

Sygn. akt: KIO 890/22
Sygn. akt: KIO 893/22
Sygn. akt: KIO 894/22
Sygn. akt: KIO 895/22
Sygn. akt: KIO 896/22
Sygn. akt: KIO 897/22
Sygn. akt: KIO 898/22
Sygn. akt: KIO 910/22
Sygn. akt: KIO 911/22

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 i 30 marca 2022 r. przez wykonawcę **M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka – Leszczyny,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu we wszystkich dziewięciu postępowaniach będących przedmiotem postępowania odwoławczego: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy: M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A.,

ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 90 000 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem dziewięciu wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, na rzecz odwołującego: M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka – Leszczyny, kwotę 122 400 zł 00 gr (sto dwadzieścia dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisów od odwołań i wynagrodzeń pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 890/22

Sygn. akt: KIO 893/22

Sygn. akt: KIO 894/22
Sygn. akt: KIO 895/22
Sygn. akt: KIO 896/22
Sygn. akt: KIO 897/22
Sygn. akt: KIO 898/22
Sygn. akt: KIO 910/22
Sygn. akt: KIO 911/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

- 1) Likwidacja 3 obiektów budowlanych wraz z infrastrukturą przynależną dla SRK S.A. Oddział KWK „Jas-Mos-Jastrzębie III” Ruch „Jas-Mos”, numer referencyjny: ZP-JM-0001/22; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 04.02.2022 r., nr 2022/BZP 00045834/01,
- 2) Likwidacja obiektów budowlanych szybu Jas VI wraz z infrastrukturą przynależną dla SRK S.A. Oddział KWK „Jas-Mos – Jastrzębie III” Ruch „Jas-Mos”, numer referencyjny: ZP-JM-0025/21; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24.01.2022 r., nr 2022/BZP 00032274/01,
- 3) Rozbiórka 8 obiektów budowlanych zlokalizowanych na terenie SRK S.A. Oddział w Suszcu KWK „Krupiński” wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia, numer referencyjny: ZP-K-0016/21; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.01.2022 r., nr 2022/BZP 00026897/01,
- 4) Likwidacja 23 obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Piekary I”, w tym Część 1 - 7, numer referencyjny: ZP-PI-0003/21; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.04.2021 r., nr 2021/BZP 00030656/01,
- 5) Rozbiórka budynków związanych z Szybem „Julian IV” Oddziału KWK „Piekary I”, w tym budynku przetwornic Szybu IV, budynku nadszybia szybu „Julian IV”, budynku maszyny wyciągowej szybu „Julian IV”, numer referencyjny: ZP-PI-0007/21; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 04.11.2021 r., nr 2021/BZP 00256311/01,
- 6) Rozbiórka budynku łaźni kopalnianej i lampiarni SRK S.A. Oddział KWK „Piekary I” w Piekarach Śląskich, numer referencyjny: ZP-PI-0008/21; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26.11.2021 r.,

nr 2021/BZP 00286002/01,

- 7) Rozbiórka budynków związanych z Szybem „Julian II” SRK S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Piekary I” w Piekarach Śląskich, w tym budynku przetwornicy Szybu II, budynku nadszybia szybu „Julian II”, budynków maszyny wyciągowej szybu „Julian II”, numer referencyjny: ZP-PI-0009/21; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.01.2022 r., nr 2022/BZP 00033559/01,
- 8) Likwidacja szybu Jas VI w SRK S.A. Oddział KWK „Jas-Mos - Rydułtowy I”, Ruch „Jas-Mos”, numer referencyjny: ZP-JM-0008/21; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.08.2021 r., nr 2021/BZP 00150712/01,
- 9) Likwidacja obiektów budowlanych położonych w rejonie szybu „Pułaski” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Wieczorek II” z podziałem na 5 zadań, numer referencyjny: ZP-WII-0010/21; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 07.10.2021 r., nr 2021/BZP 00221319/01.

Pismami z dnia 23.03.2022 r. i 25.03.2022 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert wykonawcy M. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka – Leszczyny (dalej: „odwołujący”) w ww. postępowaniach.

