

Sygn. akt: KIO 3436/22
KIO 3445/22

WYROK
z dnia 10 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Małgorzata Matecka**

Maksym Smorczewski

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2023 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2022 r. przez:

- A) Odwołującego **PUK TAMAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Tyniecka 1, 32-050 Skawina (sygn. akt KIO 3436/22);
- B) Odwołującego **W. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S., ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa (sygn. akt KIO 3445/22);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Zielonki**, ul. Krakowskie Przedmieście 116, 32-087 Zielonki,

przy udziale

Wykonawcy **W. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S., ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa, zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3436/22 po stronie Odwołującego,

Wykonawcy **PUK TAMAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. ul. Tyniecka 1, 32-050 Skawina zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3445/22 po stronie Odwołującego,

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Barska 12, 30-307 Kraków, **M.J.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **M. J.Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI**, ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3436/22 i KIO 3445/22 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1

A. Oddala odwołanie wniesione przez Odwołującego - PUK TAMAX Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 3436/22);

B. Uwzględnia odwołanie wniesione przez Odwołującego – W. S. i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Ustawy (sygn. akt KIO 3445/22);

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża: Odwołującego – PUK TAMAX Sp. z o.o. w sprawie sygn. akt KIO 3436/22 i Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 3445/22 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr. (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: PUK TAMAX Sp.

z o.o. i W. S., tytułem wpisów od odwołań w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 3436/22 i KIO 3445/22 oraz kwotę 7.200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), tytułem kosztów Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 3436/22 i Odwołującego – W. S. w sprawie sygn. akt KIO 3445/22;

2.2 zasądza w sprawie sygn. akt KIO 3436/22 od Odwołującego – PUK TAMAX Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika;

2.3 zasądza w sprawie sygn. akt KIO 3445/22 od Zamawiającego na rzecz Odwołującego – W.S. kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 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:

Członkowie:

.....

**Sygn. akt: KIO 3436/22
KIO 3445/22**

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Zielonki w trybie podstawowym na *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości rekreacyjno-wypoczynkowych z terenu gminy Zielonki, jak również z 2 Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK)* (nr postępowania: NEO.271.2.2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2022, 2022/S 155-442819, wobec czynności odrzucenia ofert: PUK TAMAX Sp. z o.o., W.S. i wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostały w dniu 22 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: PUK TAMAX Sp. z o.o., (sygn. akt KIO 3436/22), W. S., (sygn. akt KIO 3445/22).

Zamawiający poinformował o czynnościach w postępowaniu w dniu 12 grudnia 2022 r.

I. Sygn. akt KIO 3436/22

Odwołujący PUK TAMAX Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w związku art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 110 ust. 1 Ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie w konsekwencji błędne i bezpodstawne odrzucenie oferty PUK TAMAX Sp. z o.o. zarzucając wykonawcy poważne naruszenie obowiązków zawodowych przy wykonywaniu zamówienia, a polegającego na rzekomym zawyżaniu ilości faktycznie odbieranych odpadów z terenu gminy Zielonki w okresie czerwiec – październik 2022 r. gdzie Odwołujący realizował zamówienie odbioru odpadów na terenie gminy Zielonki w charakterze podwykonawcy;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w związku art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 110 ust. 1 Ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że wobec Odwołującego zachodzi przesłanka wykluczenia podczas gdy Odwołujący nie działa umyślnie lub lekkomyślnie lub niedbale i nie miał jakiegokolwiek zamiaru wprowadzenia w błąd Zamawiającego składając dokumenty podmiotowe w postępowaniu zaś okoliczności związane z ciężkim naruszeniem obowiązków zawodowych w ogóle nie miały miejsca w przedmiotowej sprawie;
3. art. 253 ust. 1 Ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą w tym postępowaniu w świetle postawionych kryteriów oceny ofert;
4. art. 16 pkt 1 Ustawy Pzp polegający na naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji polegający na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej PUK TAMAX Sp. z o.o.

II. Sygn. akt KIO 3445/22

Odwołujący W. S. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, że ewentualne nieprawidłowości w realizacji zamówienia przez spółkę PUK TAMAX Sp. z o.o. będącą podwykonawcą Odwołującego w toku realizacji zamówienia, mogą odnosić bezpośredni skutek wobec Odwołującego, jakby były działaniami osobiście podejmowanymi przez tego ostatniego i/lub leżącymi po jego stronie, a w konsekwencji mogły prowadzić do jego wykluczenia z Postępowania w oparciu o przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP i odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy sam Odwołujący, swoim bezpośrednim, jak i pośrednim działaniem lub zaniechaniem, nie dopuścił się jakichkolwiek nieprawidłowości przy wykonywaniu przedmiotu umowy na rzecz Zamawiającego, jak również nie wpłynął na ewentualne działania/zaniechania swojego podwykonawcy, co potencjalnie mogłoby uzasadniać, że podnoszone przez Zamawiającego nieprawidłowości w realizacji wcześniejszego zamówienia dają podstawę do ich przypisania również Odwołującemu;

zaś na wypadek nie uwzględnienia zarzutu z pkt powyżej:

2. art. 109 ust. 3 w zw. ust. 1 pkt 7) PZP poprzez jego niezastosowanie wobec Odwołującego, a w konsekwencji brak odstąpienia od wykluczenia go z Postępowania w sytuacji, gdy:
 - 1) złożona przez niego oferta zgodnie z kryteriami oceny ofert nie mogła zostać oceniona jako najkorzystniejsza;
 - 2) Odwołujący nie miał realnego wpływu na wykonywanie umowy podwykonawczej przez spółkę PUK TAMAX Sp. z o.o., albowiem nie wykonywała jej ona ani pod kierownictwem, ani pod nadzorem Odwołującego, a w sposób autonomiczny i samodzielny jako niezależny przedsiębiorca;
 - 3) Odwołujący jako podwykonawcę wybrał podmiot będący profesjonalistą w branży odbioru odpadów, funkcjonujący od lat na rynku gospodarowania odpadami, który posiadał nieposzlakowaną opinię w środowisku, i któremu jako podwykonawcy przy realizacji zamówienia nie sprzeciwiał się Zamawiający, dokonujący jego uprzedniej weryfikacji;

