósł, że zamawiający otwarcie wystąpił przeciwko zasadzie przejrzystości postępowania kierując do wykonawcy wezwanie z dnia 22 sierpnia 2023 r., w którym zawarł jedynie informacje o konieczności złożenia przez odwołującego prawidłowo wypełnionego formularza JEDZ z uwagi na sprzeczność ustaleń zamawiającego z treścią złożonego przez odwołującego oświadczenia w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia podanych wyłącznie

poprzez wymienienie jednostek redakcyjnych zapisów ustawy. Zamawiający nie wskazał z jakich faktów wywodzi takowe wnioski, tj. nie podał w zasadzie żadnej przyczyny, dla której uznał, iż złożone przez wykonawcę oświadczenie jest wadliwe. Nie wskazał również w jaki sposób oczekuje zmiany pierwotnie złożonego oświadczenia oraz co do których konkretnie treści. W literaturze przedmiotu, ale również w ugruntowanej przez lata linii orzeczniczej Izby podnosi się, że w przypadku, gdy treść skierowanego do wykonawcy wezwania będzie nieprecyzyjna lub niekompletna możliwe, a nawet konieczne, będzie ponowienie tej czynności przez zamawiającego (zob. tak np. wyrok z 12 kwietnia 2023 r. sygn. akt: KIO 868/23). Wykonawca mając do zrealizowania jakikolwiek obowiązek w toku trwającego postępowania o udzielenie zamówienia, musi mieć bowiem jasność i pewność co do tego jakich konkretnie działań się od niego oczekuje. Zamawiający ma obowiązek dookreślenia przyczyn wystosowanego wezwania z podaniem podstawy nie tylko prawnej, ale przede wszystkim faktycznej, która legła u podstaw wystosowaniu wezwania do wykonawcy. Ten ostatni jest bowiem profesjonalistą i co do zasady można i należy oczekiwać od niego, że zna przepisy ustawy, wedle regulacji której toczy się postępowanie. Samo zatem wskazanie przez zamawiającego na *sprzeczność posiadanych dokumentów*
z oświadczeniem wykonawcy, co do podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. c) i pkt 7) Pzp, uznać należy za zbyt ogólnikowe i w istocie nie objawiające w sposób dostateczny zapatrywań samego zamawiającego i odpowiadającego im obowiązkowi do ich zaspokojenia przez odwołującego. Ten ostatni po otrzymanych wezwaniu nie może domyślać się jakie czynności „naprawcze" oraz w jakim konkretnie zakresie ma *de facto* wykonać. Ich rodzaj, przewidywany sposób realizacji oraz przyczyna w oparciu, o którą zamawiający uruchomił procedurę z art., 128 ust. 1 Pzp ma być dla wykonawcy zrozumiała
i transparentna. Tych warunków zamawiający – w ocenie odwołującego – niestety nie spełnił, co czyni działanie zamawiającego nieprawidłowym. Odwołujący przy tym dodał, że po otrzymanych wezwaniach wystąpił do zamawiającego o udostępnienie owych, bliżej nieokreślonych dokumentów, których treść miała pozostawać w sprzeczności ze złożonymi przez wykonawcę oświadczeniami. Nie uzyskał on jednak w tym przedmiocie żadnej odpowiedzi. Powoływanie się w tym zakresie na zasadę jednokrotności wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp nie jest trafione. Udostępnienie dokumentów, których domagał się wykonawca nie mogłoby być potraktowane jako ponowne wezwania do uzupełnienia dokumentów, tym bardziej, że odwołujący domagał się ich jeszcze w okresie biegu terminu do udzielenia odpowiedzi na otrzymane wezwania. W tym aspekcie jednak został on całkowicie zignorowany przez zamawiającego, z uwagi na co nie był w stanie wywnioskować jakiej konkretnie zmiany/poprawy w zakresie treści JEDZ oczekuje zamawiający. Sam natomiast pozostawał w przekonaniu, że pierwotnie złożony dokument jest wypełniony w sposób poprawny.
Ad. 2 [Brak wezwania do złożenia wyjaśnień]
W ocenie odwołującego nieprawidłowości dotyczące wadliwego zastosowania przez zamawiającego art. 128 ust. 1 Pzp pozostają w bezpośrednim związku z innym jeszcze naruszeniem. Mianowicie w sytuacji gdy zamawiający powziął wątpliwości w zakresie dotyczącym złożonych przez odwołującego oświadczeń w formie JEDZ, bardziej niż wzywać go do poprawienia jego treści, winien był w pierwszej kolejności zwrócić się do niego
o złożenie wyjaśnień odnośnie poszczególnych odpowiedzi, których wykonawca udzielił na pytania zawarte w formularzu oświadczenia. Zdaniem odwołującego, zamawiający sięgnąć zatem powinien po normę z art. 128 ust. 4 Pzp. Oceniając bowiem sytuację *post factum*, zamawiający na podstawie dostępnych ówcześnie informacji nie mógł posiadać pewności co do tego, że odwołujący w sposób błędny wypełnił JEDZ. Na tamtym etapie mogła w jego świadomości wystąpić wyłącznie mniejsza lub większa niepewność w tym zakresie. Z dwóch odrębnych źródeł pozyskał on informacje o odmiennej treści, przy czym nie znając pełnego kontekstu sytuacji i zdarzeń, które mogły sugerować powiązanie osoby odwołującego
z przyczynami wykluczenia, miał on obowiązek wszcząć procedurę wyjaśniającą owe kwestie. Tymczasem zamawiający pozbawił wykonawcę szansy na zaprezentowanie własnej optyki, co z kolei pozbawiło go możliwości wytłumaczenia zamawiającemu motywów jego postępowania. Odwołujący był natomiast przekonany, że te z pewnością zdołałyby przekonać zamawiającego do słuszności działań podjętych przez wykonawcę,
a w następstwie zapobiec odrzuceniu jego oferty. O ile trudno dyskutować z faktami
i zaklinać rzeczywistość, o tyle mając na uwadze, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zawsze odnoszone są one do konkretnych przepisów prawa, pamiętać należy, że ich wykładnia może być różna i w praktyce częstokroć jest niejednolita, szczególnie kiedy – a tak jest w niniejszym przypadku – mamy do czynienia z nowym stanem prawnym, którego praktyce stosowania dopiero się kształtuje. Zamawiający i wykonawca mogą się natomiast różnić odnośnie sposobu wykładni danego przepisu. O ile zatem w toku postępowania co do podstaw wykluczenia mogą pojawić się zagadnienia o charakterze pewnym i obiektywnym (a tym samym nie wymagające dalszej, wnikliwej analizy), jak chociażby np. fakt skazania wykonawcy prawomocnym wyrokiem karnym, który potwierdzony lub wykluczony zostaje za pomocą jednoznacznych w swej treści dokumentów urzędowych, o tyle przesłanki wykluczenia dotyczące należytego wykonywania innych zamówień publicznych, bądź realizacji innego rodzaju obowiązków zawodowych, zawsze będą

miały charakter mniej bądź bardziej względny, tj. wymagający przeprowadzenia szczegółowej analizy okoliczności i wypracowania w oparciu o nią oceny końcowej
i kwalifikacji pod konkretny przepis prawa, w tym podstawę wykluczenia. Sam fakt „nienależytego wykonania" bądź „niewykonania" umowy może być i zwykle jest przedmiotem sporu pomiędzy stronami umowy, albowiem wiąże się z koniecznością odniesienia zachowania jednej z nich do obowiązujących ją zapisów umowy oraz przepisów powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Tym samym zawsze podlegał będzie interpretacji. W tym zaś kontekście zwrócenie się o przedstawienie wyjaśnień do wykonawcy, jako podmiotu posiadającego najszerszą wiedze odnośnie realizowanych przez nią samą czynności zawodowych w ramach kontraktów zawieranych z innymi podmiotami, jawi się jako absolutnie nieodzowne, w każdym przypadku, gdy zamawiający poweźmie informację o zdarzeniach mogących być kwalifikowanymi przez pryzmat fakultatywnych podstaw wykluczenia. Wiąże się to nie tylko z koniecznością umożliwienia wykonawcy wdrożenia procedury samooczyszczenia, ale w pierwszej kolejności ustalenia, czy pozyskana przez zamawiającego wiedza nie jest zniekształcona, fałszywa bądź nie opiera się na nieprawdziwych lub zmanipulowanych informacjach, co wykonawca winien mieć szansę wykazać. Bezrefleksyjne zaufanie w pozyskiwane z zewnątrz dane objawia natomiast po stronie zamawiającego pewnego rodzaju tendencyjność i brak obiektywizmu. Wykonawca ma prawo przedstawienia własnego stanowiska w sprawie, a wezwanie przez zamawiającego do jego przestawienia winno być kwalifikowane jako obowiązek tego ostatniego, który w okolicznościach niniejszego postępowania nie został niestety zrealizowany. Świadczy to natomiast o wadliwości zachowania zamawiającego.
Ad. 3 [Błędne ustalenie po stronie odwołującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp]
Odwołujący stwierdził, że zamawiający w sposób błędny przyjął, że wobec niego aktywowała się przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp, albowiem został on ukarany w drodze ostatecznych decyzji administracyjnych wydanych przez Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, kolejno z dnia 1 lutego 2021 r. znak: WP.7062.2.25.2020.MG oraz z dnia 20 kwietnia 2022 r. znak: WP.7062.2.8.2022.MG
w związku z gospodarowaniem odpadami w sposób niezgodny z posiadanym zezwoleniem. W pierwszym rzędzie odwołujący zauważył, że zamawiający w ogóle nie ustalił okoliczności związanych z nałożeniem ww. kar, ich wymiaru, a także rodzaju i lokalizacji działalności
w związku, z którą doszło do ukarania odwołującego. Odwołujący wyjaśnił, że bazując już tylko na wiedzy odnośnie organu, który wydał opisane na wstępie decyzje administracyjne, można mieć pewność, że dotyczą one działalności wykonywanej przez odwołującego na terenie województwa opolskiego, a więc w zupełnie innej i odległej od obszaru funkcjonowania zamawiającego, dla potrzeb której nie służy baza magazynowo-transportowa, która została zaoferowana do świadczenia usługi na wypadek powierzenia wykonawcy zamówienie przez gminę Krzeszowice. Wyklucza to fakt jakiegokolwiek powiązania okoliczności ukarania odwołującego z wpływem tych okoliczności na możliwość prawidłowej realizacji usługi objętej przedmiotem obu postępowań. Odwołujący zwrócił uwagę, że jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą na obszarze czterech województw. Z uwagi na tę okoliczność wykonawca w ramach organizacji wewnętrznej przedsiębiorstwa posiada wyodrębnione funkcjonalnie oddziały, których bieżącą działalnością operacyjną zarządzają ustanowieni przez odwołującego kierownicy. Każdy
z nich stanowi osobno zorganizowany zakład w ramach, którego prowadzona jest bieżąca działalność. Tym samym czynności wykonywane przez pracowników i sprzęt wykorzystywany na terenie województwa opolskiego, pozostają w swoistej samodzielności wobec tożsamych zasobów wykorzystywanych do prowadzenia działalności gospodarczej na terenie innych województw. W tym kontekście ewentualna kara administracyjna nałożona na przedsiębiorcę w związku z prowadzoną przez niego działalnością na obszarze województwa opolskiego, w ramach tam funkcjonującej instalacji, nie powinna być kwalifikowana jako podstawa wykluczenia w związku z ofertą na realizację zamówienia złożoną w postępowaniu prowadzonym przez gminę z obszaru województwa małopolskiego, gdyż na potrzeby wykonywania tego zamówienia przeznaczone są zupełnie inne zasoby zarządzane przy wykorzystaniu innego centrum organizacyjnego. Odmienne podejście do omawianej problematyki prowadziłoby do swoistego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Otóż w praktyce prowadzenia działalności gospodarczej znane i tolerowane są praktyki, w których duże przedsiębiorstwa, o rozległym obszarze funkcjonowania podlegają pewnego rodzajowi „podziałowi" poprzez wyodrębnianie z nich zorganizowanych funkcjonalnie struktur, które następnie tytułem wkładu wnoszone są do spółek „córek" poprzez co uzyskują samodzielność podmiotową. W ten sposób powstaje struktura holdingowa, w której duży podmiot właścicielski (spółka-matka) skupia w swoim portfelu większą ilość spółek podległych. Każda z nich posiada własny status prawny, natomiast sposób zarządzania nimi jest scentralizowany i należy do jednostki właścicielskiej. Przy okazji takiej sytuacji brak jest wątpliwości co do tego, że każdy z podmiotów podległych będzie ponosił samodzielną odpowiedzialność za własne działania i zaniechania, w tym nałożone kary administracyjne. Nie może jednak budzić wątpliwości, iż wszelkie tego typu zdarzenia oddziaływać będą w mniejszym lub większym stopniu na funkcjonowanie całej grupy podmiotów gospodarczych. Na gruncie przywołanej sytuacji, w kontekście omawianej podstawy wykluczenia, krzywdzącym i niesprawiedliwym byłoby zatem pewnego rodzaju „globalne" podejście do osoby odwołującego, który *de*

