

WYROK

z dnia 6 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2018 r. przez wykonawcę Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu sp. z o.o., ul. 6 Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miasto Kołobrzeg, ul. Ratuszowa 13, 78-100 Kołobrzeg,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ATF sp. z o.o. sp.k., LOTO SYSTEM Sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu sp. z o.o., ul. 6 Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu sp. z o.o., ul. 6 Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:

Zamawiający - Gmina Miasto Kołobrzeg prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych oraz z nieruchomości w części zamieszkałych a w części wykorzystywanych do prowadzenia działalności gospodarczej z terenu Gminy Miasto Kołobrzeg”.

Dnia 8 maja 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 18 maja 2018 roku wykonawca Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum ATF z postępowania mimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd co do:

- spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia,
- posiadania bazy magazynowo transportowej, warunkującej uzyskanie i utrzymanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,
- braku podstaw do wykluczenia konsorcjum ATF z postępowania,

gdy tymczasem wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu, bowiem wykonawca osoby wskazane do realizacji niniejszego zamówienia wykorzystuje do realizacji innych zamówień, nie posiada odpowiedniej bazy magazynowo transportowej, warunkującej możliwość prowadzenia na terenie gminy działalności regulowanej polegającej na odbiorze komunalnych od właścicieli nieruchomości, a nadto winien jest poważnego naruszenia obowiązków zawodowych,

2) art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum ATF z postępowania. mimo, iż wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe,

3) ewentualnie, tj. na wypadek oddalenia powyżej wskazanych zarzutów, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że konsorcjum ATF spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wymaganego przez zamawiającego personelu, wiedzy i doświadczenia oraz warunek posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w sytuacji, gdy okoliczności te nie zostały wykazane przez wykonawcę, co winno skutkować wezwaniem wykonawcy do uzupełniania oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

4) art. 7 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy. który podlega wykluczeniu i zaniechanie wyjaśnienia okoliczności istotnych dla udzielenia zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) ponowienia czynności badania i oceny ofert, a ramach tej czynności wykluczenie konsorcjum ATF z postępowania i odrzucenie jego oferty, a w ślad za tym wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, względnie wezwanie konsorcjum ATF do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że oferta odwołującego została skasyfikowana na drugiej pozycji tzw. list rankingowej wykonawców, za ofertą konsorcjum ATF. W przypadku wkluczenia Konsorcjum ATF, to oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a odwołujący mógłby wykonać zamówienie, czerpiąc z tego korzyści. Odwołujący złożył bowiem ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych zamówienia i stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz zamawiającego - spośród ofert złożonych w tym postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje więc uszczerbku. W konsekwencji zaskarżone czynności zamawiającego powodują możliwość poniesienia przez odwołującego szkody w postaci

utruty wynagrodzenia za wykonanie umowy (założonego zysku).

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum ATF.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowód ze wszystkich powoływanych przez odwołującego i przystępującego dokumentów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zarzut nr 1 i 2 - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum ATF

z postępowania mimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia oraz zaniechania wykluczenia konsorcjum ATF z postępowania, gdy tymczasem wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu, bowiem

wykonawca osoby wskazane do realizacji niniejszego zamówienia wykorzystuje do realizacji innych zamówień.

Odwołujący wskazał, iż konsorcjum ATF w Wykazie osób funkcyjnych wykonawcy wskazał na 14 kierowców, a składając wyjaśnienia potwierdziło, że dysponuje dla potrzeb realizacji zamówienia mniejszą liczbą osób niż wskazana w ofercie (8). Konsorcjum ATF podsumowało swoje wyjaśnienia stwierdzeniem, że „rozważy” zatrudnienie kolejnych, dodatkowych osób, aby realizacja umów odbywała się z najwyższą starannością.

W tym miejscu odwołujący zasygnalizował, że wyjaśnienia konsorcjum ATF, które miały potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego personelu były nad wyraz, ogólne i w zasadzie nie wyjaśniały, w jaki sposób konsorcjum ATF spełnia wymóg dotyczący skierowania osób w ofercie do realizacji zamówienia. Zawierały one także oświadczenie niezgodne ze stanem rzeczywistym. Stwierdzenie zaś, że wykonawca zamierza zatrudnić dodatkowych kierowców i potwierdzające, że dysponuje mniejszą liczbą kierowców niż wskazano ofercie, jedynie potwierdza, że oświadczenia zawarte w Wykazie osób miały służyć tylko formalnemu wykazaniu warunku udziału w postępowaniu i nie odzwierciedlają rzeczywistego, założonego przez wykonawcę sposobu realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że osoby, które zostały przez konsorcjum ATF podane ww.