- 4) Odwołujący nie czerpał dochodów z zawartej umowy podwykonawczej, a zatem nawet przy potwierdzeniu nienależytego wykonywania umowy przez podwykonawcę i rzeczywistego zawyżenia ilości odbieranych przez niego odpadów z terenu Gminy Zielonki na szkodę Zamawiającego, Odwołujący osiągał z tego tytułu jakichkolwiek korzyści, co w konsekwencji – mimo wymienionych wyżej faktów – doprowadziło do błędnego zastosowania wobec Odwołującego sankcji wykluczenia, co najmniej w sposób oczywiście nieproporcjonalny do zaistniałych okoliczności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia z Postępowania Odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Uzasadnienie obu odwołań dotyczy oceny zdarzeń, do jakich miał dopuścić się Wykonawca PUK TAMAX Sp. z o.o. (Odwołujący nr 1), będąc podwykonawcą Wykonawcy W.S. (Odwołujący nr 2) przy realizacji umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów NEO.271.1.2021 z 17.12.2021 r., realizowanej na rzecz Gminy Zielonki w 2022 r., które miały wskazywać, iż Odwołujący nr 1 dopuścili się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez dosypywanie odpadów z hali znajdującej się na terenie bazy do śmieciarek wyjeżdżających po odbiór odpadów na terenie Gminy Zielonki, za co również odpowiedzialność została przypisana Odwołującemu nr 2. Powyższe mogło powodować, że ilość odpadów będących podstawą rozliczenia między stronami była wyższa, niż faktyczna ilość odpadów odebranych z terenu Gminy Zielonki.

W związku z podejrzeniami, jakie Zamawiający powziął na podstawie analizy zapisów monitoringu z okresu czerwiec – października 2022 r., wezwał Odwołującego nr 1 do złożenia wyjaśnień (pismo z 22.11.2022 r.).

W wyjaśnieniach z 25 i 30.11.2022 r., uprzednio podejmując próby dopytania się o konkretne zdarzenia, PUK TAMAX Sp. z o.o. wskazał, że śmieciarki, które na co dzień świadczą usługi na terenie gminy, na bazie są wykorzystywane do wewnętrznego przewożenia, ale przede wszystkim ich kompaktowania. Odpady przepuszczone przez kompaktor, w jaki wyposażone są śmieciarki trafiają do sortowni znajdującej się na bazie, a nie do miejsca załadunku odpadów na śmieciarce. Zamawiający dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nr 1 miał sprecyzować zdarzenia, które jego zdaniem miałyby świadczyć o naruszeniu obowiązków zawodowych – załącznik nr 1. Zdarzenia te nie były przedmiotem wyjaśnień Wykonawcy w postępowaniu przetargowym.

W ocenie Odwołującego nr 1 nagrania z monitoringu nie dowodzą twierdzeń Zamawiającego o rzekomym dosypywaniu odpadów do śmieciarek, co miałyby później zawyżać ilość

odpadów odebranych z terenu Gminy Zielonki. Odwołujący nr 1 zakłada, iż Zamawiający działał w oparciu o nieprawdziwy donos od osób trzecich.

Ponieważ na terenie bazy Odwołującego nr 1 odbywa się również przetwarzanie odpadów na podstawie decyzji, śmieciarki są również wykorzystywane do przetwarzania odpadów, które nie mogą już trafić do instalacji komunalnej, jako odpady pochodzące od mieszkańców gminy. Z chwilą wyjazdu śmieciarki z bazy w systemie BDO podany jest stan załadowania śmieciarki, który w tych konkretnych przypadkach był stanem zerowym.

Tak duży stopień naruszeń musiałby prowadzić do niezwłocznego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, co nie miało miejsca. Odpady z terenu gminy Zielonki zostały odebrane i zagospodarowane (wysypane) na instalacji ZGK Zawiercie.

Odwołujący nr 1 odniósł się do każdego ze zdarzeń, w tym między innymi awarii pojazdu oraz przekazania pustego kosza mieszkance.

W jego ocenie, decyzja Zamawiającego opiera się wyłącznie na domniemaniach, bez dowodów konkretnych naruszeń. Zamawiający dysponował nagraniami, a mimo to rozliczył usługę bez zastrzeżeń nie dostrzegając żadnych nieprawidłowości wcześniej, i dopiero po pierwszym wyborze oferty Odwołującego nr 1, sformułował swoje zastrzeżenia. Ponieważ nie doszło do naruszenia obowiązków zawodowych Odwołujący nr 1 nie miał o czym informować Zamawiającego i nie wystąpiła potrzeba samooczyszczenia.

Nieprawidłowości przy realizacji umowy, prowadzące do odrzucenia oferty PUK TAMAX Sp. z o.o. skutkowały również wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem oferty Wykonawcy W. S.(Odwołujący nr 2), któremu przypisane zostały nieprawidłowości przy realizacji zamówienia, jako wykonawcy odpowiedzialnemu za działania podwykonawcy, który zawodowo trudni się czynnościami stanowiącymi przedmiot zamówienia.

Wskazując na interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący nr 2 wskazał, iż biorąc udział w postępowaniu liczył na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie z tego tytułu dochodów. Nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, otwiera mu drogę do uzyskania zamówienia w sytuacji, gdyby finalnie nie doszło (niezależnie od przyczyn takiego stanu rzeczy) do zawarcia umowy z wykonawcami, którzy złożyli oferty oceniane, jako korzystniejsze względem oferty Odwołującego. Ponadto, tylko wykazując, iż nie jest poprawnym działaniem wykluczenie z postępowania z powołaniem się na nieprawidłowości przy realizacji wcześniejszego zamówienia, których miał dopuścić się jego podwykonawca, będący podmiotem zawodowo trudniącym się czynnościami stanowiącymi przedmiot umowy, Odwołujący będzie w stanie uzyskać przyszłe zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp Odwołujący nr 2 rozumienie „odpowiedzialności” wykonawcy, polegającą na jego wykluczeniu z postępowaniu w oparciu o jedną z podstaw przewidzianych treścią art. 109 Pzp, w oderwaniu od pojęcia

:odpowiedzialności” wykonawcy postrzeganej przez pryzmat normy o charakterze czysto cywilistycznym, charakteryzującej się obowiązywaniem wyłącznie *inter partes*, tj. jedynie pomiędzy stronami danej umowy. Efekt wykluczenia wykonawcy z postępowania jest mocą art. 111 Pzp rozciągnięty w czasie i odnosi skutek *erga omnes* bo w każdym przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sankcję usunięcia wykonawcy z postępowania wiązać należy z jego działaniem/zaniechaniem i z jego winą za zaistniały skutek zachowania w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Zamawiający błędnie przyjmuje, że za przyczyny leżące po stronie Odwołującego można uznać nieprawidłowości stwierdzone po stronie jego podwykonawcy, będącego podmiotem profesjonalnym i działającym na rynku w sposób samoistny, jako niezależny przedsiębiorca. Zamawiający wskazał na odpowiedzialność wykonawcy zamówienia za dobór podwykonawcy.