facto posiada wyodrębnione
w przedsiębiorstwie w sposób funkcjonalny jednostki organizacyjne, przy jednoczesnym „wybiórczym" podejściu do wykonawców, uwikłanych bez wątpienia w powiązania strukturalne z innymi podmiotami i zarządzanych centralnie. W ocenie odwołującego kluczowym powinno być w tym wypadku ewentualne powiązanie okoliczności mogących być kwalifikowanymi przez pryzmat podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp,
z potencjalnym wpływem tychże okoliczności na ocenę wykonawcy w kontekście powierzenia mu konkretnego zamówienia. W niniejszych sprawach powiązania takiego brak. Okoliczność obciążenia wykonawcy karą administracyjną za niedochowanie obowiązków wynikających z posiadanego zezwolenia, a związanych z prowadzeniem instalacji w zupełnie innej części Polski, gdzie odpady pochodzące z gminy Krzeszowice nie są i nigdy nie będą przetwarzanie, pozostaje bez znaczenia dla oceny rzetelności wykonawcy w ramach postępowań. Z tej przyczyny wskazywanie tych faktów z JEDZ jawi się jako niewłaściwe.
Na marginesie odwołujący dodał, że nie przyszło by mu nawet do głowy, że tego typu nieprawidłowości mogłyby mieć wpływ na ocenę jego osoby w ramach postępowania
o udzielenie zamówienia, nie obejmował on nawet swoją świadomością tych konkretnych przypadków w kontekście obowiązku związanego z wypełnieniem JEDZ. Obie kary na które powołuje się zamawiający mają na tyle błahy charakter, że bez jakiejkolwiek analizy, *prima facie* należy je potraktować jako nieistotne w kontekście kwalifikacji podmiotowej odwołującego. Jedną z zasad postępowania o udzielenie zamówienia jest prowadzenie go
w sposób proporcjonalny, co oznacza, że zamawiający winien unikać i wystrzegać się przesadnego formalizmu przy wyłanianiu oferty najkorzystniejszej. Nie jest również pożądanym obciążanie oferentów nadmiernymi obowiązkami, czy wymaganie, aby spełniali oni w sposób wyolbrzymiony (a więc nieuzasadniony okolicznościami) wymogi w zakresie cech osobowościowych, czy może bardziej całkowitej i nieuznającej wyjątków „nieskazitelności zawodowej". Przy obowiązujących obecnie normach i wymogach ustawowych dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej w branży odpadowej, pewne niedociągnięcia, czy błędy są nieuniknione. Nie jest jednak uprawnionym twierdzenie jakoby każda, nawet najmniejsza nieprawidłowość, której wynikiem było nałożenie, choćby symbolicznej kary umownej winna być kwalifikowana jako podstawa wykluczenia
z postępowania. Taka praktyka działania, którą zaprezentował zamawiający występuje przeciwko zasadzie proporcjonalności i jako taka winna być skorygowana.
Co więcej odwołujący zwrócił uwagę na normę z art. 109 ust. 3 Pzp, która znajduje zastosowanie przy podstawie wykluczenia z ust. 1 pkt 2) lit. c). Stosownie do jej treści
w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1)-5) lub 7), zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne,
w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia Co prawda zapis objęty treścią art. 109 ust. 3 Pzp wskazuje, że zamawiający „może" nie wykluczać wykonawcy, co mogłoby z kolei wskazywać na jego uznaniowy charakter, a tym samym fakultatywność w stosowaniu. *Ratio legis* omawianej regulacji, zdaje się jednak prowadzić do wniosku, że u podstaw jej wprowadzenia do ustawy, leży chęć zapewnienia przez ustawodawcę ochrony tym wykonawcom, którzy z uwagi na niewielki rozmiar naruszeń, których się dopuścili, albo
z uwagi na inne, wyjątkowe okoliczności, zwyczajnie nie zasłużyli swoim postępowaniem na dolegliwą sankcję wykluczenia z postępowania. Przepis ów winien zatem znajdować zastosowanie w każdym przypadku, gdy z uwagi na względy etyczne, czy innego rodzaju, pozaprawne i społecznie akceptowane normy o charakterze słusznościowym, wykluczenie wykonawcy – formalnie kwalifikującego się do zastosowania tego środka – byłoby konsekwencją, jakiej zastosowania nie dałoby się pogodzić z powszechnym poczuciem sprawiedliwości społecznej. Tym samym pozornie uznaniowa możliwość stosowania przez zamawiających dyspozycji art. 109 ust. 3 Pzp, kładzie na nich faktyczny obowiązek każdorazowego rozważenia w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia, czy formalne wypełnienie przez wykonawcę, którejś z podstaw wykluczenia, o których mowa
w art. 109 ust. 1 pkt 1)-5) lub 7) Pzp, usprawiedliwia rzeczywiste wykluczenie tego wykonawcy z postępowania i objęcie go wszystkimi konsekwencjami z tegoż faktu wynikającymi. Zamawiający są zatem zobligowani by czuwać nad tym, aby negatywne następstwa potencjalnego wykluczenia wykonawcy miały wymiar proporcjonalny, tj. adekwatny (współmierny) do stopnia i nasilenia ewentualnych uchybień, jakie można wykonawcy przypisać w danych okolicznościach toczącego postępowania, bądź w związku
z nim. Tymczasem w realiach rozpoznawanej sprawy zamawiający nie wywiązał się należycie z ww. powinności, co z kolei doprowadziło do położenia na odwołującym niewspółmiernych do okoliczności sankcji. Ten ostatni otrzymał kary w kwocie kolejno 1000 oraz 2000 zł za magazynowanie odpadów w betonowym i utwardzonym od spodu boksie, zamiast w metalowym kontenerze. Niezgodność ta nie tyle stanowiła jakiekolwiek zagrożenie dla środowiska – o czym świadczyć

może choćby wysokość wymierzonych kar – co była formalnie niezgodna z treścią posiadanego zezwolenia. Odwołujący dodał, że usunął stwierdzone w trakcie kontroli WIOŚ naruszenia i przywrócił stan spójny z posiadaną decyzją środowiskową. Zdążył już nawet zapomnieć, że został obciążony rzeczonymi karami. Zdaniem odwołującego ocena jego postępowania przez pryzmat art. 109 ust.1 pkt 7) w zw.
z ust. 3 Pzp dokonana przez zamawiającego, jeśli w ogóle miała miejsce, została zatem przeprowadzona wadliwie i w sposób niesprawiedliwy. Odwołujący stwierdził, że swoim postępowaniem nie zasłużył bowiem na zastosowanie wobec niego niezwykle dotkliwej sankcji, która może wykluczyć go na okres 3 lat z faktycznej możliwości pozyskiwania zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenów gmin, co stanowi główny przedmiot prowadzonej przez niego działalności gospodarczej.
Ad. 4 [Błędne ustalenie po stronie odwołującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp]
Odwołujący wskazał, że zamawiający w sposób błędny przyjął, że wobec niego aktywowała się przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. O jej pojawieniu się mają zdaniem zamawiającego świadczyć stwierdzone przez niego i opisane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 września 2023 r., nieprawidłowości w zakresie realizacji przez odwołującego zamówień na rzecz gmin Zielonki oraz Myszków, które doprowadziły do naliczenia przez każdego z tych zamawiających kar umownych odpowiednio w kwotach 800 000,00 zł oraz 433 100,00 zł. W każdym z powyższych przypadków zamawiający myli się natomiast co najmniej co do dwóch kwestii, mianowicie, że:
- miało w ogóle miejsce nienależyte wykonanie umowy po stronie odwołującego,
- nawet gdyby miało miejsce nienależyte wykonanie umowy, na które wskazuje zamawiający, stanowiłoby ono wypełnienie dyspozycji z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.
Odwołujący zaczął od tego, że zgodnie ze stanem rzeczywistym złożył oświadczenia
w JEDZ, gdzie w części III pn. Podstawy wykluczenia, sekcja C pn. „Podstawy związane
z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", udzielił odpowiedzi „NIE" 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? Wykonawca wskazał przy tym, że odpowiedź jakiej udzielił jest prawidłowa w kontekście istniejących faktów, odniesionych do obowiązujących przepisów i innej udzielić nie mógł, albowiem dopiero wówczas mógłby wprowadzić zamawiającego w błąd, wywołując przeświadczenie po stronie zamawiającego, iż koniecznym jest przeprowadzenie przez odwołującego procedury samooczyszczenia celem uniknięcia wykluczenia z postępowań.
Przechodząc natomiast do konkretnych zdarzeń, na których wystąpienie powołał się zamawiający, odwołujący wskazał, że faktem jest, iż gmina Zielonki złożyła wykonawcy oświadczenie, w treści którego naliczyła na niego karę umowną w wysokości 800 000,00 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nr NEO.271.2.2021 z dnia 17 grudnia 2021 r. Doszło do tego zdarzenia wobec stwierdzonych przez gminę Zielonki rażących nieprawidłowości dotyczących realizacji zamówienia publicznego pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych niesegregowanych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości rekreacyjno-wypoczynkowych*
z terenu gminy Zielonki. Przechodząc w tym miejscu do wyjaśnień odwołujący wskazał, że jak wskazuje tytuł części III, sekcja C JEDZ – „Podstawy wykluczenia" dotyczy ona przedstawienia zamawiającemu okoliczności o faktach, które pozwolą mu dokonać jednoznacznych ustaleń, czy wobec danego wykonawcy (składającego oświadczenie
w formie JEDZ) występuje któraś z przesłanek wykluczenia określona w przepisach Pzp
i dokumentach zamówienia. W przypadku niniejszym chodzi natomiast niewątpliwie o tzw. fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, użytą przez zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia w związku z toczącymi się postępowaniami. Należy wobec tego podnieść, że poruszona przez zamawiającego okoliczność obciążenia wykonawcy przez gminę Zielonki karą umową w ww. kwocie w związku z realizacją przez niego innego zamówienia publicznego, była przedmiotem analizy, a następnie wyroku Izby
z dnia 10 stycznia 2023 r. wydanego w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach kolejno o sygn. akt: KIO 3436/22 oraz KIO 3445/22. Izba analizowała te fakty w kontekście możliwości kwalifikowania ich jako podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania,
o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem Izby obciążenie wykonawcy karą umową przez gminę Zielonki nie może być odczytywane jako podstawa do jego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, albowiem to nie wykonawca, a działający z jego ramienia podwykonawca przybrany do realizacji zamówienia, był w okolicznościach tamtego przypadku wyłącznie winny i odpowiedzialny za zdarzenia, które zaowocowały następnie żądaniem zapłaty kary umownej przez gminę. Istotnym pozostaje w tym miejscu również to, że powyższy wyrok został zaskarżony w procedurze odwoławczej skargą skierowaną do Sądu

Okręgowego
w Warszawie, który to wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 15/23 oddalił skargę i utrzymał w mocy wyrok wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wracając w tym miejscu do treści oświadczeń złożonych przez wykonawcę w JEDZ, odwołujący podniósł, że z uwagi na fakt, iż wykonawca miał możliwość udzielenia jedynie prostej odpowiedzi „TAK" lub „NIE" na pytanie dotyczące występowania po jego stronie podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, udzielił odpowiedzi przeczącej, albowiem z treści prawomocnego wyroku Izby popartego rozstrzygnięciem sądu powszechnego wynika wprost, że okoliczności związane z wykonywaniem zamówienia udzielonego przez Gminę Zielonki,
w tym fakt obciążenia wykonawcy karą umowną w związku ze świadczeniem usługi odbioru
i zagospodarowania odpadów, nie aktywuje po stronie odwołującego przesłanki wykluczenia z postępowań. Tym samym złożone przez wykonawcę oświadczenia, które zamawiającego kwalifikuje obecnie jako podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp polega na prawdzie i w świetle istniejących okoliczności nie mogło mieć innej treści. Na marginesie odwołujący dodał, że fakt obciążenia wykonawcy karą umowną przez Gminę Zielonki ma charakter dotychczas niewyjaśniony, a przez to dyskusyjny, albowiem wykonawca wystąpił na drogę postępowania sądowego o zapłatę kwoty potrąconej przez rzeczoną gminę tytułem owej kary umownej z przysługującego mu wynagrodzenia. Jako powód w tejże sprawie wykonawca kwestionuje w całości zasadność obciążenia go karą umową. Sprawa zawisła przed Sądem Okręgowym w Krakowie pod sygn. akt: IX GNc 850/23 i znajduje się aktualnie na etapie rozpoznania w fazie jurysdykcyjnej. Do czasu zatem wydania prawomocnego rozstrzygnięcia w tym przedmiocie, brak jest podstaw by twierdzić, że Gmina Zielonki skutecznie obciążyła wykonawcę jakąkolwiek karą umowną. Póki co jest to wyłącznie twierdzenie samej gminy i mówić możemy co najwyżej o „naliczeniu" kary. O jej zasadności zdecyduje natomiast uprawniony sąd powszechny w przewidzianej prawem procedurze, po analizie dostępnego materiału dowodowego. To zaś stanowi kolejny argument wspierający stanowisko wykonawcy, w którym twierdzi on, że wobec niego nie występuje obecnie podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, a tym samym złożone przez niego oświadczenie w treści JEDZ, w części III pn. Podstawy wykluczenia, sekcja
C pn. „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", jest prawidłowe i zgodne ze stanem rzeczywistym.
Przechodząc dalej odwołujący odniósł się miejscu do tematyki rzekomych nieprawidłowości w realizacji usługi na rzecz gminy Myszków. Wskazał przy tym, że faktem jest, iż rzeczona gmina naliczyła wobec wykonawcy w toku realizacji dwuletniej umowy większą ilość umownych kar jednostkowych, które łącznie mogły osiągnąć sumę w wysokości 433 100 zł. Co jednak dalece bardziej istotne, to fakt, że wykonawca nigdy nie uznał żadnej z tych kar, konsekwentnie odsyłał wszelkie noty obciążeniowego przesyłane przez ową gminę, jak również dobrowolnie nie zapłacił jakiejkolwiek nawet części zgłoszonego roszczenia. W tym zakresie wnioski jaki snuje zamawiający, jakoby: *W.S. nie kwestionował obciążenia go obowiązkiem zapłaty ww. kar umownych ani co do istnienia roszczeń, oraz ich ściągnięcia, nie wystąpił też do Sądu w tej sprawie*, są obiektywnie nieprawdziwe i stanowią wyłącznie dowód tego, że zamawiający kompletnie nie zapoznał się podnoszoną problematyką. Na marginesie odwołujący wskazał, że gdyby zamawiający zastosował normę z art. 128 ust. 4 Pzp, której obowiązek aktywacji w tym wypadku postuluje odwołujący, wówczas byłby w stanie uzyskać większą ilość informacji pozwalających mu zobiektywizować i urealnić swoje ustalenia i stanowisko końcowe odnośnie poruszanych kwestii. Inną kwestią pozostaje przy tym, że gmina Myszków jako zamawiający w celu zaspokojenia rzekomej należności skorzystała w sposób *de facto* bezpodstawny
z bezwarunkowej gwarancji zabezpieczającej wykonywanie umowy udzielonej przez podmiot trzeci, poprzez co na ten moment uzyskała w sposób faktyczny zaspokojenie podniesionych żądań finansowych. Co przy tym ważne, gmina Myszków nigdy nie odstąpiła od umowy
z wykonawcą. Opisane zdarzenia niewątpliwie doprowadziły natomiast do powstania sporu pomiędzy stronami. Aktualnie wykonawca zlecił profesjonalistom zainicjowanie właściwego postępowania w tym przedmiocie, którzy we współpracy z wykonawcą gromadzą i analizują obecnie dokumenty niezbędne do należytego opracowywania pozwu, który zainicjuje stosowne postępowanie przed uprawnionym sądem powszechnym, mające na celu zapłatę bezprawnie zatrzymanych przez gminę Myszków środków, stanowiących *de facto* należne wynagrodzenie za zrealizowanie zamówienia publicznego, przy jednoczesnym (a nawet uprzednim) stwierdzeniu, że nakładane kary umowne są w całości bezpodstawne. Wykonawca dodaje przy tym, że kwestia kar umownych żądanych od wykonawcy przez gminę Myszków nie była dotychczas przedmiotem rozpoznania ani przed sądem powszechnym, ani administracyjnym, ani też jakimkolwiek organem administracji państwowej, co z kolei skutkuje tym, że w obrocie prawnym brak jest obecnie orzeczenia legitymującego się przymiotem tak, czy inaczej rozumianej powagi rzeczy osądzonej. Sprawa sporu powstałego pomiędzy stronami, a tym samym również oceny ewentualnej zasadności (jej braku) twierdzeń gminy Myszków nie została dotychczas rozstrzygnięta. Biorąc zaś pod uwagę jej skomplikowany tak prawnie jak i faktycznie stan, trudno dawać wiarę temu, aby zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, traktując ją