W dniu 28.03.2022 r. i 30.03.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania, w których odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 287 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 275 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy zamawiający nie zdecydował się na przeprowadzenie negocjacji, do czego referuje przepis art. 287 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,
- 3) art. 111 pkt 4 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowań, podczas gdy zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów w celu wykazania zawinonego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez odwołującego w związku z realizacją przez niego umowy numer e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r.,
- 4) art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, bez zawiadomienia o stwierdzonych usterkach w związku z realizacją nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r., co w konsekwencji uniemożliwiło odwołującemu skorzystanie

z procedury self-cleaningu, o ile zamawiający dysponowałby dowodami nienależytego wykonania ww. zamówienia (którą to okoliczność odwołujący kwestionuje).

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„(...) Odwołujący był wykonawcą zamówienia publicznego pod nazwą „Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesoła I” Ruch KWK „Boże Dary” Część II”, zrealizowanego na podstawie umowy o roboty budowlane numer e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. Zamówienie polegało na rozbiórce nieczynnych torów kolejowych w rejonie nieczynnej bocznicy, w tym m.in. demontażu i pocięciu stalowych elementów szyn i trakcji kolejowej, demontażu i utylizacji podkładów kolejowych, demontażu i utylizacji kruszywa torowego oraz wypełnieniu powstałego koryta materiałem zasypowym.

Teren, na którym realizowano ww. roboty budowlane leży w rejonie zdegradowanym, zaniedbanym przez lata wyłączonym z czynnej eksploatacji w wyniku zakończenia działalności wydobywczej przez KWK „Boże Dary”. Działka, o której mowa leży poza granicami terenu zamkniętego i chronionego przez SRK S.A. Jednocześnie, w rejonie tym były uprzednio prowadzone inne roboty budowlane związane z przebudową infrastruktury kolejowej przez PKP.

Aktualnie okazało się, że w rejonie działki nr 207/13 w Katowicach Zamawiający ujawnił zakopane pod ziemią odpady, które zidentyfikował jako podkłady kolejowe. Zdaniem Zamawiającego stwierdzone odpady pochodzą z demontażu torowiska wykonywanego przez Wykonawcę w ramach umowy nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r.

Wykonawca kwestionuje argumentację przedstawioną przez Zamawiającego, albowiem:

- wykonał obowiązki wynikające z ww. umowy, które wiązały się w szczególności z „wywozem materiałów odpadowych pochodzących z placu budowy i ich utylizacji”, co potwierdzają m.in. karty przekazania odpadów oraz protokół odbioru robót podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego,
- odpady niebezpiecznie w postaci podkładów kolejowych Wykonawca przekazał uprawnionym podmiotom, które następnie dokonały zagospodarowania ww. odpadów w sposób zgodny z posiadanymi decyzjami administracyjnymi,
- teren objęty rozbiórką prowadzoną przez Wykonawcę na podstawie umowy nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. jest teren otwartym, nieogrodzonym, nieobjętym monitoringiem, pozbawionym ochrony fizycznej, co oznacza, że dostęp do działki nr 207/13 w Katowicach miała nieograniczona liczba osób, które mogły pozostawić tam odpady,
- w okresie poprzedzającym wykonanie zamówienia ZP-BD-0012/20 w zakresie Części II, w rejonie, gdzie Wykonawca realizował zamówienie na podstawie umowy numer e-Ru

- 112100003 z dnia 28.12.2020 r. oraz w rejonie działki nr 207/13 w Katowicach realizowano inne roboty związane z demontażem i przebudową torowisk kolejowych,
- w trakcie realizacji zamówienia ZP-BD-0012/20 w zakresie Części II, na podstawie umowy nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. nadzór inwestorski sprawowany przez Zamawiającego nie stwierdził żadnych uchybień w zakresie należytego wykonania tego zamówienia przez Wykonawcę,
 - po odbiorze robót budowlanych, w okresie gwarancji Zamawiający nie zgłaszał Wykonawcy jakichkolwiek usterek, roszczeń czy nieprawidłowości związanych z należyтым wykonaniem zamówienia, w tym usterek związanych z pozostawieniem przez Wykonawcę na terenie rozbiórki jakichkolwiek odpadów podlegających utylizacji w ramach umowy numer e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r.,
 - przed dokonaniem czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowań oznaczonych nr ZP-JM-0001/22, ZP-JM-0025/21, ZP-K-0016/21, ZP-PI-0003/21, ZP-PI-0007/21, ZP-PI-0008/21 oraz ZP-PI-0009/21 Zamawiający nie wysłuchał Odwołującego, nie umożliwił Odwołującemu dokonania przeglądu gwarancyjnego, a w konsekwencji uniemożliwił Odwołującemu wykonanie zobowiązań wynikających z udzielonej gwarancji i rękojmi.