W ocenie Odwołującego nr 2, Zamawiający nie wywiązał się należycie z powinności ustalenia, czy nie zachodzi uzasadnienia dla odstąpienia, na podstawie art. 109 ust. 3 Pzp, od wykluczenia Odwołującego z postępowania. Nawet przyjmując, że Odwołujący dysponował jakimkolwiek narzędziami, przy użyciu których mógłby realnie wpłynąć na sposób realizacji zamówienia przez swojego podwykonawcę, to w pierwszej kolejności musiałby posiadać wiedzę, że do owych nieprawidłowości faktycznie dochodzi. Odwołujący nie miał żadnych niepokojących sygnałów, które zostałyby zignorowane. Tym samym ocena postępowania Odwołującego dokonana została przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z ust. 3 Pzp w sposób wadliwy i niesprawiedliwy.

Zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania wnosząc o ich oddalenie.

Do postępowań odwoławczych przystąpili wzajemnie Odwołujący nr 1 i 2 po swoich stronach, a po stronie Zamawiającego konsorcjum: Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., M. J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym wyjaśnienia, jakie składał PUK TAMAX Sp. z o.o., nagrania z kamer i pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości rekreacyjno-wypoczynkowych z terenu gminy Zielonki, jak również z 2 punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK).

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty: Odwołującego nr 1, Odwołującego nr 2 i Konsorcjum (Przystępujący w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego).

Zamawiający w dniu 29.09.2022 r. dokonał wyboru oferty PUK TAMAX Sp. z o.o.

W dniu 11.10.2022 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wobec podejrzenia wystąpienia „poważnych nieprawidłowości” po stronie TAMAX, które mogły być w jego ocenie kwalifikowane, jako podstawa wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 oraz 10.

Pismem z 22.11.2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę PUK TAMAX Sp. z o.o. do odniesienia się do zapisów monitoringu i zdarzeń, które w ocenie Zamawiającego uzasadniają podejrzenie, iż dochodziło do dosypywania odpadów pochodzących z hali znajdującej się na terenie bazy, do śmieciarek wyjeżdżających po odbiór odpadów na teren Gminy Zielonki. Do zdarzeń tych miało dochodzić w dniach: 01.06.2022r, 08.06.2022 r., 14.06.2022 r., 20.06.2022 r., 23.06.2022 r., 3.08.2022 r., 9.08.2022 r., 18.08.2022 r., 19.08.2022 r., 12.09.2022 r., 14.09.2022 r., 20.09.2022 r., 23.09.2022 r., 26.09.2022 r., 28.09.2022 r., 4.10.2022 r., 5.10.2022 r., 7.10.2022 r., 12.10.2022 r., 18.10.2022 r. Powyższe mogło powodować, że ilość odpadów będących podstawą rozliczenia między stronami była wyższa, niż faktyczna ilość odpadów odebranych z terenu Gminy Zielonki. Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy odniesienia się do tych zdarzeń, w szczególności w kontekście oceny tego, czy w rzeczonych przypadkach nie doszło do „zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych” w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy. W mailu Zamawiający wskazał na linki z nagraniami.

Analogicznego wezwania Zamawiający nie kierowała do głównego wykonawcy/strony umowy – W. S. (Odwołujący nr 2).

Ponadto, w dniu 24.11.2022 r. Zamawiający przeprowadził rozmowę z Kierownikiem Sortowni należącej do Tamax Sp. z o.o. na okoliczność świadczenia odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy Zielonki, w trakcie której Kierownik złożył oświadczenie, że żadne odpady nie były dosypywane, a pojazdy przed wyjazdem na teren Gminy Zielonki zawsze były sprawdzane i wyjeżdżały puste. Podobne ustalenia Zamawiający poczynił w rozmowach z pracownikami Tamax (notatki służbowe z 24.11.2022 r.).

W piśmie z 24.11.2022 r. PUK TAMAX Sp. z o.o. wskazał na ogólny charakter wezwania, co uniemożliwiało zidentyfikowanie zdarzenia/okoliczności, które miałyby podlegać wyjaśnieniu.

W piśmie z 25.11.2022 r. PUK TAMAX Sp. z o.o. zaprzeczając domniemaniom Zamawiającego wskazał, iż *obowiązek sprawdzenia stanu śmieciarki przed wyjazdem z bazy spoczywa na kierowcy – jest to odgórne polecenie pracodawcy*. Nie odniósł się do nagrań wskazując jedynie, że je przeanalizował i jednocześnie odniósł się do możliwości nadzoru nad pojazdami w trakcie świadczenia usługi zarówno ze strony Zamawiającego, jak i właściwych służb. Ponadto, dla uwiarygodnienia twierdzeń wskazał, iż dokonuje dodatkowych ważeń odpadów (rano -pusty pojazd, po trasie - pełny pojazd) na wadze, na terenie Gminy Zielonki.

Zamawiający uzupełnił wezwanie przekazując Wykonawcy nagrania i wskazując na konkretne zdarzenie oraz przesunął termin na złożenie wyjaśnień do 1.12.2022 r.

W wyjaśnieniach z 30.11.2022 r. Wykonawca PUK TAMAX Sp. z o.o. oświadczył, iż na nagraniach wskazanych przez Zamawiającego sytuacje wynikały *ze stosowanej od dawna procedury kompaktowania odpadów za pomocą urządzenia zgniatającego pojazdu. Odpady po kompaktowaniu trafiały na sortownię TAMAX Sp. z o.o. Nadmieniamy, iż nadal wykorzystujemy pojazdy typu śmieciarka do kompaktowania i zgniatania różnego rodzaju odpadów, w tym też budowlanych, gabarytowych itp. Z uwagi na realizację projektu unijnego układ urządzeń na hali sortowni został zmieniony, a część z nich zlikwidowana. Dziwnym jest fakt, że Państwo widząc na kamerach w/w zdarzenie, nie pytali o nie wcześniej. Biorąc pod uwagę charakter, jaki sprawa przybrała, dziwi również brak Państwa reakcji poprzez np. próbę zważenia pojazdów na pusto w momencie wjazdów na teren Gminy Zielonki.*

Odpady, o które Państwo pytają zostały na terenie Spółki Tamax. Śmieciarka kierowana do obsługi Gminy Zielonki, zawsze wyjeżdżała pusta. Jej zabudowa nie była doładowywana. Samochody sprawdzane są przez kierowców rozpoczynających pracę danego dnia, co potwierdzają przesłane Państwu w poprzedniej korespondencji notatki służbowe.