Wykazie, wykonują obecnie, jako pracownicy konsorcjum ATF, usługi w innych gminach, a dodatkowo konsorcjum osoby te przewiduje także do realizacji zamówień w kolejnych gminach. Co istotne, wbrew twierdzeniom konsorcjum ATF, nie jest tak, że wskazane zamówienia są/będą realizowane w różnym czasie. Biorąc pod uwagę wymagania wynikające z s.i.w.z. poszczególnych zamówień, odległości między gminami fakt, iż ww. osoby są zatrudnione na podstawie umów o pracę, jak i uwzględniając obowiązujące przepisy prawa (m. in. dot. czasu pracy kierowców, konieczności powrotów na bazę magazynowo transportową itp.), nie jest także możliwe wykorzystywanie ww. osób do realizacji niniejszego zamówienia w sposób oczekiwany przez zamawiającego. Weryfikacja, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie może sprowadzać się jedynie do formalnej oceny, czy wykonawca złożył oświadczenie o „odpowiedniej” treści w ofercie, ale także musi polegać na weryfikacji rzeczywistej możliwości wykorzystania potencjału przedstawionego przez wykonawcę celem wykazania spełnienia warunku przy realizacji zamówienia. Wykonawca ma spełniać w sposób rzeczywisty warunki dotyczące zdolności zawodowej już momencie składania oferty i zdolność ta winna być utrzymana na całym etapie badania i oceny ofert, a także na etapie realizacji zamówienia.

Odwolujący wskazał, iż w rozdziale VI pkt 3 ppkt 3 lit. d) i da) s.i.w.z. zamawiający określił:

Zamawiający uzna za spełniony warunek dotyczący zdolności zawodowej, jeżeli Wykonawca przedłoży: (...) d) Wykaz: osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz: informację o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Odwolujący podkreślił, że należało wykazać, że wykonawca „dysponuje”, a nie „będzie dysponował”, czyli w momencie składania oświadczenia w ofercie, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zakresie objętym zamówieniem.

Zdaniem odwołującego konsorcjum ATF tych warunków nie spełnia w sposób rzeczywisty. Jego praktyką (przystępującego) stało się bowiem składanie „blankietowej” oferty w postępowaniach, w której wskazuje te same osoby do realizacji zupełnie odrębnych zamówień. Odwołujący zgodził się ze stanowiskiem Izby (wyrok z dnia 9 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 156/18; KIO 157/18; KIO 158/18, KIO 159/18, KIO 160/18, KIO 161/18), że zasoby wskazywane celem spełnienia warunków udziału muszą być zasobami, które wykonawca będzie wykorzystywał do realizacji zamówienia, dostępnymi mu na moment składania oświadczenia zamawiającemu w taki sposób, że będą one mogły faktycznie być przeznaczone do realizacji zamówienia. W niniejszej sprawie konsorcjum ATF oświadczając, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wiedziało, że zasoby, których dotyczy oświadczenie są już wykorzystane na potrzeby innych zamówień i nie będą mogły być przeznaczone do realizacji zamówienia, a taka sytuacja świadczy o tym, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest tylko pozorne.

Odwolujący wskazał ponadto, że sytuacja opisana powyżej winna być przy tym kwalifikowana nie tylko, jako brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale także jako wprowadzenie zamawiającego w błąd, co do faktycznej sytuacji wykonawcy i możliwości wykazania przez niego warunków udziału w postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W Wykazie osób funkcyjnych konsorcjum ATF wskazało osoby, które nie będą w stanie zrealizować udzielonego zamówienia, gdyż w tym czasie będą zaangażowane w wykonywanie usług odbioru odpadów na terenie innych gmin. Wskazanie zamawiającemu w treści oferty osób, którymi wykonawca ten nie będzie mógł dysponować przy realizacji tego zamówienia wypełnia znamiona informacji nieprawdziwej i wprowadza zamawiającego w błąd. Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego nie znajdują swojego uzasadnienia w zgromadzonym materiale dowodowym. Podnieść bowiem należy, że zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział VI ust. 3 pkt 3 lit. d), zamawiający opisał sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczący personelu w sposób następujący: „Zamawiający uzna za spełniony warunek dotyczący zdolności zawodowej, jeżeli Wykonawca przedłoży:

d) Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi

osobami.