II. 1. Należyte wykonanie przez Odwołującego zamówienia nr ZP-BD-0012/20.

(...) Nie jest prawdą pomówienie jakoby Odwołujący nie przekazał żadnym podmiotom trzecim odpadów w postaci podkładów kolejowych. Odpady niebezpiecznie w postaci podkładów kolejowych Odwołujący przekazał bowiem uprawnionym podmiotom, które następnie dokonały zagospodarowania ww. odpadów w sposób zgodny z posiadanymi decyzjami administracyjnymi. W toku rozprawy Odwołujący przedstawił dodatkowe dowody potwierdzające okoliczności związane z prawidłowym poddaniem utylizacji ww. odpadów.

Personel Zamawiającego sprawował stały nadzór nad realizacją robót rozbiórkowych przez Odwołującego, a następnie dokonał odbioru końcowego prac, gdzie nie zgłaszano żadnych zastrzeżeń związanych z rodzajem oraz ilością wywiezionych odpadów pochodzących z rozbiórki. Jeżeli Zamawiający kwestionuje obecnie ww. okoliczności, to Odwołujący będzie domagał się przeprowadzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa bądź zagospodarowania odpadów na okoliczność ustalenia, że rodzaj i ilość odpadów przekazanych przez Odwołującego do utylizacji pokrywa się z rodzajem i ilością robót rozbiórkowych (długością torowisk) zrealizowanych w ramach umowy nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r.

II.2. Charakter terenu, gdzie Zamawiający stwierdził istnienie zakopanych odpadów niebezpiecznych.

(...) Teren objęty rozbiórką prowadzoną przez Odwołującego na podstawie umowy nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. jest terenem otwartym, nieogrodzonym, nieobjętym monitoringiem, pozbawionym ochrony fizycznej, co oznacza, że dostęp do działki nr 207/13

w Katowicach miała nieograniczona liczba osób, które mogły pozostawić tam odpady. W okresie poprzedzającym wykonanie zamówienia ZP-BD-0012/20 w zakresie Części II, w rejonie, gdzie Odwołujący realizował zamówienie na podstawie umowy numer e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. oraz w rejonie działki nr 207/13 w Katowicach realizowano inne roboty związane z demontażem i przebudową torowisk kolejowych.

W konsekwencji, należy stwierdzić, iż pomiędzy stwierdzeniem istnienia zakopanych podkładów kolejowych a działaniem Odwołującego w związku z realizacją umowy numer e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. brak jest adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego.

Przedmiotowe odpady mogły pojawić się w miejscu zbadanym przez Zamawiającego zarówno przed wykonaniem zamówienia ZP-BD-0012/20 przez Odwołującego, jak i po zakończeniu realizacji umowy numer e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów łączących istnienie ww. znaleziska z zakresem obowiązków Odwołującego w ramach ww. zamówienia.

II.3. Niezgłoszenie usterek w ramach rękojmi i gwarancji jakości udzielonej przez Odwołującego w związku z wykonaniem umowy nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r.

Odwołujący podkreśla, że w związku z warunkami złożonej oferty przetargowej w postępowaniu numer ZP-BD-0012/20 oraz postanowieniami zawartej umowy nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. udzielił Zamawiającemu gwarancji jakości, z której Zamawiający mógł skorzystać w razie stwierdzenia usterek (podobnie jak z ustawowej rękojmi).