W dniu 12.12.2022 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Konsorcjum i odrzucił dwie pozostałe oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. Zamawiający uznał, iż wobec PUK TAMAX Sp. z o.o. zachodzi podstawa wykluczenia z postępowania w oparciu o treść art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 oraz 10 w zw. z art. 110 Ustawy. W uzasadnieniu Zamawiający odniósł się do zdarzeń utrwalonych na nagraniach i utrzymał swoją ocenę, jako działania naruszającego uczciwość Wykonawcy przez dosypywanie śmieci do śmieciarek przed wyjechaniem na trasę odbioru odpadów z terenu Gminy Zielonki. Szczegółowy opis zdarzeń zamieścił w załączniku nr 1 do informacji. Prowadzić miało to do wypłaty wyższego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy – W. S., w stosunku do rzeczywistej

ilości odebranych odpadów (różnicę Zamawiający oszacowała pomiędzy 200 a 800 tys. zł). Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie przedstawił wiarygodnych twierdzeń, które mogłyby pozwalać na inną prawdopodobną ocenę opisanych zdarzeń. Z uwagi na zorganizowany i długotrwały proceder Zamawiający uznał, iż działania miały charakter świadomy, a Wykonawca powinien był poinformować Zamawiającego o tych zdarzeniach, a brak tej informacji wypełniać miał również podstawę do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Ustawy Pzp. Zamawiający wskazał również na brak podjęcia czynności zmierzających do samooczyszczenia w rozumieniu art. 110 Ustawy Pzp.

Jednocześnie Zamawiający w oparciu o treść art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 Ustawy Pzp dokonał wykluczenia z postępowania W. S.. W uzasadnieniu wskazał na okoliczności kwalifikujące zdarzenia będące udziałem podwykonawcy PUK TAMAX Sp. z o.o., jako wypełniające przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp. Zamawiający uznał, iż do nieprawidłowości doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zamówienia, który odpowiada za dobór podwykonawcy. Zamawiający wezwał wykonawcę do zapłaty kary umownej w wysokości 800 tys. Wykonawca nie podjął czynności zmierzających do samooczyszczenia w rozumienia art. 110 Ustawy Pzp.

Odwołujący nr 2 został wezwany przez Zamawiającego, przed wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem jego oferty, do zapłaty kary umownej w kwocie 800 tys. zł w zakresie realizacji umowy przez jego podwykonawcę. Na posiedzeniu, jak i w odwołaniu Wykonawca kwestionował zasadność roszczeń Zamawiającego, jednocześnie wyjaśnił, iż naliczona kara w części została już potrącona z wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu świadczenia usługi i spodziewa się, że kolejna część również zostanie potrącona.

Na rozprawie przeprowadzone zostały dowody z nagrań kamer zamieszczonych na śmieciarkach Wykonawcy PUK TAMAX Sp. z o.o. ze wskazanych zdarzeń, które Zamawiający uznał za działania prowadzące do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez PUK TAMAX Sp. z o.o. Ponadto, Izba dopuściła i przeprowadziła dowód zgłoszony przez Odwołującego nr 1, tj. nagranie prezentujące proces, jaki miał się odbywać we wskazanych przez Zamawiającego nagraniach, widoczny z innego ujęcia – nagrany telefonem komórkowym przez Odwołującego w dniu 2 stycznia 2023 r. O przeprowadzenie tego dowodu wnioskowali również Zamawiający i Odwołujący nr 2.

Zamawiający złożył również zdjęcia wykonane z zapisów kamer zamontowanych na pojeździe, który uczestniczył w zdarzeniach z miejsca parkowania na terenie bazy lub przed bazą, z końca zmiany (zaparkowany) i z rana, przed wyjazdem na trasę. Zdjęcia uzupełniają opis naruszeń do jakich miało dojść w dniu:

- 28.09.2022 r. – załadunek odpadów od godziny 13:08 do 13:26 – samochód o nr rej. KR3XH76 zaparkowany o godzinie 13:27 i wyjeżdża z bazy 06.10.2022 r. o godzinie 05:16;
- 05.10.2022 r. - załadunek odpadów od godziny 11:56 do 12:22 – samochód o nr rej. KR3XH76 zaparkowany o godzinie 12:24 i wyjeżdża z bazy 29.09.2022 r. o godzinie 05:31;
- 07.10.2022 r. - załadunek odpadów od godziny 12:41 do 13:02 – samochód o nr rej. KR3XH76 zaparkowany o godzinie 13:04 i wyjeżdża z bazy 10.10.2022 r. o godzinie 05:15;
- 12.10.2022 r. - załadunek odpadów od godziny 11:50 do 12:10 – samochód o nr rej. KR3XH76 zaparkowany o godzinie 12:19 i wyjeżdża z bazy 13.10.2022 r. o godzinie 04:01; Ponadto, Zamawiający wykonał zdjęcie z kamery z momentu przekazania odpadów na terenie instalacji w Zawierciu w dniu 12.10.2022 r., godzina 10:37 z zaznaczonym fragmentem, na którym widoczne są opony zmieszane z pozostałymi odpadami.

Poza nagraniami Zamawiający przedłożył opis wybranych zdarzeń sporządzony w oparciu o materiał utrwalony z kamer zamontowanych na pojeździe.

Odwołujący W. S. przedłożył kopię umowy nr NEO.271.2.2021 z 17.12.2021 r zawartą z Zamawiającym na odbiór i zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (20 03 01) w roku 2022 r. oraz umowy zawartej w dniu 27.12.2021 r. z podwykonawcą – S. C.działającym pod firmą PUK TAMAX S. C.. Wskazane w § 6 obu umów wynagrodzenie jest takie samo i określone zostało stawką 925,00 zł netto/999,00 zł brutto. W umowie z Podwykonawcą dodatkowo zamieszczona została klauzula: „Od każdej faktury wystawionej przez Podwykonawcę odliczana będzie stała – ryczałtowa kwota dla WYKONAWCY w wysokości 216,00 zł brutto (200,00 zł netto)”. Zgodnie z § 5 ust. 9 umowy NEO.271.2.2021 *Za działania i zaniechania podwykonawców, dalszych podwykonawców Wykonawca odpowiada jak za działania i zaniechania własne.* W czerwcu 2022 r. przedsiębiorca S. C. będący osobą fizyczną przekształcił swoją działalność gospodarczą w jednoosobową spółkę kapitałową – PUK TAMAX Sp. z o.o. w trybie art. 551 § 5 w zw. z art. 584¹ i następnie KSH.

Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchania kierownika bazy PUK TAMAX Sp. z o.o., który jako jedyny ze świadków zgłoszonych przez Odwołującego nr 1 stawił się w terminie posiedzenia Izby, uznając iż jego zeznania nie będą służyły wyjaśnieniu istotnych okoliczności utrwalonych na nagraniach z kamer, co również potwierdzają wyjaśnienia PUK TAMAX Sp. z o.o., w których Wykonawca wskazywał, iż obowiązek sprawdzenia stanu pojazdu (czy jest pusty) spoczywał na kierowcy samochodu. Odwołujący nr 1 wyjaśnił, iż choroba kierowcy uniemożliwiła jego stawienie się na rozprawie celem złożenia zeznań.

W świetle powyższego Izba dokonała rozpoznania w oparciu o materiał dowodowy przedstawiony przez Zamawiającego, na którym spoczywał ciężar wykazania spełnienia przesłane wykluczenia z postępowania obu Odwoływających się.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

W odniesieniu do odwołania PUK TAMAX Sp. z o.o. Izba uznała, iż Zamawiający miał podstawy do stwierdzenia, iż dopuścił się on zawinionego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważających uczciwość tego Wykonawcy, które wypełniały przesłankę do wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Zabezpieczone i przedstawione dowody z zapisu nagrań kamer na pojeździe o nr rejestracyjnym KR3XH76, którym odbierane były odpady z terenu Gminy Zielonki, wraz z zapisami z rejestratorów GPS, w ocenie składu orzekającego, wskazują na poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez kierowanie po odbiór odpadów od Zamawiającego pojazdu, na którym znajdowały się inne śmieci, co zwiększało ilość odpadów przekazywanych do instalacji w miejscowości Zawiercie. Izba nie odniosła się do kwestii zawyżenia wynagrodzenia i ustalenia wysokości szkody, jaką miał ponieść z tego tytułu Zamawiający, które to okoliczności nie zostały przez Zamawiającego wykazane dowodowo. Ponadto, w ocenie składu orzekającego, okoliczności te nie miały znaczenia dla oceny stopnia zawinienia, czy też wagi naruszeń do jakich dopuścił się dalszy podwykonawca umowy NEO.271..2.2021.

W odniesieniu natomiast do odwołania W. S. Izba uwzględniła zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Ustawy poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, że ewentualne nieprawidłowości w realizacji zamówienia przez spółkę PUK TAMAX Sp. z o.o. będącą podwykonawcą Odwoływającego w toku realizacji zamówienia, mogą odnosić bezpośredni skutek wobec Odwoływającego, jakby były działaniami osobiście podejmowanymi przez tego ostatniego i/lub leżącymi po jego stronie.

Poniżej Izba odniesie się do oddzielnie do każdego z odwołań.

I.

Oddalając odwołanie PUK TAMAX Sp. z o.o. decydującymi dla wyniku postępowania odwoławczego były dowody z nagrań wideo z kamer zamontowanych na pojeździe, którym odbierane były odpady z terenu Gminy Zielonki w roku 2022 r., które wraz z rejestratorami GPS zamontowanymi na pojazdach, stanowiły system monitoringu odbioru odpadów udostępniony Zamawiającemu. Odwoływający mając również dostęp do umieszczonych w chmurze nagrań, nie przedstawił innych, uzupełniających przebieg procesu związanego z wykorzystaniem pojazdów na terenie bazy, przed ich skierowaniem na trasę odbioru odpadów z terenu Gminy Zielonki. Przedstawiony przez Odwoływającego dowód w postaci

utrwalonego nagraniem z telefonu komórkowego przebiegu procesu „kompaktowania”, jaki miał się odbywać w trakcie zasypywania śmieci do odwołoka śmieciarki, w ocenie składu orzekającego, wskazał na jedyny możliwy wniosek, zgodny z twierdzeniem Zamawiającego, iż pojazd nie był „pusty” w momencie wyjazdu na trasę po odbiór odpadów. Możliwość ważenia pojazdu, na którą wskazywał Odwołujący w wyjaśnieniach kierowanych do Zamawiającego, nie została w żaden sposób utrwalona w zapisach rejestrów, a jak wskazał na rozprawie Wykonawca, wyjeżdżając na trasę pojazdy nie są ważone i to obowiązkiem kierowcy jest sprawdzenie, czy pojazd jest pusty. Tym samym, jedynym materiałem dowodowymi, na jakim swoje stanowisko opierał Zamawiający były nagrania i zapisy w rejestratorach GPS, które Izba poddała ocenie i doszła do tych samych wniosków, jak Zamawiający. Jednocześnie Izba uznała, iż nie było spornym stwierdzenie, iż pojazdami PUK TAMAX Sp. z o.o. odbierane były odpady z terenu Gminy Zielonki w związku z realizacją umowy NEO.271.2.2021, co nie zostało w żadnym z pism kierowanych przez PUK TAMAX Sp. z o.o., czy to do Zamawiającego, czy też w postępowaniu odwoławczym, zakwestionowane. Twierdzenie Odwołującego, jakoby za proces „kompaktowania” z wykorzystaniem pojazdów tego Wykonawcy odpowiadać miała spółka TAMAX Sp. z o.o., również wykorzystująca bazę, na której składowane były odpady, w ocenie Izby nie zostało wykazane. Ponadto, nawet jeżeli pojazdy Wykonawcy wykorzystywane są również do innych zadań, to nie zmienia to zapisu zdarzeń, w tym nie zaburza ich ciągu i związku z odbiorem odpadów z terenu Gminy Zielonki. Nie było również spornym pomiędzy stronami, iż nagrania zdarzeń, które prezentują proces zasypywania do odwołoka śmieciarki odpadów składowanych, zostały wykonane na terenie bazy PUK TAMAX Sp. z o.o. Potwierdzają to również wskazania z rejestratora GPS utrwalone na nagraniu przygotowanym przez Odwołującego w dniu 02.01.2023 r.