jako zagadnienie o charakterze wpadkowym, był w stanie w sposób należyty ją rozpoznać i ocenić. Odwołujący przy tym dodał, że stanowisko rzeczonej gminy o słuszności i prawidłowości naliczenia kar, nie korzysta w zastanych okolicznościach z jakiegokolwiek domniemania prawdziwości, czy też nie legitymuje się walorem rozstrzygnięcia o charakterze równym lub choćby zbliżonym do decyzji administracyjnej wydanej w konkretnej sprawie. Wobec faktu, iż spór powstał na gruncie wykonywanej umowy, stanowisko każdej ze stron konfliktu ma jednakową wagę, tj. żaden z podmiotów nie posiada wobec drugiego swoistej „dominacji głosu". W relacji wobec siebie oba podmioty – a wobec tego siła twierdzeń każdego z nich – są równorzędne, co wynika z podstawowych zasad rządzących stosunkiem obligacyjnym zawiązanym w myśl przepisów prawa cywilnego. W konsekwencji, do czasu wydania w tym przedmiocie orzeczenia sądowego (bądź innego legitymującego się przymiotem władztwa publicznego), nie jest uprawnionym przyjmowanie jakoby jakakolwiek kara umowna w związku z wykonywaniem zamówienia na rzecz gminy Myszków została „nałożona" na wykonawcę w rozumieniu przepisów Pzp. Póki co mamy co najwyżej do czynienia z jej „naliczeniem" i zgłoszeniem roszczenia przez gminę, którego zasadności nie potwierdził ani sam wykonawca, ani żaden podmiot uprawniony mocą ustawy do rozstrzygania sporów powstałych na gruncie stosunków obligacyjnych. Godzi się w tym miejscu również zauważyć, że jak wskazuje tytuł części III, sekcja C JEDZ - „Podstawy wykluczenia" dotyczy ona przedstawienia zamawiającemu okoliczności o faktach, które pozwolą mu dokonać jednoznacznych ustaleń, czy wobec danego wykonawcy (składającego oświadczenie w formie JEDZ) występuje któraś z przesłanek wykluczenia określona w przepisach Pzp i dokumentach zamówienia. W przypadku dotyczącym niniejszego zarzutu chodzi natomiast niewątpliwie o tzw. fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, użytą przez zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia w związku z toczącymi się postępowaniami. Stosownie do treści przywołanego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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 publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przewidziany przez prawodawcę zbiór podstaw wykluczenia ma charakter wyczerpujący (zamknięty), co oznacza, że nie może być interpretowany rozszerzająco. Zamawiający mają zatem zakaz swoistego „rozciągania" jego stosowania na przypadki zbliżone, czy podobne do wprost uregulowanych w jego treści. Niewątpliwie natomiast brak w niej ustanowienia przesłanki wcześniejszego „obciążenia" karą umowną wykonawcy, jako zdarzenia uzasadniającego jego wykluczenie w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał przy tym, że znane mu się stanowisko Izby, wedle którego nieprawidłowym jest wniosek, że konstrukcja art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp powoduje brak możliwości wykluczenia wykonawcy
w sytuacji, gdy z tytułu nienależytego wykonania istotnego zobowiązania umownego naliczono mu kary umowne, jednakże należy spieszenie dodać, że i w orzecznictwie Izby przebija się słuszne skądinąd stanowisko, iż nie każda kara umowna automatycznie będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, lecz jedynie taka, która posiada charakter odszkodowawczy (por. wyrok z 19 listopada 2021 r. sygn. akt: KIO 3078/21). W ślad za tym twierdzeniem odwołujący podniósł, że mając na uwadze rodzaj
i charakter naruszeń w związku, z którymi naliczone zostały przez gminę Myszków kary umowne – nawet gdyby uznać, że do owym naruszeń faktycznie doszło – dojść należy do przekonania, że żadna z nich nie ma charakteru odszkodowawczego, albowiem z żadnym
z nich nie wiąże się jakakolwiek strata materialna odpowiadająca pojęciu „szkody". Co więcej należy też wskazać, że wobec okresu na jaki zawarta została umowa z gminą Myszków (2 lata), łącznego maksymalnego wynagrodzenia, które było przewidziane w związku z jej realizacją (15 769 126,81 zł), ilości zadeklarowanych mieszkańców, od których odpady w związku ze świadczeniem usługi były odbierane (2 500 osób), ilości wszystkich rozstawionych pojemników na terenie gminy niezależnie od ich kubatury (ponad 13 000 szt.), ilość dokonywanych zbiórek odpadów w skali każdego miesiąca (ponad 220 zbiórek
w każdym miesiącu), sumy wszystkich czynności wykonawczych składających się na realizację zamówienia, nie można twierdzić, że zgłoszona przez gminę Myszków ilość
i rodzaj przypadków nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę – nawet gdyby polegała na prawdzie – mogła zostać uznana za długotrwałą lub naruszająca postanowienia umowy w stopniu znacznym. I w tym zatem zakresie zamawiający błędnie ocenił
i zinterpretował zastosowaną niesłusznie przesłankę wykluczenia.

Ad. 5 [Błędne ustalenie po stronie odwołującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp]

W zakresie zarzutu zawartego pod numerem 5 *petitum* odwołania odwołujący zauważył, że już tylko zasadność zarzutów poprzedzających, w stopniu wystarczającym świadczy
o nieuzasadnionym powołaniu się przez zamawiającego przy odrzuceniu oferty odwołującego, na przesłankę

wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu. Fakt bowiem że żadna z wcześniejszych podstaw wykluczenia, na które powołuje się zamawiający *de facto* nie wystąpiła, powoduje iż nie jest możliwym wywołanie u zamawiającego jakiegokolwiek błędu w tym zakresie przez wykonawcę. Nadto odwołujący zauważył za zamawiającym, że zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp koniecznym jest, aby umyślne lub będące wynikiem rażącego niedbalstwa zachowanie wykonawcy w sposób intencjonalny doprowadziło do wywołania w świadomości zamawiającego mylnego wyobrażenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, w sytuacji gdy faktycznie obejmuje go, któraś z podstaw wykluczenia. Chodzi tutaj nie
o „wprowadzanie" w błąd, które mimo podjętej próby wcale nie musi wywołać określonego stanu świadomości po stronie zamawiającego, a „wprowadzenie" w błąd, a zatem czynność dokonaną, świadczącą o tym, iż nieuczciwy wykonawca cel swój zrealizował. Błąd ów musi się zatem objawić w konkretnych czynnościach podejmowanych w toku postępowania przez zamawiającego. Należy przeto wskazać, że postępowania w niniejszych sprawach toczyły się z wykorzystaniem tzw. procedury odwróconej, tj. z zastosowaniem normy z art. 139 Pzp. Po jej myśli zamawiający najpierw dokonał oceny ofert, a dopiero w następnej kolejności przystąpił do kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Na etapie uznania jego oferty jako najwyżej ocenionej w ogóle nie była analizowana kwestia podstaw wykluczenia, czy spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Wszak oświadczenie
w formie JEDZ nie było jeszcze wówczas w ogóle złożone przez wykonawcę. Nie ulegało wobec tego wątpliwości odwołującego, że dokonując sklasyfikowania jego ofert jako najwyżej ocenionej, zamawiający nie pozostawał w tym zakresie pod wpływem jakiegokolwiek błędu. Po dokonaniu oceny ofert i wyłonieniu tej spośród nich, która mogła być uznana za najkorzystniejszą zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentów, w tym oświadczeń w formie JEDZ. Jednocześnie dodał także, że najpóźniej w tym czasie zamawiający posiadał już informacje, w oparciu o które uznał następnie, że wykonawca winien podlegać wykluczeniu z uwagi na treść art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. c) i pkt 7) Pzp. Zanim bowiem zakończył proces kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, wystosował do niego wezwanie do poprawienia złożonych przez niego formularzy JEDZ. Brak jest wobec tego takiego aktu sprawczego po stronie zamawiającego, który ukazałby na zewnątrz, iż zamawiający miałby na którymkolwiek etapie postępowań pozostawać w błędzie. Żadna jego czynność, czy nawet szerzej – zachowanie, nie wskazuje na taki stan jego świadomości,
w którym miałby on dać wiarę treści oświadczeniu wykonawcy złożonemu w postaci JEDZ. Taki zaś stan – zgodnie z obecną retoryką zamawiającego – potwierdzałby natomiast, że ów błąd faktycznie mógł mieć miejsce. Tymczasem – przeciwnie do aktualnych twierdzeń zamawiającego – fakt wystosowania przez niego wezwań do poprawienia treści JEDZ przez wykonawcę, świadczy dobitnie, że zamawiający już na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy kontestował prawdziwość, czy też rzetelność udzielonych przez odwołującego odpowiedzi na pytania zawarte w JEDZ, nie dając im wiary. To zaś wyklucza możliwość przyjęcia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp jako podstawy do odrzucenia ofert wykonawcy. Zdaniem odwołującego zamawiający nie wykazał aby faktycznie pozostawał
w błędzie, który mógł mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje. Odwołujący dodał, że jeśli można w zastanych okolicznościach mówić w ogóle o błędzie, to zaiste zamawiający w takowym pozostaje. Dotyczy on jednak nie tyle mylnego wyobrażenia co do braku podstaw wykluczenia po stronie odwołującego, co mylnego wyobrażenia, że przesłanki owego wykluczenia zachodzą i winny być stosowane wobec wykonawcy. Ponadto uzupełniająco dodał, że wykonawca dokonując uzupełnienia, a następnie złożenia JEDZ działał nie tylko w najlepiej pojętym, własnym interesie, ale również z najlepszą swoja wiedzą. Już tylko argumentacja przedstawiona w ramach odwołaniach dowodzi, że nawet gdyby miało dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd, to z pewnością nie byłoby to skutkiem działań, czy zaniechań odwołującego, którym można by przypisać przymiot zamierzonych, czy noszących znamiona rażącego niedbalstwa. Jako podmiot profesjonalny dołożył należytej staranności przy opracowywaniu dokumentów składanych w toku postępowań, w tym zakresie korzystał także z fachowej pomocy prawnej. W zakresie dokonywanych czynności pozyskał informacje na temat sposobu interpretacji i znaczenia przepisów Pzp i postąpił stosownie do otrzymanych w tym zakresie wskazówek i opinii.
W żadnym wypadku nie można mu wobec tego zarzucić oszukańczego zamiaru, czy rażącego niedbalstwa. Tylko natomiast takie zabarwienie wolicjonalne może prowadzić do wykluczenia w oparciu o normę z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp. Tym samym niepodzielona przez zamawiającego, czy nawet Izbę interpretacja niejasnych, czy niejednoznacznych przepisów ustawy, nie powinna odnosić penalnego skutku wobec wykonawcy, który dokonał jej
w sposób dopuszczalny, mając na uwadze obowiązuje dyrektywy wykładni tekstu prawnego. W takiej sytuacji jedynie wystąpienie przeciwko ugruntowanej, wyrobionej przez lata
i powszechnie znanej oraz stosowanej praktyce interpretacji określonej normy prawnej, mogłoby implikować twierdzenie, że dany wykonawca naruszył aprobowane i obowiązujące zasady postępowania w sposób zamierzony lub co najmniej dopuścił się w tym zakresie rażącego niedbalstwa. Jednocześnie w ocenie odwołującego, nie jest właściwą praktyka, po myśli której zadaniem wykonawcy jest awizacja zamawiającemu wszystkich możliwych przypadków, które mimo iż nie wypełniają żadnej z podstaw wykluczenia, to w jakimś stopniu swoją treścią pokrywają się z częścią przesłanek