Odwołujący podkreśla, że po zakończeniu robót rozbiórkowych w ramach ww. kontraktu Zamawiający nie informował Odwołującego o stwierdzeniu jakichkolwiek usterek, w tym w szczególności istnienia nieusuniętych odpadów. Zamawiający nie kierował do Odwołującego roszczeń gwarancyjnych w formie reklamacji. Podobnie, Zamawiający nie kierował do Odwołującego żądań usunięcia usterek lub innych roszczeń w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego o rękojmi za wady.

Po otrzymaniu informacji o wykluczeniu Odwołującego z ww. postępowań Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyznaczenie terminu przeglądu gwarancyjnego.

W przypadku protokolarnego potwierdzenia istnienia wad na terenie objętym przedmiotem zamówienia ZP-BD-0012/20 Odwołujący potwierdził gotowość do usunięcia wszelkich nieprawidłowości pozostających w bezpośrednim związku przyczynowym z zakresem jego zobowiązania wynikającego z umowy.

II.4. Brak zapewnienia Odwołującemu możliwości udziału w czynnościach kontrolnych związanych z umową nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r.

Przed poinformowaniem Odwołującego o wykluczeniu go z postępowań (...) Zamawiający nie wysłuchał Odwołującego, nie umożliwił Odwołującemu dokonania przeglądu gwarancyjnego, a w konsekwencji uniemożliwił Odwołującemu wykonanie zobowiązań

wynikających z udzielonej gwarancji i rękojmi. Brak uprzedzenia Odwołującego o zamiarze dokonania przeglądu działki numer 207/13 uniemożliwił Odwołującemu wzięcie udziału w tych czynnościach kontrolnych oraz wypowiedzenie się co do ich przebiegu i rezultatów.

Wykluczenia Odwołującego z postępowań nastąpiło zatem przedwcześnie, z naruszeniem elementarnych zasad postępowania związanych z prawem do obrony, prawem do zabrania głosu oraz prawem do wywiązania się z obowiązków kontraktowych związanych z udzieloną gwarancją i rękojmią (pod warunkiem stwierdzenia rzeczywistych wad / usterek).

W konsekwencji, o ile stwierdzone znalezisko miałoby jakikolwiek związek z działaniem Odwołującego (którą to okoliczność Odwołujący kwestionuje) Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu skorzystanie z procedury self-cleaningu.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia ofert odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowań,
- 3) unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty odwołującego – w postępowaniach nr ZP-JM-0008/21 i ZP-WII-0010/21.

Pismem z dnia 11.04.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołania, w której wniósł o ich oddalenie w całości.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówień w dziewięciu postępowaniach nr ZP-JM-0001/22, ZP-JM-0025/21, ZP-K-0016/21, ZP-PI-0003/21, ZP-PI-0007/21, ZP-PI-0008/21, ZP-PI-0009/21, ZP-JM-0008/21 i ZP-WII-0010/21, jest likwidacja obiektów budowlanych na terenach górniczych.

Zamawiający przewidział w swz przesłankę wykluczenia wykonawców w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W postępowaniach nr ZP-JM-0008/21 oraz ZP-WII-0010/21 zamawiający początkowo wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą, ale następnie pismem z dnia 25.03.2022r. unieważnił czynność wyboru oferty.

Pismami z dnia 23.03.2022 r. i 25.03.2022 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert odwołującego w dziewięciu postępowaniach, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a)

ustawy Pzp, jako złożonych przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. W uzasadnieniu (tożsamym dla każdego z dziewięciu postępowań) zamawiający wskazał:

„Zdarzenie, które stanowi podstawę wykluczenia, to zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych oraz nienależyte wykonanie zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów (opisanych poniżej).

Uzasadnienie

W związku z realizacją umowy zawartej pomiędzy SRK S.A. jako Zamawiającym a ww. Wykonawcą w wyniku przeprowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych postępowania o udzielenie zamówienia nr ZP-BD-0012/20 Część II pn.:

Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłowice - Wesoła I” Ruch KWK „Boże Dary” z podziałem na trzy zadania:

- Zadanie I - Likwidacja - tory zdawczo-odbiorcze z szyn S-49;*
- Zadanie II - Likwidacja - tor odstawy kamienia;*
- Zadanie III - Likwidacja - trakcja elektryczna na torach zdawczo-odbiorczych (słupy trakcyjne, semafony, lampy oświetleniowe).*