Należy wykazać, że Wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie objętym zamówieniem, tj:

da) w przypadku części 1, tj. odbiór i transport odpadów zmieszanych (niesegregowanych), odpadów z tworzyw sztucznych, metali, odpadów z opakowań wielomateriałowych, odpadów biodegradowalnych, odpadów resztkowych:

i. co najmniej siedmioma kierowcami pojazdów - osobami uprawnionymi do kierowania pojazdem do odbioru odpadów komunalnych, posiadającymi prawo jazdy kategorii C zgodnie z ustawą Prawo o ruchu drogowym oraz minimum 2 lata doświadczenia w zakresie obsługi pojazdu do odbierania odpadów komunalnych,

ii. co najmniej jednym pracownikiem, który z ramienia Wykonawcy będzie kierować i nadzorować realizację części 1 przedmiotu zamówienia, legitymującym się wykształceniem wyższym technicznym z co najmniej 1-rocznym doświadczeniem w nadzorowaniu, kierowaniu i rozdysponowaniu taboru samochodowego w procesach logistycznych związanych z odbieraniem odpadów komunalnych.”.

Zamawiający załączył do s.i.w.z. wzór Wykazu, stanowiący załącznik nr 4.

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17za, „Wskazać trzeba, że w nauce prawa, a także w orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko zgodnie z którym zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków prawnych dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty (zob. A. Bazan Prawo zamówień publicznych Komentarz, komentarz do art. 89, LEX 2015). Odrzucenie oferty - a w ocenie Sądu także wykluczenie wykonawcy skutkujące uznaniem takiej oferty za odrzuconą - może zatem nastąpić tylko wówczas gdy niezgodność z treścią SIWZ będzie niewątpliwa. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów o zamówieniach publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu (S. Babiarz Prawo zamówień publicznych Komentarz, komentarz do art. 89, LEX 2015 Prawo zamówień publicznych Komentarz, wyd. III komentarz do art. 89, LexisNexis 2013; zob. także m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2016 r., KIO 600/16, LEX nr 2048459). W swoim orzecznictwie Izba wielokrotnie i konsekwentnie kierowała się swoistą "świętą" zasadą zgodnie z którą wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ w interpretacji warunków i wymagań zamawiającego nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ (zob. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2014 r., KIO 1343/14, LEX nr 1497088; z dnia 16 kwietnia 2015 r., KIO 660/15, LEX nr 1683429; z dnia 14 stycznia 2015 r., KIO 2826/14, LEX nr 1651285; z dnia 21 stycznia 2015 r., KIO 17/15, LEX nr 1651306; z dnia 8 czerwca 2015 r., KIO 997/15, LEX nr 1799980; z dnia 18 czerwca 2015 r., KIO 1148/15, LEX nr 1754264; a także z dnia 19 lipca 2016 r. KIO 1201/16, LEX nr 2147679).”.

Skoro zatem, zamawiający w treści s.i.w.z. w jednym miejscu posługuje się sformułowaniem „Wykaz osób skierowanych (...)”, a następnie używa sformułowania „Należy wykazać, że Wykonawca dysponuje osobami to nie sposób zarzucić przystępującemu, że wadliwie odczytał treść s.i.w.z. Przystępujący wypełnił bowiem żądanie zamawiającego poprzez sporządzenie i przedłożenie stosownego wykazu.

Podnieść należy, iż odwołujący swoją strategię procesową buduje wyłącznie w oparciu o okoliczność, iż osoby wskazane/skierowane przez przystępującego do realizacji przedmiotowego zamówienia, wykonują już swoje obowiązki pracownicze na innych

kontraktach. Z takim stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić.