składających się na ową podstawę, niejako się o nią „ocierając”, z uwagi na co okoliczność ta może pozostawać bądź powinna pozostawać w orbicie zainteresowań zamawiającego. Zauważyć bowiem należy, że JEDZ sam w sobie nakierunkowany jest na weryfikację wykonawcy pod kątem wystąpienia lub braku podstaw wykluczenia. Tym samym wskazanie w treści JEDZ, że doszło w historii wykonawcy do określonej sytuacji powiązanej mniej lub bardziej z podstawami wykluczenia, w sposób automatyczny generuje po stronie wykonawcy obowiązek rozpoczęcia procedury samooczyszczenia. Ta natomiast nie jest procedurą o charakterze profilaktycznym czy prewencyjnym. Jej stosowanie odbywać się ma wobec tych podmiotów, które dopuściły się określonych naruszeń i naruszenia te zostały potwierdzone (udowodnione), co jest faktem obiektywnie sprawdzalnym. Jeśli zatem wykonawca pozostaje w przekonaniu – choćby błędnym, ale usprawiedliwiony i uzasadnionym okolicznościami – że nie dopuścił się żadnego przewinienia, z uwagi na które jego oferta mogłaby zostać odrzucona, to nadmiernym jest stawianie mu wymogu zgłaszania zamawiającemu niejako „na wszelki wypadek” wszystkich okoliczności, które choćby luźno mogą się wiązać podstawami wykluczenia. Wymóg taki można porówna do sytuacji, w której osoba mająca postawione zarzuty prokuratorskie miałaby wykazywać zamawiającemu, że nie popełniła, bądź nie jest winna sprawstwa czynu, który mocą postawionego został jej poniekąd przypisany, choć brak jest jeszcze potwierdzenia tego faktu.

Ad. 6 [Nieuprawnione zatrzymanie wadium]

W ocenie odwołującego, podobnie jak w przypadku poprzedzającego zarzutu, podobnie
i w tym przypadku, zatrzymanie wadium jawi się jako nieuzasadnione tylko z tej przyczyny, że sama czynności odrzucenia ofert odwołującemu są wadliwe i niesłuszne. Niemniej jednak odwołujący podkreślił, że nie jest właściwą czynność zatrzymania wadium w sytuacji, gdy wykonawca złożył na wezwanie oświadczenie w formie JEDZ, nawet jeśli w jego treści zidentyfikowane zostały następnie błędy. Wykazanie zasadność powyższego twierdzenia rozpocząć należy od przywołania stosownej treści normatywnej. Otóż zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1) Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Należy pamiętać, że odwołujący za każdym razem gdy otrzymał od zamawiającego stosowne wezwanie złożył oświadczenia w formie JEDZ. W jego treści odpowiedział na zapytania objęte formularzem w sposób wskazujący, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Po pierwsze przytoczony wyżej przepis prawa nie daje zamawiającemu prawa do zatrzymania wadium w sytuacji, w której wykonawca złoży JEDZ na wezwanie. Już tylko ta czynność, niezależnie od treści merytorycznej przekazanego zamawiającemu dokumentu uwalnia wykonawcę od ryzyka utraty wadium z przyczyn dotyczących niezłożenia JEDZ. Prawidłowo zrekonstruowana norma z art. 98 ust. 6 pkt 1) Pzp w zakresie JEDZ brzmi bowiem w sposób następujący: zamawiający w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji, występuje do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Z brzmienia i sensu przepisu objętego dyspozycją art. 98 ust. 6 pkt 1) Pzp wynika zatem, że tylko w przypadku podmiotowych oraz przedmiotowych środków dowodowych ustawodawca postawił dodatkowy warunek. Mianowicie wymaga aby wykonawca złożył je w treści wykazującej okoliczności, o których mowa w art. 57 lub 106 ust. 1 Pzp. JEDZ nie został mocą decyzji prawodawcy objęty tym wymogiem. *Ergo* zamawiający nie może zatrzymać wadium, jeśli treść oświadczenia JEDZ nie potwierdza braku podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu. Takie postępowanie jest całkowicie bezprawne i może być kwalifikowane jako przywłaszczenie, o którym mowa w art. 284 Kodeksu karnego.

W sposób oczywisty i intencjonalny występuje bowiem przeciwko omawianemu przepisowi Pzp. Co więcej, nawet gdyby powyższe twierdzenie nie było słuszne, nie można twierdzić, że złożony przez odwołującego, w ustalonej przez niego treści dokument JEDZ, nie wykazywał braku podstaw wykluczenia. Wszak z uwagi właśnie na okoliczność, że stan taki wynikał
z jego zawartości, zamawiający zastosował podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp. Oświadczenia odwołującego potwierdzały bowiem, iż wobec jego osoby brak jest przyczyn, które mogłyby skutkować odrzuceniem jego oferty. Zamawiający co najmniej mylnie zatem przyjmuje, że odwołujący nie złożył oświadczenia w formie JEDZ, które miałoby nie wykazywać okoliczności, o których mowa w art. 57 lub 106 ust. 1 Pzp. Względnie zamawiający kompletnie błędnie stosuje normę z art. 98 ust. 6 pkt 1) Pzp twierdząc, że złożenie przez wykonawcę JEDZ na wezwania zamawiającego w odmiennej od oczekiwań zamawiającego spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Analizując treść pism zawierających uzasadnienie do czynności odrzucenia

ofert odwołującego nasunął mu się oczywisty wniosek, że okolicznościami, które uniemożliwiły zdaniem zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty, były podstawy wykluczenia dotyczące realizowania przez wykonawcę wcześniejszych zamówień oraz fakt ukarania go karami administracyjnym w związku z naruszeniem przepisów o ochronie środowiska. To nie fakt takiego, czy innego wypełnienia dokumentu JEDZ w okolicznościach niniejszej spraw uniemożliwił, wbrew twierdzeniem zamawiającego wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej. Czynność ta została udaremniona na skutek zupełnie innych dokumentów, niepochodzących od odwołującego i wciąż mu nieznanych, które zostały wprowadzone do postępowań za sprawstwem innych pomiotów. Ich tożsamości wykonawca może się obecnie jedynie domyślać.

Ad. 6 [Wadliwy wybór oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą]

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta
z najniższą ceną lub kosztem. W ocenie odwołującego w okolicznościach obu postępowań za ofertę spełniającą kryteria opisane w ww. przepisie nie można uznać tej złożonej przez PW M.. To odwołujący bowiem jako wykonawca niesłusznie wykluczony z obu postępowań przedstawił najkorzystniejsze dla zamawiającego warunki realizacji usługi. Uznanie zatem za zasadne zarzutów przedstawionym w złożonym odwołaniu skutkować musi automatycznie unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w obu sprawach po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MIKI"
z siedzibą w Krakowie.

W dniu 19 października 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołań w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

Podobnie tego samego dnia tj. 19 października 2023 r. także wykonawca zgłaszający przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym złożył do akt sprawy pisma procesowe zawierające argumentacje dla wniosku o oddalenie odwołań w całości z uwagi na ich oczywistą bezzasadność.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowych postępowań, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MIKI" z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej jako: „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w obu sprawach.
W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący w obu sprawach posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1)dokumentację przekazaną w obu sprawach w postaci elektronicznej, zapisaną na płytach CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 19 października 2023 r.,
w tym w szczególności:
- specyfikacje warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ") z obu postępowań wraz
z załącznikami;
- JEDZ złożone przez odwołującego w obu postępowaniach;
- wezwania z dnia 18 sierpnia 2023 r. skierowane do odwołującego w obu postępowaniach na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp;
- pisma z dnia 22 sierpnia 2023 r. skierowane od odwołującego do zamawiającego;
- pisma z dnia 24 sierpnia 2023 r. przesłane od odwołującego do zamawiającego wraz
z załączonymi uzupełnionymi JEDZ;

- zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu I i II z dnia 26 września 2023 r.;
- pisma z dnia 26 września 2023 r. skierowane do odwołującego w związku z zatrzymaniem wadium w obu postępowaniach;

2)dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego w postaci pliku dotyczącego kar umownych naliczonych w związku z realizacją zamówienia na rzecz gminy Myszków. Była to korespondencja prowadzona pomiędzy odwołującym a gminą Myszków
w zakresie naliczania kar umownych przez ww. gminę oraz odpowiedzi odwołującego kwestionujące naliczenie tych kar oraz nienależyte wykonanie umowy.

Izba ustaliła co następuje

W SWZ dotyczących obu postępowań zamawiający przewidział zastosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 1-10 Pzp (rozdział 10 ust. 2 SWZ). Tym samym zamawiający przewidział zastosowanie wszystkich fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy.
Pismami z dnia 10 sierpnia 2023 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia JEDZ w obu postępowaniach.
Odwołujący złożył JEDZ w obu postępowaniach w dniu 14 sierpnia 2023 r.,w których oświadczył, że nie podlega wykluczeniu w zakresie żadnej przesłanki wskazanej
w dokumentach zamówienia.
Zamawiający pismami z dnia 18 sierpnia 2023 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia prawidłowo wypełnionego oświadczenia, o którym mowa
w art. 125 ust. 1 Pzp. W treści wezwań zamawiający wskazał ponadto, że *W związku*
z otrzymaniem od Państwa oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia tzw. Jedz) Zamawiający informuje, że jest w posiadaniu dokumentów, które stoją w sprzeczności ze złożonym oświadczeniem, w szczególności w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt. 2c oraz pkt. 7 ustawy Pzp. Wszystkie fakultatywne przesłanki wykluczenia zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ.
Odwołujący pismami z dnia 22 sierpnia 2023 r. przekazał zamawiającemu następującą informację:
W ślad za wezwaniem Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2023 r. do "złożenia prawidłowo wypełnionego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp", uprzejmie informujemy, że wezwanie jest niezrozumiałe dla Wykonawcy, albowiem Zamawiający powołuje się w jego treści na bliżej nieokreślone dokumenty, których nie przekazał Wykonawcy, jak również sugeruje w sposób wyłącznie ogólny występowanie po stronie Wykonawcy nieprawidłowości, nie artykułując konkretnie owych przewinień (mających stanowić fakultatywne podstawy wykluczenia). Należy zatem zauważyć, że w zastanej sytuacji procesowej Wykonawca winien otrzymać precyzyjną i jednoznaczną informację jakie zastrzeżenia posiada Zamawiający wobec złożonych dokumentów oraz w jaki sposób oczekuje konwalidacji, uzupełnienia bądź wyjaśnienia ich treści ze strony Wykonawcy. Ten ostatni nie powinien i nie może domyślać się swoich obowiązków, które w drodze wezwania kładzie na nim Zamawiający.
Wobec powyższego w pierwszej kolejności wnosimy o niezwłoczne (jeszcze dziś) przesłanie kopii dokumentów, których to treść ma stać - jak twierdzi Zamawiający - w sprzeczności
z oświadczeniami złożonymi przez Wykonawcę w dokumencie JEDZ. W związku z tym wnosimy również o doprecyzowanie treści wezwania poprzez wskazanie przez Zamawiającego w sposób konkretny, jednoznaczny, precyzyjny i wyczerpujący, jakie nieprawidłowości w jego ocenie zawierają złożone przez Wykonawcę dokumenty oraz w jaki sposób oczekuje od Wykonawcy ich usunięcia. W konsekwencji wnosimy także o wydłużenie terminu na wykonanie owych obowiązków.
W przypadku zaś odmowy przesłania dokumentów posiadanych przez Zamawiającego,
w oparciu o które powstała po jego stronie wątpliwość co do treści oświadczeń złożonych przez Wykonawcę w dokumencie JEDZ, prosimy o wskazanie konkretnego przedziału godzinowego w dniu jutrzejszym(23.08.2023), w którym możliwe będzie osobiste zapoznanie się przez Wykonawcę (umocowanego przez niego przedstawiciela) z treścią tejże dokumentacji pod adresem Urzędu Gminy Krzeszowice i wykonanie jej fotokopii.
Ponadto pismami z dnia 24 sierpnia 2023 r. odwołujący wskazał zamawiającemu –
W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 sierpnia br. do złożenia prawidłowo wypełnionego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w załączeniu składamy rzeczony dokument, wypełniony zgodnie z naszą najlepszą wiedzą. Zamawiający - mimo pisma Wykonawcy - nie podał na czym miałyby polegać sugerowane przez niego "sprzeczności" pomiędzy posiadanymi przez niego dokumentami, a złożonymi przez Wykonawcę w toku postępowania oświadczeniami. Nie przesłał również jakichkolwiek dokumentów, które miałyby o takowych sprzecznościach świadczyć. Tym samym wezwanie Zamawiającego w dalszym ciągu pozostaje dla Wykonawcy niezrozumiałe, on sam uznaje

natomiast pierwotnie złożony JEDZ za prawidłowy co do swojej treści i zgodny ze stanem rzeczywistym, albowiem Wykonawcy nie są znane okoliczności, które stałyby w sprzeczności ze złożonymi oświadczeniami.