Odnosząc się zatem do dowodów przedstawionych przez Zamawiającego Izba uznała, iż są one wiarygodne, pochodzą z pewnego źródła, tj. zostały umieszczone w chmurze przez PUK TAMAX Sp. z o.o., a Zamawiający miał do nich dostęp w ramach nadzoru nad świadczeniem realizowanym w 2022 r. PUK TAMAX Sp. z o.o. nie zakwestionowała autentyczności tych nagrań, a jedynym kontrdowodem zapisu zdarzeń, do jakich miało dochodzić w miesiącach czerwiec, sierpień, wrzesień i październik 2022 r., był zgłoszony dowód z nagrania procesu odtworzonego na terenie bazy w dniu 2.01.2023 r., w celu przedstawienia przebiegu wcześniejszych zdarzeń z innego ujęcia. W ocenie składu orzekającego dowód ten nie mógł podważać zapisów z kamer, jako przygotowany na potrzeby postępowania dowodowego, a przede wszystkim wykonany nie w czasie rzeczywistym, w datach i godzinach, w jakich dochodziło do zasypywania pojazdu odpadami zgromadzonymi na terenie hali. Jednocześnie dowód potwierdził, w zestawieniu z zapisami danych zdarzeń, iż nie są wiarygodnym

wyjaśnienie Wykonawcy, jakoby miało mieć miejsce „kompaktowanie” odpadów, z wykorzystaniem pojazdu na terenie bazy.

Przede wszystkim, jak wyjaśniał to na rozprawie Przystępujący po stronie Odwołującego, jak i sam Odwołujący - proces kompaktowania odpadów wykonywany na pojeździe polegać miał na tym, że po załadowaniu odpadów do odwłoka, na skutek ich zgniecenia, rozdrobnienia powstawać miała rzadsza warstwa odpadu, która następnie jest przesiewana i trafia na sortownię, gdzie pozostały grubszy odpad jest poddawany dalszej obróbce. Odpady poddane kompaktowaniu, trafiają pod odwłok na ziemię i są następnie wygarniane przez pracowników, co prezentowane było również na nagraniu przygotowanym przez Odwołującego. Na nagraniu nie było widać żadnej taśmy, którą wysypujące się odpady miałyby być transportowane na sito, a wygarnianie odpadów spod śmieciarki odbywało się ręcznie przez pracowników. Do przeprowadzenia tego procesu konieczne było uniesienie części, jaką jest odwłok śmieciarki, tak aby zasypane odpady wypadły na ziemię i nie trafiły na pakę, jak ma to miejsce w normalnym położeniu tej części, gdy odpady po ich załadowaniu są zagarniane na pakę, a po wypełnieniu komory ładunkowej i podniesieniu odwłoku, następuje wyładunek odpadów przez ich wypchnięcie na zewnątrz.

Z 20 przypadków, jakie Zamawiający zarejestrował, 19 odbyło się na tym samym pojeździe o nr rejestracyjnym KR3XH76. Na potrzeby ustalenia podstawy faktycznej decyzji Zamawiającego na rozprawie odtworzono nagrania dla części zdarzeń.

Analiza nagrań z 11.10.2022 r., odtworzonych na rozprawie, dotyczy zdarzenia, które polegać miało na załadunku na pojazd dużej ilości opon samochodowych i ich wyładunku w dniu kolejnym na instalacji ZGK Zawiercie. Zapis rozpoczyna się o godzinie 06:49 widać, iż pojazd porusza się po terenie bazy i o godzinie 6:52 parkuje na terenie hali przy dużej ilości śmieci. Nie widać zmiany położenia kamery zamontowanej z tyłu na odwłoku śmieciarki w trakcie jazdy, jak i na terenie hali. Od godziny 7:20 rozpoczyna się załadunek śmieci i ich wsypywanie do odwłoka śmieciarki. O 7:22 zostają dowieszone innym pojazdem opony i dalej razem z pozostałymi śmieciami trafiają na pojazd. O godzinie 7:46 śmieciarka rusza do przodu na kilka kroków i znowu zatrzymuje się. Widać za pojazdem niewielką ilość śmieci, które następnie zostają zabrane przez inny pojazd (którym dowieszone zostały opony), który zatrzymuje się w zasięgu kamery. W trakcie nagrania widać dwóch pracowników, do których dołącza prawdopodobnie kierowca pojazdu dowożącego opony i jeszcze jedna osoba w innym stroju, niż pracownicy obecni w czasie nagrania przy śmieciarce. O godzinie 7:54 pojazd opuszcza halę i parkuje od 7:57 na zewnątrz. Ponownie zostaje przeparkowany o 9:18 również na terenie bazy i stoi do godziny 11:08. W tym czasie wskazania GPS automatycznie ulegają zmianom w oznaczeniu położenia pojazdu bez ruszania pojazdu z miejsca postoju (niewielkie zmiany zapisów z godziny: 10:34, 10:43, 10:45, 10:48, 10:49,

11:00, 11:06). Pojazd zaparkowany w pierwszym miejscu postoju o godzinie 11:10 zostaje przeparkowany o godzinie 12:16 i na tym kończą się zapisy z kamer (GPS: 50. 563648N, 020. 048487E). W dniu 12.10.2022 r. pojazd wyjeżdża na teren gminy w celu odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców, a ich wyładunek na instalacji ZGK Zawiercie następuje tego samego dnia o godzinie 10:37. Na nagraniu z wyładunku widoczny jest ruch odwłoka, kamera przesuwana się do góry. W czasie kiedy kamera zatrzymała obraz w miejscu, następuje wypchniecie odpadów z pojazdu i pojazd rusza bez zmiany pozycji kamery. Po opuszczeniu się odwłoka z kamerą widać to, co zostało wypchnięte z pojazdu, w tym opony samochodowe.