Okoliczność, iż osoby wymienione w wykazie wykonują czynności, na moment składania oferty, na innych umowach, nie oznacza, że nie będą realizowały przedmiotowego zamówienia. Nado, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie zastrzegł, że wykaz osób musi zawierać wyłącznie takie osoby, które nie wykonują obecnie żadnych innych zadań i nie realizują na rzecz swojego pracodawcy innych usług. Co więcej, zamawiający nie wymagał, aby wykonawca zapewnił, iż wskazane w wykazie osoby, były skierowane do realizacji zamówienia przez cały okres trwania umowy. Oznacza to, że osoby te mogą zostać wymienione, w trakcie realizacji kontraktu, na inne osoby o tożsamym doświadczeniu i kwalifikacjach. Ponadto należy również zwrócić uwagę, że może zaistnieć sytuacja, w której osoby, które zostały wskazane przez przystępującego w wykazie, a które w chwili obecnej świadczą usługę na innych umowach, w sytuacji gdy z przystępującym

zostanie podpisana umowa, zostaną skierowane przez przystępującego do realizacji przedmiotowego zamówienia, a w ich miejsce zostaną zatrudnione inne osoby. W takiej sytuacji oświadczenie przystępującego również będzie musiało być uznane za prawdziwe. Dodatkowo, czemu odwołujący nie zaprzeczył, konsorcjum ATF w takim składzie podmiotowym, jak w przedmiotowym postępowaniu, nie realizuje zleceń dla Gmin (zamawiających) wymienionych przez odwołującego, co oznacza, iż potencjał kadrowy, do realizacji każdej z umów jest inny.

Izba nie widzi również sprzeczności w treści oświadczeń składanych przez przystępującego. Okolicznością bezsporną jest, że przystępujący w wykazie podał 14 osób, natomiast w wyjaśnieniach wskazał, na minimum 8 (po sprostowaniu, na minimum 7) osób. Zarówno 14 jak i 7 są to wielkości zgodne z wymaganiami zamawiającego, a doprecyzowanie w wyjaśnieniach, że jest to minimum, nie oznacza że będzie mniej niż 14.

Reasumując, w pełni popierając stanowisko przystępującego, stwierdzić należało, iż przystępujący na każdym etapie postępowania wskazywał, że posiada określone zasoby kadrowe, którymi może w sposób dowolny zawiadywać, tzn. posiada określony przez zamawiającego potencjał kadrowy do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się zaś do tabeli złożonej przez odwołującego, zawierającą tabelaryczne przedstawienie pracochłonności wykonywanych czynności, stwierdzić należało, iż być może prawdą jest, że odwołujący potrzebuje określonej liczby roboczo godzin do wykonywania określonych czynności. Jednakże odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył, że w zakres obecnie świadczonej dla zamawiającego usługi wchodzi inny zakres zamówienia, niż opisany przez zamawiającego w tym postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że każdy przedsiębiorca, w oparciu o posiadany potencjał kadrowo sprzętowy, samodzielnie ustala metodykę realizacji zamówienia, która pod względem pracochłonności może znacznie się różnić od innych uczestników tego samego rynku. W grę mogą bowiem wchodzić takie zmienne jak, np. wiek pracowników, pojemność urzędzeń, szybkość pracy, logistyka, system wynagradzania i wiele innych. To, że odwołujący realizował zamówienie przy określonym nakładzie roboczo godzin nie może oznaczać, że inny wykonawca będzie potrzebował takiego samego nakładu pracy.

Zarzut nr 3 - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum ATF z postępowania mimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd co do posiadania bazy magazynowo transportowej, warunkującej uzyskanie i utrzymanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

W zakresie przedmiotowego zarzutu odwołujący wskazał, iż zamawiający nie postawił samodzielnego warunku dotyczącego posiadania przez wykonawcę bazy magazynowo transportowej, niemniej fakt posiadania takiej bazy jest przez zamawiającego weryfikowany poprzez weryfikację, czy wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej polegającej na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Posiadanie bazy magazynowo transportowej jest bowiem warunkiem uzyskania i utrzymania wpisu do ww. rejestru. Wymóg posiadania takiej bazy wynika z art. 9d ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który stanowi, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo transportowej. Wymogi dotyczące usytuowania i wyposażenia bazy wynikają z rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zgodnie natomiast z art. 9c ust. 4 ww. ustawy, do wniosku o wpis do rejestru dołącza się oświadczenie o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