Umowa nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. oraz niewywiązaniem się przez Wykonawcę z obowiązków zawodowych w trakcie wykonywania robót na podstawie zamówienia publicznego nr ZP-BD-0012/20 i niewykonaniem należycie w/w zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w zakresie realizacji udzielonego zamówienia, oferta złożona przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu podlega odrzuceniu ze względu na jej złożenie przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Wykluczenie następuje na podstawie art. 111 pkt 4 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku z uwagi na fakt, iż Wykonawca ten 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 nienależyte wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Zgodnie z protokołem końcowym odbioru robót z dnia 21 .12.2021 r. Wykonawca przedłożył łącznie 20 kart przekazania odpadów od dwóch firm:

- VAMMUS Sp. z o.o. z s. Żory - odpad niebezpieczny 17 02 04* (drewniane podkłady kolejowe) w ilości 259,2 ton - 10 transportów,*
- FOXMET sp. z o.o. - odpad 17 01 01 (odpady betonu oraz gruz betonowy) w ilości 88,2 ton - 7 transportów oraz odpad 17 05 08 (tłuczeń torowy - kruszywo) w ilości 59 ton - 3 transporty.*

Jak okazało się w związku z przeprowadzonymi przez SRK S.A. w miesiącu marcu 2022

roku czynnościami kontrolnymi Wykonawca nie przekazał żadnym podmiotom trzecim w/w odpadów.

Dokonując czynności kontrolnych stwierdzono, iż Pani M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. FOXMET M.C. nie wywiązała się z warunków umowy. Wykonawca, działając podstępnie, dokonał zasypania odpadów niebezpiecznych w postaci podkładów kolejowych, które zostały ukryte w miejscu prowadzenia prac związanych z likwidacją torowiska, na działce nr 207/13 w miejscowości Katowice stanowiącej własność SRK S.A. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostało jednoznacznie określone, że Wykonawca zobowiązany jest do cyt. „wywozu materiałów odpadowych pochodzących z placu budowy i ich utylizację”.

Ponadto w pkt opisanym pod nazwą „ochrona środowiska” Wykonawca zobowiązany został do przedsięwzięcia środków ograniczających wpływ prowadzonych prac na środowisko naturalne, a w szczególności gospodarowania powstałymi odpadami zgodnie z Ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r., poz. 779).

Podsumowując należy uznać, że odpady ujawnione w wykopach ziemnych na terenie RP Boże Dary świadczą o tym, że Wykonawca nie tylko nie wykonał prawidłowo zamówienia publicznego objętego postępowaniem o sygn. ZP-BD-0012/20, ale także poważnie naruszył przepisy o ochronie środowiska i tym samym w sposób rażący naruszył obowiązki zawodowe. Zgodnie z Ustawą o odpadach zabronione jest unieszkodliwianie tego typu odpadów w procesach D1 poprzez składowanie w gruncie lub na powierzchni ziemi oraz D2 - poprzez przetwarzanie w glebie i ziemi. Podkłady kolejowe można poddać unieszkodliwieniu w procesie D5 poprzez składowanie na składowiskach w sposób celowo zaprojektowany (np. umieszczenie w uszczelnionych oddzielnych komorach) bądź w procesie D10 poprzez przekształcenie termiczne na łądzie. Tym samym należy stwierdzić, że podkłady kolejowe ujawnione w wykopie na terenie RP Boże Dary posiadają właściwości niebezpieczne i ze względu na znaczną ilość i sposób składowania poprzez ich zakopywanie pod powierzchnią gruntu, stanowią zagrożenie dla środowiska naturalnego.

Mając powyższe na uwadze w związku z treścią art. 111 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku wykluczenie Wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 tej ustawy na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z niniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy

Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówień oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

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

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, 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 dowodów.

Zgodnie z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje, w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniach, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wykluczając wykonawcę z postępowania zamawiający zobowiązany jest wykazać ziszczenie się przesłanek wykluczenia lub odrzucenia oferty. Oznacza to, że na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że w stosunku do danego wykonawcy zaistniały okoliczności wskazane w przepisie będącym podstawą jego wykluczenia lub odrzucenia jego oferty i że w związku z tym czynność wykluczenia/odrzucenia jest zasadna. Dodatkowo w przypadku art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ustawodawca wprost wskazał, że przesłanki wykluczenia zawarte w tym przepisie zamawiający musi być w stanie „wykazać za pomocą stosownych dowodów”.