Do ww. pism odwołujący załączył JEDZ dotyczące obu postępowań. W ramach tych JEDZ – podobnie jak przypadku JEDZ złożonych pierwotnie – odwołującyoświadczył, że nie podlega wykluczeniu w zakresie żadnej przesłanki wskazanej w dokumentach zamówienia.

Zamawiający w dniu 26 września 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w obu postępowaniach. Jako najkorzystniejsze zostały wybrane oferty przystępującego. Oferty odwołującego zostały odrzucone przez zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia ofert odwołującego zamawiający wskazał m. in.:

<u>Uzasadnienie faktyczne ad.1.</u>

(…)

Jednocześnie Zamawiający otrzymał od Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Opolu dokumenty dotyczące podmiotu W.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S., ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa, z których wynika, że wydane zostały dwie ostateczne decyzje administracyjne tj.:

a. na mocy ostatecznej i prawomocnej decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochron Środowiska z dnia 1 lutego 2021 roku znak: WP. 7062.2.25.2020.MG na ww. wykonawcę został nałożona kara pieniężna w związku z gospodarowaniem odpadami niezgodnie z posiadanym zezwoleniem, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;

b. na mocy ostatecznej i prawomocnej decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochron Środowiska z dnia 20 kwietnia 2022 roku znak: WP.7062.2.8.2022.MG na ww. wykonawcę został nałożona kara pieniężna w związku z gospodarowaniem odpadami niezgodnie z posiadanym zezwoleniem, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego, Wykonawca w JEDZ podał nieprawdziwe informacje dotyczące podstawy wykluczenia z art. 109 ust 1 pkt 2 lit c Pzp.

W związku z powyższym skierowano do Wykonawcy W.S. wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia prawidłowo wypełnionego oświadczenia,

o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, informując jednocześnie Wykonawcę, że Zamawiający jest w posiadaniu dokumentów, które stoją w sprzeczności ze złożonym oświadczeniem, w szczególności w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt. 2c oraz pkt. 7 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył ponownie oświadczenie w formie Jedz, w którym ponownie oświadczył, że nie podlega wykluczeniu w zakresie żadnej przesłanki wskazanej w dokumentach zamówienia jednocześnie informując Zamawiającego, że wezwanie Zamawiającego jest dla Wykonawcy niezrozumiałe, on sam uznaje natomiast pierwotnie złożony JEDZ za prawidłowy co do swojej treści i zgodny ze stanem rzeczywistym, ponieważ Wykonawcy nie są znane okoliczności, które stałyby w sprzeczności ze złożonymi oświadczeniami.

Zamawiający wyraźnie w wezwaniu wskazał konkretne podstawy prawne w zakresie których w jego ocenie oświadczenie zostało wypełnione nieprawidłowo (art. 109 ust. 1 pkt. 2c oraz pkt. 7 ustawy Pzp). Wezwanie zostało skierowane w celu poprawy tego oświadczenia jak

i również ewentualnego skorzystania przez Wykonawcę z możliwości wskazanej w art. 110 ustawy Pzp.

Wykonawca jako profesjonalista oraz adresat decyzji administracyjnych, na podstawie których zostały nałożone na niego kary za naruszenie przepisów dotyczących ochrony środowiska powinien posiadać wiedzę, że wypełniając Jedz należy wskazać, że w zakresie przesłanki z art. 109 ust. I pkt. 2c ustawy podlega wykluczeniu i ewentualnie skorzystać

z instytucji samooczyszczenia.

W związku z tym, że złożone oświadczenie (Jedz) stoi w sprzeczności z dokumentami wskazanymi powyżej (ostateczne decyzje administracyjne) Zamawiający uznał, że Wykonawca W.S. podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 2c) ustawy Pzp.

<u>Uzasadnienie faktyczne ad.2.</u>

(…)

Zamawiający na podstawie art. 139 ust. 2 w związku z art. 139 ust. I ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę W.S., do złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu

i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 125 ustawy Pzp, na formularzu JEDZ. Wykonawca w wyznaczonym terminie przesłał oświadczenie w formie JEDZ, w którym Wykonawca oświadczył że nie podlega wykluczeniu w zakresie żadnej przesłanki wskazanej w dokumentach zamówienia Jednocześnie Zamawiający pozyskał dokumenty dotyczące tego Wykonawcy, z których wynikało, ż Zamawiający Gmina Zielonki obciążyła Wykonawcę W.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S., ul. Bór 169 42-202 Częstochowa karą umowną w wysokości 800.000,00 zł z tytułu nienależytego wykonani umowy nr NEO.271.2.2021 z dnia

17 grudnia 2021 roku, tj. stwierdzonych przez Gminę Zielonki rażących nieprawidłowości dotyczących realizacji zamówienia publicznego pod nazwą: Odbierani i zagospodarowanie odpadów komunalnych niesegregowanych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości rekreacyjno-wypoczynkowych
z terenu gminy Zielonki (znak sprawy: NEO.271.l.2021). Kwota ww. kary umownej została potrącona przez Gminę Zielonki m.in. z wierzytelnościami ww. wykonawcy, oraz Gmina Zielonki wystąpiła o wypłatę pozostałej części kary umownej z gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy.
Umowa o zamówienie publiczne została zawarta 17.12.2021 na okres 12 miesięcy tj. od 01.01.2022 do 31.12.2022 r. Wójt Gminy Zielonki w dniu 22.11.2022 r. wezwał Wykonawcę W.S. d zapłaty kary umownej w wysokości 800.000,00 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy wskazując, że karę tę naliczono na podstawie § 12 ust. 1 pkt. 2 umowy
w związku ze stwierdzeniem co najmniej 20 przypadków zmieszania odebranych przez Wykonawcę, co do których obowiązywał zakaz mieszania, polegającego na dosypywaniu odpadów komunalnych pochodzących z bazy do śmieciarek wyjeżdżających po odbiór odpadów z terenu Gminy.
Wykonawca W.S. miał więc świadomość, że Gmina Zielonki jako zamawiający publiczny stwierdziła nienależyte wykonanie umowy, a następnie obciążyła Wykonawcę karą umowną w wysokości 800.000 zł. Pomimo tego, Wykonawca nie ujawnił Zamawiającemu tych informacji.
W związku z powyższym skierowano do Wykonawcy W.S. wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do złożenia prawidłowo wypełnionego oświadczenia,
o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, informując jednocześnie Wykonawcę, że Zamawiający jest w posiadaniu dokumentów, które stoją w sprzeczności ze złożonym oświadczeniem, w szczególności w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt. 2c oraz pkt. 7 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył ponownie oświadczenie w formie Jedz, w którym ponownie oświadczył, że nie podlega wykluczeniu w zakresie żadnej przesłanki wskazanej w dokumentach zamówienia jednocześnie informując Zamawiającego, że wezwanie Zamawiającego jest dla Wykonawcy niezrozumiałe, on sam uznaje natomiast pierwotnie złożony JEDZ za prawidłowy co do swojej treści i zgodny ze stanem rzeczywistym, albowiem Wykonawcy nie są znane okoliczności, które stałyby w sprzeczności ze złożonymi oświadczeniami.
Zamawiający wyraźnie w wezwaniu wskazał konkretne podstawy prawne, w zakresie których w jego ocenie oświadczenie zostało wypełnione nieprawidłowo. Wezwanie zostało skierowane w celu poprawy tego oświadczenia jaki również ewentualnego skorzystania przez Wykonawcę z możliwości wskazanej w art. 110 ustawy Pzp.
Wykonawca jako profesjonalista oraz adresat kar umownych nałożonych w związku
z nienależytym wykonaniem umów powinien posiadać wiedzę że wypełniając Jedz należy wskazać, że w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP podlega wykluczeniu
i ewentualnie skorzystać z instytucji samooczyszczenia.
W związku z tym, że złożone oświadczenie JEDZ stoi w sprzeczności z informacjami wskazanymi powyżej (realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady) Zamawiający uznał, że Wykonawca W.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S., ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp.
(…)
Odnosząc się do powyższego Zamawiający stwierdza:
Ad. 1 — Niewątpliwie Wykonawca W.S. dopuścił się długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego — Gmina Zielonki stwierdziła co najmniej 20 przypadków mieszania odpadów
w okresie od 01.06.2022 do 12.10.2022.
Ad. 2 - Istotą umowy było odbieranie i zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (20 03 OI) od właścicieli nieruchomości zgodnie z wytycznymi wskazanymi w S I ust. 4 pkt. 3) umowy o zamówienie publiczne tj. w sposób zgodny
z zasadami gospodarowania odpadami, określonymi w ustawie z dnia 14 grudnia 2012
o odpadach, ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku
w gminach, rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 1 1 stycznia 2013 r. w sprawi szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 poz. 122), wymaganiami ochrony środowiska, Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Małopolskiego oraz Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Zielonki). Stwierdzenie co najmniej 20 przypadków mieszania odpadów komunalnych zmieszanych z innymi odpadami w okresie niewiele ponad 4 miesiące (średnio 5 razy w miesiącu) jest istotne w stosunku do założeń zarówno umowy jak i przepisów obowiązującego prawa.
Ad. 3 — Zachowanie Wykonawcy dotyczy istotnego zobowiązania z umowy — stanowi podstawę zobowiązania, którym był odbiór odpadów zgodny z zasadami wskazanymi w Ad. 2

Ad. 4 — Nienależyte wykonanie umowy następowało z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (Podwykonawcy — § 5 ust. 9 umowy: „Za działania i zaniechania podwykonawców, dalszych podwykonawców Wykonawca odpowiada jak za działania

i zaniechania własne") — były to czynności, które się powtarzały w okresie ponad 4 miesięcy, Wykonawca nie wyeliminował tego procederu.

Ad. 5 — Konsekwencją powyższego było naliczenie kar umownych. Część kary zostało potrącone z wynagrodzenia za świadczone usługi (440.000,00 zł), część została ściągnięta

z gwarancji należytego wykonania umowy (żądanie zapłaty skierowano do Interrisk TU S.A. w dniu 30.01.2023 r.).

Dodatkowo do dnia publikacji Zawiadomienia o wyborze oferty Zamawiający pozyskał dokumenty z Gminy Myszków, z których wynika, że Wykonawca W.S. został obciążony przez Zamawiającego Gminę Myszków karami umownymi z tytułu nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego na łączną kwotę 433.100,00 zł. Kwota ww. kar umownych została w całości ściągnięta przez Zamawiającego ze środków gwarancji należytego wykonania umowy. Kary dotyczyły zdarzeń, które miały miejsce w latach 2021—2022. Wykonawca W.S. nie kwestionował obciążenia go obowiązkiem zapłaty ww. kar umownych ani co do istnienia roszczeń, oraz ich ściągnięcia, nie wystąpił też do Sądu

w tej sprawie.

Zamawiający Gmina Myszków zawarł umowę na świadczenie usługi „Realizacja obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków" na okres 2 lat od 01.01.2021. do 31.12.2022. Gmina stwierdziła naruszenia w zakresie realizowanej usługi i obciążyła Wykonawcę karami umownymi n podstawie § 10 umowy ust.:

(…)

Łącznie skierowano 13 not księgowych na kwotę 433 100,00 zł (8 razy w zakresie pkt. 1), 1 raz w zakresie pkt. 4), 2 razy w zakresie pkt. 8), 6 razy w zakresie pkt. 9), 2 razy w zakresie pkt. 16), 8 razy w zakresie pkt. 22), 3 razy w zakresie pkt. 25) oraz 1 raz w zakresie pkt. 27)). Zamawiający wystąpił z roszczeniem odszkodowawczym do gwaranta. Kwota została wypłacona z tytułu realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

<u>Uzasadnienie faktyczne ad. 3.</u>

(…)

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane powyżej Zamawiający stwierdził, że Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp. Wykonawca podał w oświadczeniu Jedz złożonym na wezwanie informacje, że nie podlega wykluczeni w zakresie żadnej przesłanki określonej w ustawie PZP (wszystkie przesłanki wykluczeni fakultatywne zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia) Zamawiający zastosował w postępowaniu tzw. procedurę odwróconą zgodnie

z art. 139 ust. 1 oraz 3-4 Ustawy. Stosownie do przywołanych przepisów Zamawiający najpierw dokonał badania i ocen ofert, a następnie dokonał kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał badania i oceny ofert i w wyniku tego badania uznał, że oferta Wykonawcy W.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S., ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa została najwyżej oceniona i do tego Wykonawcy skierowane zostało wezwanie do złożenia Jedz. Wykonawca złożył oświadczenie Jedz Jednocześnie Zamawiający pozyskał informacje i dokumenty na temat Wykonawcy świadczące o tym że podlega on wykluczeniu. Są to informacje na tyle istotne, że z punktu widzenia prowadzeni działalności Wykonawcy nie jest możliwe, aby Wykonawca o nich nie wiedział.

Mimo to, że Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 do poprawy oświadczeni Jedz zakładając, że Wykonawca mógł nieświadomie pominąć fakty o których mowa w pkt. II/ 2 / I oraz 2) jw. Wykonawca skierował do Zamawiającego pismo

o sprecyzowanie treści wezwania, gdyż było dla niego niezrozumiałe. Zamawiający nie dokonał sprecyzowania uznając, że wskazani konkretnych podstaw wykluczenia tj. art. 109 ust. 1 pkt. 2c) oraz pkt 7 ustawy PZP w absolutnie jasny sposób wskazują jakiego rodzaju przewinienia Zamawiający ma na uwadze. W odpowiedzi Wykonawca złożył ponownie Jedz oświadczając, że nie podlega wykluczeniu.