W art. 9j ust. 1 ww. ustawy, ustawodawca wskazuje, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta wydaje decyzję o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem, w przypadku gdy przedsiębiorca złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 9c ust. 4, niezgodne ze stanem faktycznym lub stwierdzi rażące naruszenie warunków wymaganych prawem do wykonywania działalności regulowanej przez przedsiębiorcę. Decyzja, o której mowa, podlega natychmiastowemu wykonaniu. Przedsiębiorca, którego wykreślono z rejestru, może uzyskać ponowny wpis do rejestru w tym samym zakresie działalności gospodarczej nie wcześniej niż po upływie 3 lat od dnia wykreślenia z rejestru z powodów, o których mowa w art. 9j ust. 1 lub ust. 2 pkt 4 (art. 9ja ww. ustawy). Wedle informacji posiadanych przez odwołującego, żaden z wykonawców tworzących konsorcjum ATF nie spełnia i nie spełniał wymogu dotyczącego posiadania bazy magazynowo transportowej spełniającej wymagania przepisów. Bazy takie spółki posiadają, ale w odległości większej niż 60 km od terenu gminy (por. § 2 ust. 1 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia). Okoliczność ta znajduje potwierdzenie m.in. w tym, że wykonawca nie odpowiedział na

wezwanie wystosowane przez gminę do wskazania adresu bazy magazynowo transportowej, celem przeprowadzenia przez gminę jej kontroli. Gdyby wykonawca dysponował odpowiednią bazą, adres tej bazy zostałby niewątpliwie niezwłocznie wskazany gminie Kołobrzeg - zamawiającemu, celem umożliwienia gminie przeprowadzenia kontroli.

Brak bazy magazynowo transportowej spełniającej wymagania obowiązujących przepisów i złożenie gminie, w tym zakresie niezgodnego ze stanem faktycznym oświadczenia w celu uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej, względnie zaniechanie poinformowania gminy o tym, że wykonawca utracił możliwość korzystania z „odpowiedniej” bazy (brak aktualizacji danych uwzględnianych przy wpisie do rejestru), skutkować powinno wykluczeniem wykonawcy z niniejszego postępowania.

Podobnie, jak przypadku warunku udziału postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniego personelu do realizacji zamówienia, tak również w przypadku warunku dotyczącego posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, nie chodzi wyłącznie o formalne spełnienie warunku, ale o weryfikację rzeczywistej możliwości realizacji przez wykonawcę zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami obowiązującego prawa. Uzyskanie wpisu do rejestru ma bowiem potwierdzać, że wykonawca spełnia wszystkie wymagane prawem warunki do tego by prowadzić w danej gminie działalność regulowaną i także ten element jest weryfikowany poprzez warunek udziału postępowaniu dotyczący posiadania wpisu do odpowiedniego rejestru działalności regulowanej. Warto przy tym dodać, że art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który powinien znaleźć zastosowanie w niniejszej nie zawęża rodzaju informacji, których dotyczy tylko do informacji przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale mówi o informacjach mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. W sytuacji, gdy wykonawca nie informuje zamawiającego o tym, że nie posiada spełniającej wymagania prawa bazy magazynowo transportowej, wiedząc, że okoliczność ta skutkowałaby utratą wpisu do rejestru i w ślad za tym wykluczeniem z niniejszego postępowania, wprowadza zamawiającego w błąd co do okoliczności istotnych dla postępowania - tu: wyboru oferty najkorzystniejszej.

Brak bazy magazynowo transportowej spełniającej wymagania prawa nie można przy tym usprawiedliwiać w ten sposób, że baza będzie wymagana dopiero na etapie realizacji zamówienia, skoro na etapie ubiegania się o zamówienie należało mieć wpis do rejestru działalności regulowanej, a warunkiem posiadania takiego wpisu jest właśnie posiadanie

bazy.

Na dowód powyższych okoliczności odwołujący, na rozprawie złożył: pismo z dnia 1 czerwca 2018 roku, kierowane do odwołującego przez Prezydenta Miasta Kołobrzeg, pismo z dnia 17 maja 2018 roku, kierowane do odwołującego przez Prezydenta Miasta Kołobrzeg, wykaz przedsiębiorstw wpisanych do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, plik zdjęć (13 sztuk) dotyczących działek 2/11 i 2/16, do których prawo na podstawie umowy dzierżawy, posiada wykonawca ATF sp. z o.o. sp.k.

Kopię umowy dzierżawy z dnia 14 marca 2018 roku, w poczet materiału dowodowego złożył przystępujący.

Na wstępie podnieść należy, iż zamawiający, zgodnie z pkt VI.3.1 lit a s.i.w.z. uzna za spełniony warunek dotyczący posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 1289 z późn. zm.) o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Przystępujący na wezwanie zamawiającego z dnia 13 kwietnia 2018 roku, działającego w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 18 kwietnia 2018 roku, przesłał zamawiającemu Zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 26 kwietnia 2012 roku (Nr rejestrowy: ROOK-02/K-IO/2012; K-IO.6233.3.2012.VII) wraz z następującymi po wydaniu tego zaświadczenia decyzjami, dotyczącymi zmiany formy prawnej wykonawcy ATF.