W przedmiotowej sprawie zamawiający, w ocenie Izby, nie wykazał ziszczenia się przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W szczególności zamawiający nie wykazał w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego, że to odwołujący zakopał podkłady kolejowe na działce nr 207/13 i w konsekwencji – że nienależycie wykonał umowę nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. W uzasadnieniu ww. pisma zamawiający ograniczył się do przytoczenia stanu faktycznego sprawy w zakresie: wykonywania ww. umowy przez odwołującego, wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr ZP-BD-0012/20, informacji wynikających z kart przekazania odpadów, ujawnienia zakopanych podkładów kolejowych, obowiązków wynikających z ustawy o odpadach oraz do wskazania przepisów i stwierdzenia, że odwołujący „działając podstępnie, dokonał zasypania odpadów

niebezpiecznych w postaci podkładów kolejowych”, a zatem nie wykonał prawidłowo zamówienia i podlega wykluczeniu z postępowania. Uzasadnienie odrzucenia oferty nie zawiera natomiast argumentacji, z której wynikałoby, dlaczego zamawiający uznaje, że to odwołujący zakopał podkłady na ww. działce i jakie okoliczności tego dowodzą. Tym samym zamawiający nie wykazał, że odwołujący nienależycie wykonał umowę nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r.

Odnosząc się natomiast do założeń, jakie zamawiający wyprowadził ze stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy stwierdzić, co następuje.

Po pierwsze, należy zauważyć, że fakt, iż zakopane podkłady kolejowe zostały znalezione na działce, na której odwołujący prowadził wcześniej roboty, nie świadczy automatycznie o tym, że to odwołujący zakopał podkłady na tej działce. Nie jest sporne pomiędzy stronami, że teren ten był nieogrodzony, niemonitorowany i że w pobliżu działki nr 207/13 przed styczniem 2021 r. była realizowana przez PKP inna inwestycja polegająca m.in. na wymianie podkładów kolejowych na betonowe. Tymczasem w styczniu 2021 r. odwołujący rozpoczął wykonywanie robót na ww. terenie. Powyższe prowadzi do wniosku, że nie jest wykluczona możliwość, iż inny podmiot niż odwołujący zakopał podkłady na ww. działce, w tym np. podmiot wykonujący roboty w związku z inwestycją prowadzoną przez PKP.

Po drugie, wszczęcie postępowania przygotowawczego przez Prokuraturę Okręgową w Katowicach (pomijając fakt, że okoliczność ta nie została wskazana w piśmie informującym o odrzuceniu ofert) również nie dowodzi, że odwołujący zakopał podkłady kolejowe na ww. działce. Postępowanie to nie zostało jeszcze zakończone, nie ma informacji o postawieniu komukolwiek zarzutów, więc na obecnym etapie fakt prowadzenia tego postępowania nie może przesądzać o sprawstwie odwołującego.

Po trzecie, zamawiający nie przedstawił żadnych argumentów, czy dowodów potwierdzających, że znalezione podkłady kolejowe zostały zakopane w ziemi przez odwołującego. Przykładowo, zamawiający nie wskazał na żadne cechy charakterystyczne podkładów kolejowych zdemontowanych w ramach umowy nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r., które pozwoliłyby zidentyfikować wykopane podkłady jako te, które miał usunąć i oddać do utylizacji odwołujący, nie wskazał na żadną ilość podlegających zdemontowaniu podkładów, która mogłaby być skonfrontowana z ilościami wynikającymi z kart przekazania odpadów złożonymi przez odwołującego. Poza powołaniem się na fakt wcześniejszego wykonywania robót na tym terenie (który to fakt nie przesądza o sprawstwie odwołującego) zamawiający nie przedstawił żadnych innych okoliczności, które potwierdzałyby, że podmiotem, który zakopał podkłady w ziemi, był właśnie odwołujący.