Trudno nie stwierdzić, że gdyby Zamawiający nie posiadał wiedzy na temat przewinień wskazanych w pkt. II/ 2 / 1) oraz 2) jw. wezwałby Wykonawcę W.S. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a dalej do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zatajenie informacji o posiadani ostatecznych decyzji administracyjnych i nałożonych nimi karach oraz o istotnym z punktu widzenia świadczenia usługi odbioru odpadów nienależytym wykonaniu umów i w konsekwencji o nałożeniu kar oraz realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, ma dalece istotny wpływ na działania Zamawiającego. Działanie Wykonawcy

w ocenie Zamawiającego było zamierzone. Zamawiający traktuje Wykonawcę jak profesjonalistę i zakłada, że składane przez niego oświadczenia i dokumenty odpowiadają rzeczywistości.

Wykonawca przedstawił informacje niezgodne z rzeczywistością, zataił fakty i wprowadził Zamawiającego w błąd. Gdyby nie pozyskane informacje przez Zamawiającego, Zamawiający uznałby, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, w ocenie Zamawiającego działanie Wykonawcy było zamierzone. Zamierzone działanie ma miejsce wtedy, gdy Wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Natomiast pojęcie „rażącego niedbalstwa" odnosi się do naruszenia reguł prawidłowego zachowania się
w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności.
W ocenie Zamawiającego w taki sposób zachował się Wykonawca. W związku z tym Zamawiający uznał, że Wykonawca W.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S., ul. Bór 169, 42202 Częstochowa podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp.
Ponadto zamawiający pismami z dnia 26 września 2023 r. poinformował odwołującego o zatrzymaniu wadium w obu postępowaniach. W treści pism zamawiający wskazał m. in.:
Jednocześnie informuję, że zaistniała przesłanka określona w art. 98 ust. 6 pkt. 1) ustawy Prawo zamówień publicznych tj. Wykonawca W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Pr wóz Ładunków W.S., ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę. Wykonawca wezwany do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu w formie Jedz wniósł w określonym przez Zamawiającego terminie dokument, który w ocenie Zamawiającego był nieprawidłowy.
W takiej sytuacji Zamawiający zobligowany był do ponownego wezwania Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentu jw. W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego Wykonawca przesłał dokument, który w ponownej ocenie Zamawiającego był nieprawidłowy. Czynność wezwania Wykonawcy do złożenia, poprawienia, uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP jest czynnością jednokrotną
i w związku z tym oferta Wykonawcy została odrzucona. Spowodowało to brak możliwości wybrania oferty złożonej rzez Wykonawcę W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładu ów W.S., ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa, jako najkorzystniejszej. W związku z tym zatrzymanie wadium jest zasadne.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 128 ust. 1 Pzp – *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.;
- art. 128 ust. 4 Pzp – *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 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania*;
- art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c), 7 i 8 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*
(…)
2) który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy:
(…)
c) wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną;
(…)
7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
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;

- art. 109 ust. 3 Pzp – *W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia*.;
- art. 16 pkt 2 i 3 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
(…)
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.;
- art. 98 ust. 6 Pzp – *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:*
1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;
2) wykonawca, którego oferta została wybrana:
a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.;
- art. 239 Pzp – 1*. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.,*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że oba odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie. Ponadto mając na uwadze tożsamość zarzutów oraz ich uzasadnień w obu odwołaniach, poniżej przedstawiono zbiorcze uzasadnienie rozstrzygnięcia dotyczące obu rozpoznanych sprawach.
W przypadku zarzutów podniesionych w pkt 1 *petitum* obu odwołań, Izba stwierdziła, że zarzuty te jak i cała argumentacja z nimi związana były spóźnione, co skutkowało ich oddaleniem. Przedmiotowe zarzuty skupiały się wyłącznie na wezwaniach skierowanych do odwołującego w obu postępowaniach na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Wezwania te zostały przekazane odwołującemu w dniu 18 sierpnia 2023 r. i to ta data wyznaczała początek terminu na ich kwestionowanie. Zgodnie z art. 513 pkt 1 Pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami Pzp czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepis ten nie uzależnia możliwości wniesienia odwołania od wartości zamówienia i wprowadza zasadę możliwości zaskarżenia każdej niezgodnej z prawem czynności zamawiającego niezależnie od tego, czy dotyczy to postępowań o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych, czy postępowań o wartości poniżej tych progów. Ponadto art. 515 ust. 1 Pzp stwierdza, że początkiem biegu terminu do wniesienia odwołania jest moment przekazania wykonawcy informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania. Tym samym jeśli odwołujący chciał kwestionować treść wezwań do uzupełnienia JEDZ oraz okoliczności z nimi związane to powinien wnieść odwołania po ich otrzymaniu, tj. najpóźniej do 28 sierpnia 2023 r. Odwołujący nie zgadzał się z powyżej wskazanymi wezwaniami, czego efektem były pisma do zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2023 r. Odwołujący zwracał w nich uwagę, że wezwania powinny konkretnie, jednoznacznie, precyzyjnie i wyczerpująco wskazywać, jakie nieprawidłowości w ocenie zamawiającego zawierały złożone przez wykonawcę dokumenty oraz w jaki sposób zamawiający oczekuje od wykonawcy ich usunięcia. Zamawiający
w żaden sposób nie odniósł się do ww. pism, co oznaczało, że odwołujący chcąc przeciwdziałać konsekwencjom – nieprawidłowych w jego przekonaniu – wezwań powinien wnieść odwołania od tych czynności, już na etapie ich dokonania. Dodatkowo skład orzekający wskazał, że w stosunku do odwołującego, jako wykonawcy biorącego udział
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zastosowanie ma podwyższony miernik należytej staranności przy podejmowaniu działań związanych z toczącym się postępowaniem, co oznacza, że wykonawca nie może ograniczać się wyłącznie do wyrażenia niezadowolenia w stosunku do czynności zamawiającego. Jeśli zamawiający nie reaguje na stanowisko wykonawcy wobec dokonanej czynności, jedyną prawną możliwością podważenia tej czynności

jest skorzystanie ze środka ochrony prawnej w terminie liczonym od jej podjęcia. Wykonawca nie może liczyć na to, że niewniesienie odwołania od czynności dokonanej w postępowaniu, pozwoli mu na kwestionowanie tej czynności dopiero na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty w zależności od ostatecznego wyniku postępowania. Treść cytowanego powyżej art. 513 pkt 1 Pzp nie pozostawia żadnych wątpliwości. Skoro wykonawcy mają możliwość zaskarżenia każdej niezgodnej z prawem czynności zamawiającego, to zobowiązani są do wnoszenia odwołania już po podjęciu tej czynności przez zamawiającego. Tym samym odwołujący powinien zakwestionować czynność wezwań do uzupełnienia JEDZ po ich dokonaniu, a Izba na tym etapie postępowania nie mogła ocenić tych czynności w kontekście wyboru najkorzystniejszej oferty w obu postępowaniach.
W związku z powyższym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2) Pzp.
Odnoście zarzutów podniesionych w pkt 2 *petitum* obu odwołań Izba ustaliła, że odwołujący jednoznacznie stwierdził, że zarzuty te pozostawały w bezpośrednim związku
z zarzutami wskazanymi w pkt 1 *petitum* odwołań tj. zarzutami naruszenia art. 128 ust. 1
w zw. z art. 16 pkt 2) Pzp. Tym samym zarzuty z pkt 2 musiały podzielić los zarzutów wskazanych w pkt 1, co skutkowało oddaleniem zarzutów naruszenia art. 128 ust. 4
w zw. z art. 16 pkt 2) Pzp.
Tytułem krótkiego wyjaśnienia Izba stwierdziła, że przedmiotowe zarzuty dotyczyły braku wezwania do złożenia wyjaśnień treści złożonych JEDZ. Odwołujący otrzymał wezwania do uzupełnienia JEDZ w dniu 18 sierpnia 2023 r., stąd musiał zdawać sobie sprawę, że zamawiający ma wątpliwości co do tych oświadczeń. W związku z tym odwołujący powinien podnosić zarzuty w tym zakresie już na etapie otrzymania wezwań.
Poza tym odwołujący nie mógłby zostać wezwany do złożenia wyjaśnień treści JEDZ na tym etapie, ponieważ w obu postępowaniach wprowadził zamawiającego w błąd (co wynika
z dalszej części uzasadniania). W okolicznościach przedmiotowej sprawy w stosunku do odwołującego ziściły się przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 8 Pzp, skutkujące odrzuceniem ofert odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, zatem wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp stało się bezprzedmiotowe.
W zakresie zarzutów podniesionych w pkt 3 *petitum* odwołań Izba uznała, że nie znalazły one potwierdzenia, a zamawiający słusznie odrzucił oferty odwołującego w obu postępowaniach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku ze spełnieniem przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.
Jak ustaliła Izba decyzją Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 1 lutego 2021 r. (znak: WP.7062.2.25.2020.MG) odwołującemu została wymierzona kara pieniężna w kwocie 1 000,00 zł za nieprawidłowości w magazynowaniu: odpadów ulegających biodegradacji (kod 20 02 01) oraz odpadów w postaci opakowań z tworzyw sztucznych (kod 15 01 02) i zmieszanych odpadów opakowaniowych (kod 15 01 06). Ponadto ten sam organ decyzją z dnia 20 kwietnia 2022 roku (znak: WP.7062.2.8.2022.MG) wymierzył odwołującemu karę pieniężną w kwocie 2 000,00 zł za niezgodne z przepisami prawa oraz treścią decyzji o udzieleniu zezwolenia na zbieranie odpadów, magazynowanie różnych rodzajów (kodów) odpadów.
Naliczenie ww. kar pieniężnych, ich wysokość oraz ostateczny charakter decyzji administracyjnych na podstawie, których zostały one naliczone, były okolicznościami niespornymi.
Odwołujący w swojej argumentacji odnoszącej się do tych zarzutów podnosił, że ww. decyzje administracyjne dotyczyły działalności wykonywanej przez odwołującego na terenie województwa opolskiego, a więc w zupełnie innej i odległej od obszaru funkcjonowania zamawiającego, dla potrzeb której nie służy baza magazynowo-transportowa, która została zaoferowana do świadczenia usługi na wypadek powierzenia wykonawcy zamówienia, co miało wykluczać fakt jakiegokolwiek powiązania okoliczności ukarania odwołującego
z wpływem tych okoliczności na możliwość prawidłowej realizacji usługi objętej postępowaniami. Ponadto odwołujący zwracał uwagę na to, że naliczone kary miały charakter błahy oraz zwrócił uwagę na dyspozycję zawartą w art. 109 ust. 3 Pzp.
W ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego nie mogła zasługiwać na uwzględnienie. Po pierwsze stanowisko skupiające się na twierdzeniu, że kary pieniężne naliczone w jednym miejscu prowadzenia działalności (w danym województwie) wykluczają możliwość występowania negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w związku z realizacją usługi w innym miejscu (innym województwie), należało uznać za bezprzedmiotowe. Przepisy Pzp nie różnicują ani nie wyłączają możliwości wykluczenia wykonawcy
w zależności od odległości pomiędzy miejscem wykonywania działalności gospodarczej
w związku, z którym zostały stwierdzone naruszenia, a miejscem realizacji usługi związanym z realizacją zamówienia, o które wykonawca się ubiega.
Ponadto Izba przyznała słuszność argumentacji zamawiającego oraz przystępującego, którzy wskazali, że twierdzenie odwołującego w powyższym zakresie stały w sprzeczności