Tym samym, w ocenie Izby, przystępujący prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Zamawiający w zakresie tego warunku nie postawił albowiem żadnego innego, dodatkowego wymagania.

Dowody przedstawione przez odwołującego, dotyczą zatem innej okoliczności, nie będącej przedmiotem tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem odnoszą się w swoim formalnym, jak i merytorycznym zakresie do działalności organu, który

rzeczone zaświadczenie wydaje. Z przedłożonych przez odwołującego pism wynika jedynie, że organ, na tę chwilę prowadzi postępowanie kontrolne, które nie zostało zakończone, prawomocną decyzją. Okolicznością bezsporną jest fakt, że postępowanie kontrolne dotyczy rzeczonych działek określonych numerem ewidencyjnym 2/11 i 2/16, gdzie wg. oświadczenia przystępującego znajduje się jego baza magazynowo transportowa. Jednakowoż, w braku prawomocnej decyzji w tym zakresie oraz poprzez stwierdzenie, że z przedłożonych jako

dowód w sprawie zdjęć nie da się jednoznacznie ustalić, czy baza spełnia wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku (Dz.U. z 2013 r., poz. 122) w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie zbierania odpadów, zarzuty odwołującego uznać należało za chybione i bezzasadne.

Zarzut nr 4 - naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez

zaniechanie wykluczenia konsorcjum ATF z postępowania mimo, iż wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe.

Odwołujący podniósł, że według informacji posiadanych przez odwołującego, ATF Sp. z o.o. sp.k. nienależycie wykonywała umowę zawartą z Gminą Brojce, a mającą za

przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu tej gminy (umowa nr OŚ.272.1.2017ŁG z dnia 16 stycznia 2017 r.). Gmina Brojce nałożyła w związku z tym, na wskazanego wykonawcę w marcu 2017 r. karę umową w wysokości 24 000 zł, która nie została wedle informacji uzyskanych w Gminie - do

dnia dzisiejszego przez wykonawcę uregulowana. Odwołujący zaznaczył, że wskazane naruszenia dotyczą naruszenia podstawowych obowiązków (zawodowych) spoczywających na podmiocie odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Istotą usługi

odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, także z uwagi na wymogi ochrony środowiska i wymogi sanitarne, jest regularny, tj. zgodny z terminami wskazanymi w harmonogramie, a wynikającymi z minimalnej ustalonej w regulaminie utrzymania

czystości i porządku w gminie i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach czystotliwości. odbiór odpadów komunalnych. O istotności tego obowiązku z punktu widzenia zakresu zobowiązania wykonawcy świadczy wysokość ustalonych umownie kar za naruszenie tego obowiązku (100 zł za każdy dzień opóźnienia w odbiorze za każdą

nieruchomość i 10 000 zł za zmieszanie odpadów), co w niniejszej sprawie przełożyło się na nałożenie na wykonawcę kary umownej w wysokości przewyższającej wysokość miesięcznego wynagrodzenia, jakie wykonawca uzyskuje w związku z realizacją tej umowy.

Odwołujący zaznaczył przy tym, że sytuacja, jaka miała miejsce w Gminie Brojce nie jest odosobnioną. Wysokie kary umowne za nienależyte wykonanie umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, w tym odbiór odpadów niezgodnie z harmonogramem i brak wyposażenia punktów odbioru odpadów w pojemniki/worki, zostały nałożone na ATF Sp. z o.o. sp.k. także przez Związek Gmin Dolnej Odry (umowa nr ZGDO.273.3.2015 na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości

zamieszkałych na terenie gmin położonych na terenie Związku Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie"). Kary były nakładane, wedle udostępnionych odwołującemu w trybie dostępu do informacji publicznej danych na wykonawcę ATF Sp. z o.o. sp.k. w okresie od maja 2017 r.

do marca 2018 r. (daty wystawienia not obciążających), prawie za każdy miesiąc wykonywania usługi przypadający na okres od kwietnia 2016 r. do listopada 2017 r., a wysokość tych kar sięgała od 25 zł do 112 790,00 zł (kara za maj 2016 r.) i 287 510,00 zł (kara za kwiecień 2016 r.). Jak wynika z informacji pozyskanej od Związku, Związek skierował sprawę dotyczącą zapłaty wskazanych powyżej kar na drogę sądową. W zakresie najwyższej kary umownej kary za kwiecień 2016 r. - strony doszły do porozumienia co do jej zmiarkowania do kwoty 65 756,10 zł i zawarły, w tym zakresie, ugodę sądową (kara została zapłacona). Sprawa sądowa dotycząca kar umownych za kolejne miesiące - zawezwanie do próby ugodowej - jest toku.