Skład orzekający uznał, iż z zapisów tego zdarzenia wynika, iż w trakcie załadunku odpadów na terenie hali PUK TAMAX Sp. z o.o. do śmieciarki, obecni byli przy pojeździe na stałe dwaj pracownicy, nadzorujący załadunek do pojemnika i przesywanie do odwłoka. Położenie kamery w momencie poruszania się pojazdu po terenie bazy, wjazdu do hali, jak i przy załadunku nie uległo zmianie, co sugerowałoby zmianę położenia odwłoka śmieciarki (jego podniesienia). Nie widać również żadnego elementu taśmy do transportu odpadów (po odjechaniu pojazdu), a pozostałe za pojazdem śmieci zostają zgarnięte przez inny pojazd. Powyższe prowadzi do wniosku, iż nie mogło mieć miejsca zagarnianie śmieci przez pracowników, które miałyby się wysypywać z odwłoka w trakcie trwania załadunku, co przy uwzględnieniu ilości śmieci, jakie zostały załadowane oznaczałoby konieczność przestoju w trakcie załadunku – a takiego nie było. Ponadto, dostępna wokół pojazdu przestrzeń musiałaby być dużo większa dla zgarnięcia tak dużej ilości odpadów, jaka została mechanicznie zasypana. Na nagraniu od Odwołującego widać, że całość odpadów załadowanych do odwłoka wypaść miałaby pod pojazd. Nie wskazują na to oryginalne nagrania z momentu zdarzenia. W świetle powyższego, wyjaśnienia składane Zamawiającemu i podtrzymane na rozprawie, co do rzekomego kompaktowania odpadów, skład orzekający ocenił za niewiarygodne.

Kolejnym zdarzeniem, dla którego odtworzone zostały na rozprawie nagrania, dotyczy załadunku odpadów w dniu 20.06.2022 r. na pojazd o nr rejestracyjnym KR3XH76. O godzinie 5:07 rusza z miejsca postoju na terenie bazy i wjeżdża do hali o 5:09, gdzie czeka dwóch pracowników przy odpadach, które od godziny 5:21 są ładowane do śmieciarki. W tym czasie pracownicy po każdorazowym opuszczeniu pojemnika wrzucają do niego części odpadów, które się zaczepiły i o 5:26, od razu po zasypaniu szóstego pojemnika śmieciarka wyjeżdża przed teren hali, gdzie się zatrzymuje. Od 5:28 zaczyna się ponownie zasywanie śmieciarki odpadem sypkim, łącznie pięć pojemników. Proces kończy się o 5:32 i śmieciarka od razu rusza w trasę na teren Gminy Zielonki (5:35). O godzinie 11:25 rozpoczyna się

wyładunek odpadów na terenie instalacji ZGK Zawiercie (podnosi się odwłok) i o 11:26 pojazd skończył wyładunek i opuścił teren instalacji.

Analiza tego nagrania wskazuje po pierwsze, że po załadunku odpadów na śmieciarkę na terenie hali PUK TAMAX Sp. z o.o. i wyjechaniu z hali, jak również spod hali po kolejnej partii odpadów wsypanych na pojazd, na gruncie nie pozostały żadne odpady. Również dwóch pracowników nadzorujących ten proceder nie wykonywało innych czynności. Z uwagi na tempo i załadunku jak i natychmiastowe odjechanie pojazdu, nie było czasu na wykonanie czynności prezentowanych na poglądowym nagraniu od Odwołującego. Powyższe, w ocenie składu orzekającego, wskazywało na niewiarygodność wyjaśnień Odwołującego, iż odpady miały wypadać pod pojazd, a nie trafiać do części ładunkowej. Również z nagrania nie wynika, aby pojazd przechodził jakąkolwiek kontrolę kierowcy, który ruszył bezpośrednio po zakończonym załadunku pojazdu na trasę.

Na podstawie tych dwóch zdarzeń, skład orzekający uznał, iż potwierdziły się ustalenia Zamawiającego, co do faktu dosypywania odpadów na pojazd, który następnie zbierał odpady z terenu Gminy Zielonki i przekazywał dalej do instalacji w Zawierciu. Odwołujący nie przedstawił innych nagrań dla zdarzeń wskazanych przez Zamawiającego, które mogłyby zmieniać okoliczności związane z wykorzystaniem pojazdów, a jak wyjaśniał, system monitoringu nie był wyłączany, co oznacza, że kamery uruchamiały się automatycznie w momencie włączenia silnika śmieciarki.

Powyższe wyczerpuje przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy i już tylko na tej podstawie uzasadniało wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Ustawy. Utrwalony zapis czynności, do jakich dochodziło na terenie bazy PUK TAMAX Sp. z o.o., podważa zaufanie do Wykonawcy i jego uczciwości. Działanie polegające na dosypywaniu odpadów, które nie były odbierane od Zamawiającego, ale trafiały z nimi na teren instalacji, za co płacił Zamawiający, stanowią o rażącym naruszeniu obowiązków zawodowych, prowadząc do nienależytego wykonywania przekazanej do wykonania podwykonawcy/dalszemu podwykonawcy usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia. Jako poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych było również mieszanie odpadów w trakcie załadunku, a w szczególności zużytych opon, które podlegają innym procesom zagospodarowania, niż odpady komunalne. Powyższe czyniło zasadnym wykluczenie Wykonawcy z postępowania, której to oceny nie zmieniły wyjaśnienia Odwołującego, a przedstawione nagranie, wręcz podważało, w zestawieniu z autentycznymi nagraniami zdarzeń, jego twierdzenie o rzekomym kompaktowaniu odpadów z wykorzystaniem pojazdu, który następnie odbierał odpady z terenu Gminy Zielonki. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił żadnych innych przekonujących dowodów, które

pozwołyby inaczej ocenić utrwalone na kamerze zdarzenia, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, iż ocena Zamawiającego była nieuzasadniona.

Potwierdzenie się podstawy do wykluczenia Odwołujące z postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy, powodowało, iż nie było koniecznym odnoszenie się do pozostałych podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania, co nie zmieniałoby sytuacji tego Wykonawcy w postępowaniu.

II.

Izba uwzględniła odwołanie Wykonawcy W. S.

Zasadniczym stało się odniesienie do wykładni przesłanki wskazanej przez Zamawiającego w decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, tj. art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, stanowiącego, iż wykluczeniu podlega wykonawca, *który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.*

Na tle zawisłego sporu powstało zagadnienie prawne wymagające rozważenia w odniesieniu do sytuacji wykonawcy zamówienia publicznego, który powierzył wykonanie tego zamówienia w całości podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, za których działania odpowiada przed Zamawiającym na podstawie art. 462 ust. 8 Ustawy. Należało w niniejszej sprawie rozstrzygnąć, czy odpowiedzialność kontraktowa wykonawcy oznacza, iż wykonawca ponieść może konsekwencje o charakterze sankcyjnym w postaci wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, jeżeli przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania leżą wyłącznie po stronie podwykonawcy.