z oświadczeniami zawartymi w treści ofert złożonych w obu postępowaniach. W treści formularzy ofertowych w punkcie 6 wykonawcy byli zobowiązani wypełnić rubrykę pod nazwą *Odpady komunalne odebrane z terenu nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie gminy Krzeszowice będą kierowane do poniższych instalacji/podmiotów.* W treści oferty złożonej w postępowaniu I oraz w treści oferty złożonej w postępowaniu II odwołujący
w punkcie 6 każdego formularza oferty złożył identyczne oświadczenia o treści:
- pod lit. b) *bioodpady o kodzie (20 02 01, 20 01 08) będą kierowane do: […] Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S., ul. Ozimska 1A, 46-043 Dylaki*;
- pod lit. d) *tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe oraz metal (zbierane pod kodem 15 01 06 lub odrębnie: 15 01 02, 20 01 39, 15 01 04, 20 01 40, 15 01 05) będą kierowane do: […] Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S., ul. Ozimska 1A, 46-043 Dylaki*;
- pod lit. e) *szkło (15 01 07, 20 01 02) będzie kierowane do: […] Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S., ul. Ozimska 1A, 46-043 Dylaki*;
- pod lit. f) *papier i tektura (15 01 01, 20 01 01) będą kierowane do: […] Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S., ul. Ozimska 1A, 46-043 Dylaki*;
- pod lit. g) *odpady wielkogabarytowe (o kodzie 20 03 07) będą kierowane do: […] Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W.S., ul. Ozimska 1A, 46-043 Dylaki*.
Dodatkowo, z treści ww. oświadczeń odwołującego wynikało, że do instalacji zlokalizowanej w miejscowości Dylaki miały być dostarczane przez odwołującego m.in. odpady, w których przypadku nieprawidłowe postępowanie z tymi rodzajami (kodami) odpadów stanowiło podstawę do nałożenia przez Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska kar pieniężnych na odwołującego, czyli:
- odpady ulegające biodegradacji (kod 20 02 01) – decyzja z dnia 1 lutego 2021 r. (znak: WP.7062.2.25.2020.MG), decyzja z dnia 20 kwietnia 2022 r. (znak: WP.7062.2.8.2022.MG);
- odpady w postaci opakowań z tworzyw sztucznych (kod 15 01 02) i zmieszanych odpadów opakowaniowych (kod 15 01 06), decyzja z dnia 1 lutego 2021 r. (znak: WP.7062.2. 25.2020.MG), decyzja z dnia 20 kwietnia 2022 r. (znak: WP.7062.2.8.2022.MG);
- opakowania ze szkła (kod 15 01 07), decyzja z dnia 20 kwietnia 2022 r. (znak: WP.7062.2.8.2022.MG);
- odpady wielkogabarytowe (kod 20 03 07), decyzja z dnia 20 kwietnia 2022 r. (znak: WP.7062.2.8.2022.MG).
Chybiona okazała się również argumentacja odwołującego odnosząca się do „struktur holdingowych" spółek prawa handlowego oraz wyodrębnionych organizacyjnie jednostek
u odwołującego. Odwołujący nie może posiadać żadnych oddziałów ponieważ prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą. Poza tym przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy bez czynienia dalszych rozróżnień i bez odwoływania się w jakiejkolwiek mierze do sposobu zorganizowania działalności prowadzonej przez dany podmiot.
W pozostałym zakresie argumentacja odwołującego w ramach przedmiotowego zarzutu wskazywała na niewielką wartość naliczonych kar pieniężnych, okoliczność naliczenia kar pieniężnych w związku z posiadanym zezwoleniem na zbieranie odpadów, a nie naruszeń prawa ochrony środowiska oraz możliwość zastosowania przez zamawiającego dyspozycji zawartej w art. 109 ust. 3 Pzp.
Odnosząc się do powyżej wskazanej argumentacji skład orzekający w pierwszej kolejności stwierdził, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp nie jest limitowane wysokością wymierzonej kary pieniężnej. Stąd też nie miała znaczenia okoliczność uznania przez odwołującego, że naliczone kary pieniężne miały charakter minimalny. Skoro zamawiający przewidział zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w powyżej wskazanym przepisie, a kary pieniężne zostały naliczone przez uprawniony organ na odwołującego, przy czym decyzje administracyjne na podstawie, których zostały wymierzone były ostateczne, to zamawiający słusznie odrzucił oferty odwołującego w obu postępowaniach, jako złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.
W dalszej kolejności Izba zwróciła uwagę, że odwołujący nie zaznaczył w złożonych JEDZ, żenaruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska, nie złożył samooczyszczenia w związku z naliczonymi karami pieniężnymi, ani nie przedstawił żadnego wyjaśnienia co do okoliczności naliczenia tych kar. Stąd też argumentację wskazującą na to, że naliczone kary pieniężne związane były z posiadanym przez odwołującego zezwoleniem na zbieranie odpadów, co należało odróżnić od naruszeń prawa ochrony środowiska, Izba uznała za niezasadną oraz przygotowaną wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje na naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, natomiast lit. c) ww. przepisu mówi *o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska.* W ocenie składu orzekającego powyżej wskazane zwroty mają dość szeroki zakres przedmiotowy i nie można było uznać, że nie obejmują one naruszeń związanych z posiadanym przez odwołującego zezwoleniem na zbieranie odpadów. W związku z tym nawet jeśli uznać, że naliczone na odwołującego kary pieniężne związane były wyłącznie z posiadanym przez niego zezwoleniem na zbieranie odpadów, to okoliczność ta

i tak wpisywała się w zakres znaczeniowy sformułowania użytego w treści ww. przepisu, przez co naliczone kary należało potraktować jako naruszenia obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska.
Ponadto Izba uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zamawiający nie mógł zastosować dyspozycji określonej w art. 109 ust. 3 Pzp.
Użyte przez ustawodawcę w ww. przepisie określenie *w sposób oczywisty nieproporcjonalne* jest pojęciem nieostrym, niedookreślonym. Pozostawia to siłą rzeczy po stronie zamawiającego pewien zakres uznaniowości, czy w konkretnym wypadku określony stan faktyczny uzasadnia stwierdzenie, że zachodzi oczywista nieproporcjonalność wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wskazówki interpretacyjne w powyższym zakresie zawiera motyw 101 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, gdzie wskazano, iż *Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie*. Ustawodawca krajowy
z kolei, jako przykładowe sytuacje oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia wskazał na przypadek, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo gdy sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Z powyższego wynika wniosek, że zastosowanie art. 109 ust. 3 Pzp będzie możliwe w szczególności, gdy podstawą wykluczenia będą pewne drobne nieprawidłowości czy uchybienia o niewielkiej skali lub znaczeniu. Należy także mieć na uwadze, że w art. 109 ust. 3 Pzp mowa jest o sytuacjach, kiedy wykluczenie wykonawcy
z postępowania byłoby nieproporcjonalne w sposób oczywisty, czyli ta nieproporcjonalność musiałaby być rażąca, widoczna na pierwszy rzut oka i prowadzić do obiektywnie nieuzasadnionego pokrzywdzenia wykonawcy. W przypadku zaistnienia podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 Pzp (przewidzianych przez zamawiającego
w dokumentach zamówienia) zasadą jest wykluczenie wykonawcy, a możliwość odstąpienia od tego działania w oparciu o art. 109 ust. 3 Pzp jest wyjątkiem od tej zasady. Podkreślić bowiem należy, że zamawiający – dokonując oceny czy wykluczenie wykonawcy byłoby
w danym przypadku oczywiście nieproporcjonalne – musi respektować również inne zasady rządzące systemem zamówień publicznych, w tym zasadę równego traktowania wykonawców. Ocena dokonywana przez zamawiającego nie może być zatem oceną dowolną, musi znajdować ona obiektywne uzasadnienie w okolicznościach stanu faktycznego i musi zostać dokonana z poszanowaniem zasad ogólnych wskazanych w art. 16 i 17 Pzp. Ponadto zamawiający, decydując się na odstąpienie od wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 3 Pzp, musi być w stanie wykazać, że w danym przypadku mamy do czynienia z oczywistą nieproporcjonalnością wykluczenia. Na gruncie zasady przejrzystości i zasady równego traktowania wykonawców na zamawiającym ciąży
w takim przypadku powinność należytego uzasadnienia swojego działania
i zakomunikowania jego motywów wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dodatkowo analizując stan faktyczny zamawiający powinien ocenić przede wszystkim zachowanie wykonawcy, który w postępowaniu ma postępować uczciwie
i rzetelnie przy udzielaniu informacji dotyczących podstaw wykluczenia. Tym samym jeśli wykonawca nie przedstawi w JEDZ prawdziwych informacji, nie złoży samooczyszczenia lub nie złoży chociażby stosownych wyjaśnień w zakresie podstawy wykluczenia, to właściwie pozbawia zamawiającego możliwości zastosowania ww. przepisu.
W okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący nie dał zamawiającemu żadnego powodu do tego, aby ten ostatni mógł uznać, iż w tym przypadku wykluczenie odwołującego byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Odwołujący nie dokonał samooczyszczenia, ani nie złożył żadnych wyjaśnień, które mogłyby zostać wzięte pod uwagę przez zamawiającego przy rozważeniu skorzystania z dobrodziejstwa art. 109 ust. 3 Pzp. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający, nie byłby w stanie wykazać, że
w przypadku obu postępowań miała miejsce oczywista nieproporcjonalność wykluczenia odwołującego, a sam odwołujący w uzasadnieniu odwołań nie przedstawił argumentacji, która mogła tę okoliczność potwierdzić.
Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp
w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) i ust. 3 oraz art. 16 pkt 3) Pzp

Zasadne okazały się zarzuty podniesione w pkt 4 *petitum* obu odwołań. Zamawiający uznał, że oferty odwołującego w obu postępowaniach podlegały odrzuceniu w związku
z wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ odwołujący dopuścił się nieprawidłowości związanych z wykonaniem umów na rzecz Gminy Zielonki oraz Gminy Myszków, które doprowadziły do naliczenia przez te podmioty kar umownych.
Na wstępie skład orzekający stwierdził, że sam fakt zaistnienia nieprawidłowości przy realizacji umowy oraz naliczenia kar umownych nie przesądza o zakwalifikowaniu tychże nieprawidłowości, jako niewykonania lub nienależytego

wykonania istotnego zobowiązania
w znacznym stopniu. Celem ustalenia czy zaistniała podstawa do wykluczenia wykonawcy określona w ww. przepisie zamawiający powinien przeanalizować przyczyny naliczenia kar umownych. Innymi słowy koniecznym jest wykazanie, że zostały one naliczone z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W tym celu zamawiający powinien przeanalizować poszczególne zachowania wykonawcy pod kątem stopnia zawinienia.
Izba uznała argumentację odwołującego za zasadną i stwierdziła, że zamawiający
w uzasadnieniach odrzucenia ofert odwołującego dotyczących obu postępowań nie wykazał zasadności tych czynności w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż nie wykazał spełnienia przesłanek, o których mowa w tym przepisie.
Przechodząc do poszczególnych, stwierdzonych przez zamawiającego nieprawidłowości skład orzekający w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na kary umowne naliczone w związku z realizacją umowy na rzecz Gminy Zielonki. Gmina Zielonki naliczyła odwołującemu karę umowną w wysokości 800 000,00 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nr NEO.271.2.2021 z dnia 17 grudnia 2021 r. Przy czym okoliczność obciążenia odwołującego przez Gminę Zielonki karą umowną w ww. kwocie, była przedmiotem wyroku Izby z dnia 10 stycznia 2023 r., który został wydany w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach o sygn. akt KIO 3436/22 oraz KIO 3445/22. Izba
w sprawie o sygn. akt KIO 3445/23 analizowała okoliczność naliczenia kary umownej
w kontekście możliwości kwalifikowania jej jako podstawy wykluczenia wykonawcy
z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W przedmiotowym orzeczeniu Izba stwierdziła, że obciążenie odwołującego jako wykonawcy zamówienia publicznego karą umowną przez Gminę Zielonki nie mogło być odczytywane jako podstawa do jego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ to nie odwołujący, a działający z jego ramienia podwykonawca zaangażowany do realizacji zamówienia, był w okolicznościach tamtej sprawy winny
i odpowiedzialny za zdarzenia, które zaowocowały następnie żądaniem zapłaty kary umownej przez gminę. Izba wskazała przy tym, że: *Podzielając w tym zakresie stanowisko Odwołującego należy wskazać za Odwołującym, iż ewentualna chęć stosowania art. 462 ust. 8 Ustawy, czy też art. 474 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy, które określają zakres i zasady ponoszenia odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy w przedmiocie udzielonego zamówienia, jako przepisy przewidujące możliwość egzekwowania od wykonawcy roszczeń stricte cywilnych z tytułu nieprawidłowości w realizacji kontraktu, nie mogą być wprost odnoszone do oceny osoby wykonawcy z punktu widzenia podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Ustawy. Oznacza to, iż po stronie zamawiającego, w sytuacji gdy przyczyna nienależytego wykonania umowy leżała po stronie podwykonawcy, spoczywał obowiązek uwzględnienia tej okoliczności i zbadania, czy i w jakim stopniu również wykonawca mógł mieć swój udział. Nie można w sposób automatyczny przenosić tych przyczyn także na głównego wykonawcę bez wcześniejszego ustalenia, iż zdarzenia, które wystąpiły po stronie podwykonawcy wynikały z przyczyn leżących także po stronie głównego wykonawcy*. W konkluzji uzasadnienia Izba stwierdziła, że *Zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy wykluczając Wykonawcę W.S. z postępowania w oparciu*
o ustalone przyczyny poważnego naruszenia zobowiązania umownego, które obciążały jego podwykonawcę. Na powyżej wskazany wyrok została złożona skarga. Sądu Okręgowego
w Warszawie wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 15/23 oddalił skargę
i utrzymał w mocy wyrok wydany przez Izbę.
Ponadto w trakcie trwania postępowania odwoławczego w przedmiotowych sprawach ani zamawiający, ani przystępujący nie przedstawili stanowiska związanego z okolicznością naliczenia kary umownej przez Gminę Zielonki, które mogłoby w jakikolwiek sposób wpłynąć na ustalenia poczynione w związku z wydaniem wyroku z dnia 10 stycznia 2023 r.,
w sprawach o sygn. akt KIO 3436/22 oraz KIO 3445/22. Tym samym Izba uznała, że decydujące znaczenie w przedmiotowym zakresie miało powyżej wymienione orzeczenie, którego zasadność została potwierdzona wyrokiem sądu okręgowego.
Na marginesie należało wskazać, że zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż dopiero
z przedmiotowych odwołań dowiedział się o okoliczności wynikającej z wyroku w sprawie KIO 3445/22 tj. naliczenia kar umownych przez Gminę Zielonki wyłącznie za nieprawidłowości leżące po stronie podwykonawcy. Fakt ten miał pewne znaczenie
w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, ponieważ jeśli odwołujący rzetelnie poinformowałby zamawiającego o okolicznościach związanych z naliczeniem kary umownej przez Gminę Zielonki, to zamawiający miałby pełen ogląd sytuacji tj. znałby całość stanu faktycznego odnośnie tamtej sprawy i mógłby podjąć inną decyzję w tym zakresie.
Wracając do zarzutów wskazanych w pkt 4 *petitum* odwołań w zakresie kary umownej naliczonej przez Gminę Zielonki,

Izba doszła do przekonania, że argumentacja podniesiona przez odwołującego, podważyła całkowicie uzasadnienie wykluczenia odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, podane przez zamawiającego w zawiadomieniach z dnia 26 września 2023 r. Tym samym zamawiający niezasadnie odrzucił oferty odwołującego w związku z podstawą wykluczenia wykonawcy, określoną w ww. przepisie w związku z naliczeniem kary umownej przez Gminę Zielonki.

Drugi powód odrzucenia ofert odwołującego związany był naliczeniem kar umownych przez Gminę Myszków. Jak ustaliła Izba Gmina Myszków naliczyła na odwołującego w toku realizacji dwuletniej umowy większą ilość umownych kar jednostkowych, które łącznie osiągnęły sumę w wysokości 433 100 zł. Ponadto co istotne odwołujący, przez złożone na posiedzeniu dowody, wykazał, że nigdy nie uznał żadnej z naliczonych przez Gminę Myszków kar i konsekwentnie odsyłał wszelkie noty obciążeniowego przesyłane przez gminę, jak również dobrowolnie nie zapłacił jakiejkolwiek nawet części zgłoszonego roszczenia. Przy czym Gmina Myszków jako zamawiający w celu zaspokojenia należności skorzystała z bezwarunkowej gwarancji zabezpieczającej wykonywanie umowy udzielonej przez podmiot trzeci, przez co na moment rozstrzygnięcia uzyskała w sposób faktyczny zaspokojenie podniesionych żądań finansowych. Co istotne, Gmina Myszków nie odstąpiła od umowy z odwołującym.

Powyższe okoliczności Izba skonfrontowała z uzasadnieniem odrzucenia ofert odwołującego w obu postępowaniach w kontekście naliczenia kar umownych przez Gminę Myszków oraz podstawy wykluczenia odwołującego określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W wyniku tego Izba uznała, żezamawiający w uzasadnieniach swoich decyzji *de facto* nie przedstawił wystarczającej argumentacji potwierdzającej, że poszczególne uchybienia skutkujące naliczeniem kar umownych przez Gminę Myszków należało kwalifikować jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonanie istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający właściwie stanął na stanowisku, że sam fakt naliczenia kar umownych był wystarczający dla zastosowania ww. przepisu. Tymczasem poszczególne zachowania odwołującego skutkujące nałożeniem na niego kary umownej powinny zostać przez zamawiającego przeanalizowane pod tym kątem przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a tego po stronie zamawiającego zabrakło.

Tym samym również odrzucenie ofert odwołującego w kontekście wykluczenia go z postępowań na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z realizacją umowy na rzecz Gminy Myszków, okazało się nieprawidłowe. Stąd też Izba uznała, że zarzuty wskazane w pkt 4 *petitum* obu odwołań znalazły potwierdzenie. Przy czym uznanie zasadności tych zarzutów nie mogło doprowadzić do uwzględnienia odwołania, ponieważ okoliczność ta nie miała wpływu na wynik obu postępowań z uwagi na to, że oferty odwołującego i tak podlegały odrzuceniu w związku z oddaleniem zarzutów podniesionych w pkt 3 i 5 *petitum* obu odwołań.

Przechodząc do zarzutów wskazanych w pkt 5 *petitum* obu odwołań, skład orzekający na wstępie zaznaczył, że w całej rozciągłości przyjął i uznał za zasadne stanowisko wynikające z uzasadnienia wyroku z dnia 11 października 2023 r. o sygn. akt KIO 2828/23, dotyczącego również zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W powyżej wskazanym orzeczeniu Izba trafnie stwierdziła, że podstawa wykluczenia wykonawcy określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp nie ma charakteru wtórnego i niesamoistnego, a dla jej stwierdzenia nie jest konieczne stwierdzenie wykluczenia na podstawie innych podstaw wymienionych w art. 109 ust. 1 Pzp. Stwierdzenie przez Izbę przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp możliwe jest przez odniesienie się do przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Pzp tylko w kontekście wypełniania dokumentu JEDZ. Nie jest zatem konieczne potwierdzenie się przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Pzp, by stwierdzić zaistnienie przesłanek wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp.

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

Ponadto pytanie JEDZ o treści: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” nie ma charakter ocennego. Pytanie to nie odnosi się do przesłanki winy, która mogłaby być przez wypełniającego JEDZ różnie

interpretowana. Powyższe pytanie jednoznacznie wymaga od wykonawcy wskazania konkretnych informacji o zdarzeniach, o ile takie nastąpiły. Skoro tak, wykonawca nie może zaznaczyć odpowiedzi „NIE", jeśli zdarzenia objęte pytaniem miały miejsce. Wskazanie tych informacji nie jest jednoznaczne z przyznaniem, że wykonawca podlega wykluczeniu
z postępowania, a co za tym idzie, z obowiązkiem samooczyszczenia.
Dla udzielenia odpowiedzi w formularzu JEDZ bez znaczenia pozostają przyczyny nałożenia na wykonawcę kar umownych, czy też ocena prawna tej czynności dokonana przez wykonawcę. Oznacza to, że wykonawca wypowiada się jedynie o faktach, natomiast po stronie zamawiającego pozostaje ocena, czy spełnione zostaną przesłanki wykluczenia. Tym samym, nawet jeśli wskazywane przez odwołującego w zarzutach z pkt 4 *petitum* odwołań okoliczności, nie świadczyły o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu w znacznym stopniu lub zakresie wcześniejszych umów, nie oznaczało to, że odwołujący nie powinien
w dokumencie JEDZ poinformować o nich zamawiającego w kontekście pozostałych pytań,
o ile odpowiadają one dyspozycji tychże pytań.
W obu postępowaniach odwołujący w ww. pytaniu zaznaczył odpowiedź „NIE", która to odpowiedź była niezgodna ze stanem faktycznym, a tym samym wprowadzała zamawiającego w błąd. Treść pytania zawartego w formularzu JEDZ odnosi się jedynie do samego faktu rozwiązania umowy lub nałożenia odszkodowania/innych sankcji. Wskazanie odpowiedzi „TAK" nie jest jednoznaczne z koniecznością samooczyszczenia.
Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 października 2021 r. XXIII Zs 80/21 wskazać należy, że *przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe. Istotna jest treść przedstawionej zamawiającemu informacji i to, jaki skutek mogła ona wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od tego, czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Wykonawca składający ofertę obowiązany jest do dokonania uprzednio weryfikacji informacji przekazywanych zamawiającemu. Pominięcie tego obowiązku można rozpatrywać jedynie*
w kategoriach niezachowania należytej staranności lub braku dbałości w prowadzeniu działalności gospodarczej.
W stanie faktycznym przedmiotowych spraw odwołujący zataił przed zamawiającym informacje o nałożonych na niego karach umownych, a więc przedstawił zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, co wprowadzało zamawiającego w błąd. Niewątpliwy jest również potencjalny wpływ na czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, zalicza się informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.
Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę podwyższony miernik staranności przy składaniu przez wykonawców oświadczeń w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz charakter omawianego pytania JEDZ, należy przypisać odwołującemu co najmniej rażące niedbalstwo. Odwołujący miał wiedzę o nałożonych na niego karach umownych,
a mimo to nie przedstawił zamawiającemu stosownej informacji. Powyższego nie zmienia fakt, że odwołujący nie czuł się ukarany i kwestionował nałożone na niego kary umowne. Fakt nałożenia kar umownych i ich ściągnięcia przez Gminę Zielonki oraz Gminę Myszków był niewątpliwy, a pytanie w JEDZ nie odnosiło się do innych okoliczności niż samo nałożenie odszkodowania lub innej porównywalnej sankcji. Skoro tak, zaistnienie stopnia winy, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, było zdaniem Izby niewątpliwe.
Podobnie rzecz się miała z okolicznością wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Pytanie zawarte w JEDZ o treści: „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska?", również nie ma charakteru ocennego. Powyższe pytanie jednoznacznie wymaga od wykonawcy wskazania konkretnych informacji o zdarzeniach, o ile takie nastąpiły. Skoro tak, wykonawca nie może zaznaczyć odpowiedzi „NIE", jeśli zdarzenia objęte pytaniem miały miejsce. Wskazanie tych informacji nie jest jednoznaczne z przyznaniem, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a co za tym idzie, z obowiązkiem samooczyszczenia. Tymczasem w obu postępowaniach odwołujący w ww. pytaniu zaznaczył odpowiedź „NIE", która to odpowiedź była niezgodna ze stanem faktycznym, a tym samym wprowadzała zamawiającego w błąd. Treść pytania zawartego w formularzu JEDZ odnosi się jedynie do samego faktu naruszenia obowiązków
w dziedzinie ochrony środowiska, a wskazanie odpowiedzi „TAK" nie jest jednoznaczne
z koniecznością samooczyszczenia.
W stanie faktycznym przedmiotowych spraw odwołujący zataił przed zamawiającym informacje o nałożonych na niego karach pieniężnych wynikających z ostatecznych decyzji administracyjnych, a więc przedstawił zamawiającemu informacje niezgodne
z rzeczywistością, co wprowadzało zamawiającego w błąd. Niewątpliwy jest również potencjalny wpływ na czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego
w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, zalicza się informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.
Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę podwyższony miernik staranności przy składaniu przez wykonawców oświadczeń w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz charakter omawianego pytania JEDZ, należy przypisać odwołującemu co najmniej rażące niedbalstwo. Odwołujący miał wiedzę o nałożonych na niego karach pieniężnych,
a mimo to nie przedstawił zamawiającemu stosownej informacji.
W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający prawidłowo odrzucił oferty odwołującego w związku z zastosowaniem przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej
w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, co oznaczało, że oddalone zostały zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zakresie obu odwołań.
Zasadne okazały się zarzuty podniesione w pkt 6 *petitum* obu odwołań. Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa wart. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.
Tym samym, aby zamawiający mógł zatrzymać wadium złożone przez wykonawcę z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń konieczne jest zaistnienie łącznie trzech wskazanych w przepisie przesłanek tj.:
1)wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie;
2)w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub podmiotowych środków dowodowych

3)co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;
- których ciężar wykazania, w myśl zasady zawartej w art. 6 k.c., spoczywa na zamawiającym.
Pierwsza z wymienionych powyżej przesłanek odnosi się do nieuzupełnienia dokumentów (oświadczeń) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Powyżej wskazany przepis – ze względu na brak rozróżnienia – wiąże odpowiedzialność z każdą przyczyną zależną od wykonawcy. Dlatego przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy mogą być zarówno przyczyny przez niego zawinione, jak i niezawinione. Przy czym zatrzymanie wadium nie wchodzi w grę, gdy wykonawca działa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że spełnia warunki zamówienia.
W ocenie składu orzekającego zamawiający nie wykazał spełnienia powyżej wskazanej przesłanki zatrzymania wadium tj. nie wykazał, że odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie uzupełnił JEDZ. W tym kontekście należało przypomnieć, że zamawiający pismami z dnia 18 sierpnia 2023 r. zwrócił się do odwołującego z wezwaniem o uzupełnienie treści JEDZ w obu postępowaniach. W odpowiedzi na to odwołujący pismami z dnia 22 sierpnia 2023 r. zwrócił zamawiającemu uwagę, że wezwania z dnia 18 sierpnia 2023 r były dla niego niezrozumiałe oraz nieprecyzyjne. Tym samym odwołujący zwrócił się do zamawiającego o doprecyzowanie treści wezwań. Zamawiający nie odpowiedział na pisma odwołującego z dnia 22 sierpnia 2023 r. w wyniku czego odwołujący w dniu 24 sierpnia 2023 r. złożył ponownie JEDZ w obu postępowaniach, które były tożsame z pierwotnie złożonymi.
Skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołujący odpowiadając na wezwania odwołującego działał w dobrej wierze, tj. pozostawał błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że złożył prawidłowe JEDZ. Do wytworzenia tego przekonania po stronie odwołującego pośrednio przyczynił się zamawiający, który nie odpowiedział odwołującemu na pisma z dnia 22 sierpnia 2023 r. Ponadto zamawiający w pismach z dnia 26 września 2023 r., informujących odwołującego o zatrzymaniu wadium w obu postępowaniach nie odniósł się do tej kwestii tj. nawet nie wspomniał, nie mówiąc już o tym, że nie wykazał, iż odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie uzupełnił JEDZ.
Izba uznała, że zamawiający nie wykazał jednej z przesłanek zatrzymania wadium, co czyniło przedmiotową czynność nieprawidłową, mając na uwadze okoliczność kumulatywnego spełnienia przesłanek dla tej czynności. Stąd też zamawiający zatrzymał wadium w obu postępowaniach w sposób nieprawidłowy tj. z naruszeniem art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, co oznaczało, że zarzuty z pkt 6 znalazły potwierdzenie. Przy czym, podobnie jak
w przypadku rozstrzygnięcia dotyczącego zarzutów z pkt 4 *petitum* odwołań, uznanie zasadności tych zarzutów nie mogło doprowadzić do uwzględnienia odwołania, ponieważ okoliczność ta nie miała wpływu na wynik obu postępowań z uwagi na to, że oferty odwołującego i tak podlegały odrzuceniu w związku z oddaleniem zarzutów podniesionych
w pkt 3 i 5 *petitum* obu odwołań.

W konsekwencji oddaleniu podlegał również ostatni zarzut, dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp ponieważ ostatecznie oferty odwołującego w obu postępowaniach podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 8 Pzp, przez co nie mogły zostać wybrane jako najkorzystniejsze.

W związku z powyższym Izba uznała, że oba odwołania podlegały oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Ponadto Izba wskazała, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 2969/23 i KIO 2970/23, był art. 556 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisów od obu odwołań.

Przewodniczący:……..

…….

……..