Odwołujący wskazał, że Związek Gmin Dolnej Odry - mając za pewne na uwadze zawarte, czy wstępnie wynegocjowane przez strony ugody - wystawił ostatecznie wykonawcy AT F Sp. z o.o. sp.k. poświadczenie należytego wykonania umowy, które zostało przedstawione w tym postępowaniu, jednak okoliczność ta nie jest przesadzająca dla przyjęcia, że wykonawca nie jest winien poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Dojście przez strony do porozumienia i zapłata kar umownych przez wykonawcę może co najwyżej być uznana za jeden z elementów tzw. self-cleaningu. Co istotne, kary naliczone

w tej sprawie były bardzo wysokie i były naliczane za prawie każdy miesiąc świadczenia usług, co wskazuje na powtarzalność naruszeń postanowień umownych. Zaznaczenia wymaga, że podobne, czy te same rodzajowo naruszenia (odbieranie odpadów niezgodnie z harmonogramem) miały miejsce po stronie ATF Sp. o.o. sp.k. w obu wskazanych gminach.

Ta powtarzalność naruszeń i fakt, że dotyczyły one podstawowego zobowiązania umownego (zawodowego) wykonawcy, świadczą o wysokim stopniu zawinienia wykonawcy, ale przede wszystkim podważa to rzetelność i profesjonalizm wykonawcy.

W świetle powyższego, ocenie odwołującego mimo, iż wykonawca przedstawił referencje, nie można także stwierdzić, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Dodatkowo, odwołujący zarzucił, że konsorcjum ATF, także w tym przypadku winno podlegać wkluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, bowiem wiedząc o nałożonych na wykonawcę karach, ATF Sp. z o.o. sp.k. nie wskazało w JEDZ, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp i że ewentualnie podjęło działania polegające na przeprowadzeniu tzw. self-cleaningu.

W zakresie omawianego przepisu podnieść należy, co następuje. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

9 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 163/17) „Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.”.

Sąd Okręgowy w Krakowie, w wyroku z dnia 23 czerwca 2017 roku, sygn. akt XII Ga 219/17 wskazał, iż „W świetle dyspozycji art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp nienależytego wykonania zobowiązania nie można automatycznie traktować jako przesłanki wykluczenia, koniecznym pozostaje wykazanie, że jest ono skutkiem zawinionego działania wykonawcy, w szczególności zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz, że ma charakter poważnego naruszenia. W konsekwencji, to na zamawiającym spoczywał ciężar udowodnienia, że niewykonanie umowy w terminie winno zostać zakwalifikowane, jako poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę, przy czym niewystarczające jest wykazanie, że doszło do naruszenia więzi obligacyjnej, koniecznym pozostaje wykazanie kwalifikowanej postaci tego naruszenia. Rację ma przeciwnik skargi twierdząc, iż to samo zdarzenie (nienależyte wykonanie zobowiązania) może wywołać skutki na gruncie prawa cywilnego i jednocześnie nie stanowić przesłanki wykluczenia w reżimie prawa zamówień publicznych. Wszak uchybienie terminowi wykonania zobowiązania skutkujące odpowiedzialnością kontraktową, czy naliczeniem kary umownej, nie może być automatycznie uznane za nienależyte wykonanie zobowiązania będące skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, przez które należy rozumieć sytuację, w której dłużnik działa z zamiarem naruszenia obowiązków zawodowych, co niewątpliwie nie miało miejsca w realiach niniejszej sprawy, bądź dopuszcza się naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania, względnie nie przestrzega podstawowych zasad ostrożności. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 marca 2004 r. (IV CK 151/03) stwierdził, iż "Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji". Rażące niedbalstwo jest zatem kwalifikowaną postacią winy nieumyślnej, oznacza wyższy jej stopień niż w przypadku zwykłego niedbalstwa, leżący już bardzo blisko winy umyślnej. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r. (I CKN 969/00) wskazał, że wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. Rację ma skarżąca, iż przy ocenie należytej staranności przeciwnika skargi należy mieć na względzie zawodowy charakter jego działalności w zakresie produkcji tramwajów, jednakże rażące niedbalstwo nie może być traktowane jako równoznaczne z niedochowaniem należytej staranności, o której mowa w art. 355 § 2 kc. Rażące niedbalstwo to kwalifikowana postać braku podwyższonej