Pomocnym, dla tych rozważań może być stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych, wyrażone w wyroku z dnia 17.06.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 71/22, na potrzeby ustalenia, czy zobowiązanie do zapłaty kary umownej przez konsorcjum oznacza brak konieczności wskazania konkretnego członka konsorcjum, który doprowadził do niewykonania lub długotrwałego nienależytego wykonania zobowiązania, dla zastosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Według Sądu, *fakt, iż wykonawca jest częścią konsorcjum realizującego przedmiot zamówienia publicznego, zobowiązanego do zapłacenia kary umownej ze względu na niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie oznacza jeszcze, że niewykonanie lub długotrwale nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn leżących po stronie tego konkretnego członka konsorcjum.* Dalej Sąd wskazał na obowiązek

zamawiającego do dogłębnego przeanalizowania sprawy i wykazania, że wykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego wynikającego z wcześniejszej umowy, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Z uwagi na potrzebę badania przyczyn, które doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jak również wskazania tego, kto za te przyczyny odpowiada, należy uznać, iż nie można z automatu, przez samo powołanie się na odpowiedzialność wykonawcy za należyte wykonania zamówienia powierzonego podwykonawcy, stwierdzić, że za przyczyny, które prowadziły do naruszenia zobowiązania odpowiada wykonawca. Jednocześnie należy podkreślić, iż odpowiedzialność wykonawcy za podwykonawcę na gruncie przepisu art. 462 ust. 8 Ustawy ma charakter odpowiedzialności kontraktowej, z której wykonawca nie może się zwolnić z powołaniem się na fakt braku osobistego działania, co wynika z kodeksowej regulacji odpowiedzialności kontraktowej objętej art. 474 k.c. Odpowiedzialność ta kształtowana jest na zasadzie ryzyka i nie można się z niej zwolnić, nawet wykazując, że, że wykonanie umowy powierzono profesjonalistcie.

Tymczasem, jak wskazano w przywołanym wyroku *Wykluczenie z postępowania jest, w ocenie sądu okręgowego, quasi sankcją karną, zatem wszystkie przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy powinny być szczegółowo zbadane*. Sankcja wykluczenia z postępowania, która na podstawie art. 111 pkt 4 Ustawy rozciąga się w czasie na okres 3 lat od zdarzenia, wykracza poza odpowiedzialność kontraktową wykonawcy, w tym odpowiedzialność odszkodowawczą wobec zamawiającego.

Podzielając w tym zakresie stanowisko Odwoływającego należy wskazać za Odwoływającym, 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.

Odnosząc powyższe do okoliczności ustalonych w sprawie należy wskazać, iż Zamawiający w ogóle nie badał w jaki sposób zachowania podwykonawcy mogły mieć związek z realizacją obowiązków przez wykonawcę W. S.. Powyższe potwierdza chociażby brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i umożliwienia odniesienia się do nagrań, które Zamawiający analizował. Skoro zamówienia zostało w całości powierzone podwykonawcy, to uprawnione staje się stwierdzenie, iż wykonawca główny w ogóle nie uczestniczył w czynnościach związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów od Zamawiającego. Zamawiający ustalając odpowiedzialność podwykonawcy za naruszenie obowiązków zawodowych, rozciągnął na wykonawcę odpowiedzialność za działania, w których udziału tego podmiotu nie potwierdzają nagrania.

Bezsporna kwestia odpowiedzialności kontraktowej W.S. wobec Zamawiającego nie może zastąpić, czy też zwolnić z badania przyczyn i wskazania odpowiedzialnego za działania, które prowadziły do niewykonania w znacznym stopniu lub zakresie lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypłaty odszkodowania, które Zamawiający potrącił z wynagrodzenia wykonawcy. Jak każda podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia musi zostać przez Zamawiającego wykazana. W badanej sprawie nie zostało przez Zamawiającego wykazane, iż za naruszenie obowiązków zawodowych innego samodzielnego podmiotu, można obarczyć odpowiedzialnością traktowaną, jako „sankcyjna”, czy też „administracyjna” wykonawcę głównego zamówienia. Do takiego wykazania koniecznym byłoby poczynienie takich ustaleń, które pozwoliłyby na stwierdzenie, iż przyczyny nienależytego wykonania zamówienia, które prowadziły do naruszenia zobowiązania umownego, spoczywały również po stronie głównego wykonawcy.

W świetle powyższego skład orzekający uznał, iż 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 podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy Izba uwzględniła odwołanie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów Ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie składu orzekającego, pozostawienie w postępowaniu ważnej oferty należy ocenić, jako istotną zmianę wyniku postępowania, w którym wcześniej tylko jedna oferta podlegała ocenie i wyborowi. Chociaż nie ma podstaw do zmiany wyniku rozumianego, jako wskazanie oferty najkorzystniejszej (takiego żądania również nie formułował Odwołujący), to wynikiem postępowania jest również wskazanie ofert, które nie podlegały odrzuceniu, o czym

Zamawiający informuje w zawiadomieniu o wyniku postępowania. Uchylenie decyzji o wykluczeniu Wojciecha Stracha z postępowania zmienia informację przekazaną w zawiadomieniu o wyniku postępowania. Nie można również pozbawić racji stanowiska Odwołującego, iż sankcja wykluczenia Wykonawcy z tego postępowania ma również wpływ na możliwość jego udziału w kolejnych procedurach przetargowych i możliwość uzyskania innych zamówień. Tym samym oddalenie odwołania, w sytuacji gdy potwierdził się zarzut naruszenia Ustawy, prowadziłoby do utrzymania wyniku, w którym Wykonawca zostaje wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, co miałoby konsekwencje dla tego Wykonawcy w kolejnych postępowaniach przetargowych. Mając na uwadze postulat zapewnienia efektywności środków ochrony prawnej, które mają służyć ochronie interesów wykonawców w zamówieniach publicznych, przyjęcie wąskiego rozumienia „wyniku postępowania”, jako wskazania tylko oferty najkorzystniejszej, uniemożliwiłoby uwzględnienie odwołania wobec czynności podjętych w postępowaniu z naruszeniem Ustawy. Należy uwzględnić szczególną sytuację wykonawców, dla których decyzja o wykluczeniu z postępowania faktycznie prowadzi do eliminacji z przyszłych zamówień, co może prowadzić do dużo większej szkody, niż ta jaką jest brak uzyskania przedmiotowego zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 7 ust 1 pkt 1 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, a także koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 3445/22 oraz Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3436/22, w wysokości ustalonej na podstawie rachunków złożonych przez zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi odpowiednio Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 3436/22 i Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 3445/22.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....