Po czwarte, należy zauważyć, że odwołujący przedstawił dowody w postaci kart

przekazania odpadów (w tym podkładów kolejowych), faktur i wykonania przelewów, potwierdzające, że przekazywał podkłady spółce Vammus w celu ich utylizacji. Zamawiający nie zakwestionował ww. dowodów i w toku postępowania odwoławczego nie zostały także ujawnione żadne okoliczności, które podważałyby ich wiarygodność.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że odwołujący zakopał podkłady kolejowe na działce nr 207/13 i tym samym nienależycie wykonał umowę nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. Jak wskazano już wyżej, wykluczając wykonawcę z postępowania lub odrzucając jego ofertę, zamawiający ma obowiązek wykazać zasadność ww. czynności, tj. wykazać ziszczenie się przesłanek zawartych w przepisach będących podstawą wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty. Argumentacja zamawiającego zawarta w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego ma charakter ogólnikowy i opiera się jedynie na założeniu, że odwołujący musiał zakopać podkłady, skoro poprzednio wykonywał na tym terenie roboty. Jednakże w świetle faktu, że teren ten nie był ogrodzony, nie był monitorowany, a w pobliżu były wykonywane przez inny podmiot podobne roboty, argumentacja ta nie może być uznana za wystarczającą do przypisania odwołującemu sprawstwa w zakresie zakopania podkładów. Ponadto karty przekazania odpadów, faktury i przelewy na rzecz spółki Vammus, których wiarygodność nie została podważona w toku postępowania odwoławczego, świadczą o tym, że odwołujący przekazywał odpady do utylizacji.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że odwołujący zakopał podkłady kolejowe na działce nr 207/13 i że zachodziła wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. z powodu zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych polegającego na nienależytym wykonaniu zamówienia. W konsekwencji Izba nie znalazła także podstaw do zastosowania wobec odwołującego art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, art. 110 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowań o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o dowody i stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez odwołującego w postaci:

- sprawozdania sporządzonego przez detektywa wraz ze zdjęciami, ponieważ wynikające z nich informacje nie przesądzają, kto mógł zakopać podkłady kolejowe w ziemi, częściowo nie dotyczą terenu, na którym znaleziono zakopane podkłady, a stan w jakim znajduje się opisany teren, jak też fakt, że nie był on ogrodzony i monitorowany, nie jest przedmiotem

sporu; z tych samych powodów Izba oddaliła wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka detektywa, który sporządził ww. sprawozdanie na zlecenie odwołującego,

- notatki służbowej z dnia 25.03.2022 r. wraz ze zdjęciami, ponieważ nie dotyczą one terenu, na którym znaleziono zakopane podkłady kolejowe,
- wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3707/21 wraz z zawiadomieniem o odrzuceniu oferty, ponieważ nie dotyczą one niniejszej sprawy i zarzutów postawionych w odwołaniach,
- pisma z dnia 08.04.2022 r. skierowanego do zamawiającego, ponieważ jego treść nie przesądza, kto mógł zakopać podkłady kolejowe w ziemi.

Izba uznała za nieprzydatne również dowody dołączone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie w postaci:

- umowy nr e-Ru 112100003 z dnia 28.12.2020 r. wraz z załącznikami, ponieważ fakt jej zawarcia nie jest przedmiotem sporu,
- umowy podwykonawczej z dnia 12.01.2021 r. ze spółką Foxmet sp. z o.o., ponieważ fakt jej zawarcia nie jest przedmiotem sporu,
- protokołów odbiorów końcowych z dnia 21.12.2021 r. i udzielonych gwarancji, ponieważ fakt dokonania odbioru robót i udzielenia gwarancji nie jest przedmiotem sporu,
- zdjęć z wykopanych znalezisk, ponieważ nie przesądzają one, kto mógł zakopać podkłady,
- specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr ZP-BD-0012/20 wraz z załącznikami, gdyż wymagania z niej wynikające nie są przedmiotem sporu,
- pisma z dnia 05.04.2022 r. skierowanego do odwołującego, ponieważ jego treść nie przesądza, kto mógł zakopać podkłady kolejowe w ziemi.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....