staranności, to zachowanie graniczące z umyślnością. Z kolei orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wskazuje, że pojęcie naruszenia obowiązków zawodowych obejmuje uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy. W wyroku TS z dnia 13 grudnia 2012 r. (C-465/11) wskazano, że pojęcie poważnego wykroczenia należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy i wykazania, że nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, przy czym nastąpiło to w wyniku rażącego niedbalstwa. Uzasadnienie dla przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp stanowi nadto pkt 101 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym poważne wykroczenie zawodowe może poddać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, a tym samym sprawić, że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne niezależnie od tego, czy dany wykonawcy posiadałby poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe wykonanie umowy nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że odwołujący w swojej argumentacji oraz postępowaniu dowodowym, skupił się tylko i wyłącznie na fakcie, że przystępującemu w ramach realizacji innych kontraktów zamawiający naliczali kary umowne za nieterminowe wykonywanie zamówienia. Jednakże jak stwierdził SO w Krakowie (wyrok jw.) „(.) rzeczą skarżącej (w przedmiotowym postępowaniu odwołującej) było wskazanie i wykazanie takich działań lub zaniechań przeciwnika skargi, które dawałyby podstawę do zakwalifikowania opóźnienia jako poważnego zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych, a w konsekwencji statuowałyby po stronie zamawiającego prawo do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. O ile opóźnienie, co do zasady może rodzić odpowiedzialność kontraktową mającą swe źródło w regulacji art. 471 kc, czy obowiązek zapłaty kary umownej, o tyle dla uzasadnienia wykluczenia, koniecznym jest wystąpienie jego kwalifikowanej postaci. Opóźnienie, choć niewątpliwie stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania, nie może automatycznie być utożsamiane z poważnym, zawinionym wykroczeniem zawodowym.”. Nadto okolicznością przemawiającą za bezzasadnością argumentacji odwołującego jest fakt, iż przystępujący po pierwsze w sposób ugodowy rozwiązał

i rozwiązuje kwestie sporne powstałe na linii przystępujący-zamawiający w zakresie realizacji kontraktu, w tym te związane z wysokością kar umownych oraz w rezultacie działań przystępującego, zamawiający wystawił temu wykonawcy pozytywne referencje za realizację spornych kontraktów.

Rekapitulując, Izba nie stwierdziła, aby zachodziła przesłanka do wykluczenia przystępującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dał podstaw do uznania zarzutu, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, w czasie przed wszczęciem postępowania, poważnie naruszył w sposób zawiniony obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, aby przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie. Jednocześnie konsekwentnie Izba nie stwierdziła również, że przystępujący swoim działaniem wprowadził zamawiającego w błąd, który skutkowałby wykluczeniem przystępującego, na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub 17 ustawy Pzp.

Zarzut nr 5 - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp,

poprzez przyjęcie, że konsorcjum ATF spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wymaganego przez zamawiającego personelu, wiedzy i doświadczenia oraz warunek posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w sytuacji, gdy okoliczności te nie zostały wykazane przez wykonawcę, co winno skutkować wezwaniem wykonawcy do uzupełniania oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zarzut powyższy uznała za bezzasadny stwierdzając, iż brak jest podstaw do twierdzenia, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem z dokumentów przekazanych zamawiającemu, przez przystępującego wprost wynika, że przystępujący posiada wymagany potencjał w zakresie personelu, wiedzy i doświadczenia oraz wpisu do rejestru działalności regulowanej, dlatego też bezzasadne byłoby nakazywanie zamawiającemu wezwania przystępującego do złożenia dokumentów, w których posiadaniu zamawiający już jest.

Zarzut nr 6 - naruszenie art. 7 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu i zaniechanie wyjaśnienia okoliczności istotnych dla udzielenia

zamówienia.

Zarzut powyższy, w konsekwencji stwierdzenia przez Izbę bezzasadności wszystkich wcześniej omawianych zarzutów, Izba uznała za niezasadny. Zdaniem Izby zamawiający w sposób transparentny, przy zachowaniu zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: