

Sygn. akt: KIO 3448/22

WYROK
z dnia 9 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Psary w Psarach**,

przy udziale wykonawcy **REKO Prime Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach** i
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach**, tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 704 zł 30 gr (słownie: trzy tysiące siedemset cztery złote trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Psary w Psarach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, znajdujących się na terenie Gminy Psary wraz z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych zebranych w Punkcie Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych*” znak ZP.271.38.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 19 października 2022 roku pod numerem 2022/S 202-575351.

W dniu 22 grudnia 2022 r. wykonawca Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach wniósł odwołanie, zaskarżając czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na:

– zaniechaniu unieważnienia postępowania, podczas gdy zachodzi wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzieleniu zamówienia publicznego, a to na skutek braku możliwości weryfikacji – zgodnie z SWZ - aspektu środowiskowego kryterium oceny ofert, a to w wyniku braku zobowiązania Wykonawców do przedłożenia dokumentacji potwierdzającej spełnienie normy emisji spalin wskazanych w wykazie pojazdów stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ (np. kopii dowodów rejestracyjnych),

względnie

– nieprawidłowe przyznanie maksymalnej punktacji Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o. za kryterium nr 2 dotyczący spełnienia aspektu środowiskowego, przyznawane za: podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie realizacji zamówienia przy wykorzystaniu w realizacji przy wykorzystaniu w realizacji zamówienia pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin, podczas gdy REKO Prime Sp. z o.o. nie wykazał dla żadnego z pojazdów dokumentacji potwierdzającej spełnienie normy Euro VI,

– zaniechaniu przez Zamawiającego z wykluczenia Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o. z postępowania, pomimo że: – Wykonawca REKO Prime Sp. z o.o. w wykazie pojazdów z załącznika nr 5 do SWZ wskazał pojazdy stanowiące przedmiot leasingu, jednocześnie nie przedstawiając dokumentacji potwierdzającej, że jest stroną umowy leasingowej, co

powoduje, że nie może być uznany za podmiot dysponujący wskazanym tam parkiem taborowym bowiem stroną umowy leasingu może być inny podmiot, którego oświadczenia o oddaniu zasobów do realizacji niniejszego zamówienia nie załączono, a także Wykonawca ten nie wykazał spełnienia norm emisji spalin wskazanych w wykazie, co w konsekwencji prowadzi do uznania, że REKO Prime Sp. z o.o. swoim działaniem dążyła do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, w celu uzyskania wyższej liczby punktów,

– Wykonawca REKO Prime Sp. z o.o. całkowicie pominął fakt, że w ramach usług świadczonych na rzecz Gminy Poraj w roku 2022, z uwagi na nierzetelne wykonanie zamówienia na rzecz tej gminy, były na niego wielokrotnie nakładane kary umowne z tytułu odbierania odpadów niezgodnie z harmonogramem, czego Wykonawca nie ujawnił pomimo, iż jedną z przesłanek fakultatywnych wykluczenia, stosowanych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, jest art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd dla wykazania braku zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji:

– zaniechaniu odrzucenia oferty REKO Prime Sp. z o.o., czego następstwem był:

– wybór oferty REKO Prime Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej z przedstawionych, mimo iż w złożonych przez powyższego Wykonawcę oświadczeniach podano informacje niezgodne ze stanem faktycznym, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zawyżenia ilości punktów przyznawanych przez Zamawiającego w postępowaniu, co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Odwołujący **zarzucił** Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 255 pkt 6 PZP, a to w wyniku zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, w której w wyniku złożonych oświadczeń przez REKO Prime Sp. z o.o. oraz w kontekście treści SWZ, brak jest możliwości weryfikacji istotnych aspektów w niniejszym postępowaniu, a to normy emisji spalin, jakie spełniają pojazdy, które mają być dedykowane do wykonania zamówienia publicznego, pod kątem normy emisji spalin spełnianych przez dane pojazdy, a tym samym brak jest możliwości wykazania zarówno spełnienia wymogów zamawiającego udziału w postępowaniu (to jest posiadania pojazdów spełniających co najmniej Euro V) oraz kryterium oceny ofert (to jest pojazdów spełniających normę emisji spalin Euro VI lub napędzanych paliwami alternatywnymi) wobec braku zastrzeżenia w SWZ konieczności przedłożenia dowodów dokumentujących spełnienie w/w norm, np. dowodów rejestracyjnych,

2. art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 PZP w zw. z art. 110 PZP w zw. z 119 PZP art. poprzez zaniechanie niewykluczenia Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o., podczas gdy wystąpiły przewidziane przez Zamawiającego przesłanki wykluczenia z postępowania, to znaczy:

- REKO Prime z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał usługę odbioru odpadów komunalnych na rzecz Gminy Poraj, co doprowadziło do nałożenia na niego wielokrotnie kar umownych,

- REKO Prime wprowadził w błąd Zamawiającego, w zakresie informacji mających istotny wpływ na podjęcie decyzji, których wystąpienie stwarza wątpliwość co do rzetelności wykonania zamówienia przez powyższego Wykonawcę, a do których należą:

– złożenie oświadczenia potwierdzającego spełnienie normy Euro VI przez pojazdy wykazane przez Wykonawcę, których łączna liczba punktów stanowiła 35% całej możliwej punktacji do uzyskania, za które Zamawiający przyznał Wykonawcy maksymalną ilość punktów, mimo braku przedstawienia dokumentacji potwierdzającej spełnienie normy Euro VI przez pojazdy wskazane przez REKO Prime Sp. z o.o. w załączniku nr 5 do SWZ, podczas gdy zgodnie z posiadaną obecną wiedzą Odwołującego, tylko 3 pojazdy posiadają potwierdzoną normę Euro VI,

– złożenie oświadczenia potwierdzającego dysponowanie pojazdami do wykonywania zamówienia publicznego pomimo tego, że pojazdy jako leasingowane mogą być w dyspozycji innych podmiotów, które nie przedłożyły zobowiązań do udostępnienia zasobów REKO Prime, wobec czego w takim przypadku na REKO Prime Sp. z o.o. spoczywał obowiązek przedstawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, czego w niniejszym postępowaniu nie uczynił. Następstwem powyższego zaniechania Zamawiającego jest brak wiedzy w tym zakresie, co doprowadza do sytuacji, że zamówienie będzie wykonywane przez podmiot trzeci, który podlegałby wykluczeniu, gdyby Zamawiający posiadał niezbędną dokumentację do przeprowadzenia obligatoryjnego badania pod kątem stwierdzenia, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o.

– zatajenie informacji dotyczących nierzetelnego wykonania zamówienia przez Wykonawcę REKO Prime Sp. z o.o. na rzecz Gminy Poraj, w trakcie której Gmina Poraj nakładała na REKO Prime Sp. z o.o. wielokrotnie kary umowne za niezrealizowanie odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w Gminie Poraj w terminie zgodny z harmonogramem odbioru,

3. art. 128 ust 1 PZP w zw. z art. 223 ust. 1 PZP w zw. z § 5 Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez to, iż mimo wystąpienia wątpliwości w ramach prowadzonego badania przez Zamawiającego nie wystąpił on do REKO Prime Sp. z o.o. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień wraz z dokumentacją potwierdzającą poziom spełnianych przez leasingowane pojazdy norm emisji spalin oraz dokumentacji wskazującej, że REKO Prime Sp. z o.o. jest stroną umów w odniesieniu do leasingowanych pojazdów,

4. art. 226 ust. 1 pkt 2) podpkt a) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty REKO Prime, pomimo że wystąpiły podstawy wskazane w powyższych punktach do wykluczenia Wykonawcy REKO Prime z Postępowania.

5. art. 239 ust. 1) i 2) w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 7 PZP poprzez przyznanie REKO Prime maksymalnej punktacji (tj. 35 pkt) za spełnienie normy Euro VI przez wykazane w załączniku nr 5 do SWZ pojazdy, wyłącznie na podstawie przedstawionego oświadczenia, bez dokumentacji zaświadczając spełnienie tejże normy, podczas gdy kryterium aspektu środowiskowego stanowi istotną rolę w zakresie przyznawanej punktacji i na jej podstawie, wyboru najkorzystniejszej oferty, a według wiedzy Odwołującej tylko 3 pojazdy spełniają normę Euro VI, przez co REKO Prime powinno zostać przyznanych tylko 15 punktów zamiast 35, co oznacza, że najkorzystniejszą ofertą złożyła Odwołująca.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: „KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 12 grudnia 2022 r.,
4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania,

względnienie

5. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, w tym nakazanie Zamawiającemu wykluczenia REKO Prime Sp. z o.o, a w konsekwencji odrzucenia oferty REKO Prime Sp. z o.o. z Postępowania oraz wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej

w każdym przypadku natomiast wnoszę o:

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed KIO, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, znajdujących się na terenie Gminy Psary wraz z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych zebranych w Punkcie Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych” znak ZP.271.38.2022. Ogłoszenie dotyczące powyższego zamówienia zostało opublikowane w dniu 19 października 2022 r., w którym przewidziano termin składania ofert do dnia 29 listopada 2022 r. do godziny 12:00, a ich otwarcie nastąpiło w dniu 29 listopada 2022 r. o godzinie 12:30. Całość postępowania przeprowadzana została w formie elektronicznej zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy PZP.

Dowód: - informacja z otwarcia ofert z dnia 29 listopada 2022 r.,
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 grudnia 2022 r.
(w aktach postępowania przetargowego).

W Postępowaniu zostały złożone 2 oferty, z których za najkorzystniejszą uznano ofertę Wykonawcy – REKO Prime Sp. z o.o.

REKO Prime Sp. z o.o. w toku postępowania oświadczył, że spełnia wszystkie wymogi ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, co w ocenie Odwołującej, jest oświadczeniem nieprawdziwym, albowiem chociaż Wykonawca ten wskazał, że posiada osiem pojazdów zgodnych z SWZ do wykonania zamówienia, ale nie wykazał, że wszystkie spełniają wymogi postawione w treści ogłoszenia i SWZ oraz że pozostają w jego dyspozycji.

Zamawiający w rozdziale XIX pkt 3.4.2 SWZ zobowiązał Wykonawców do wykazania dysponowaniem odpowiedni potencjałem technicznym dostępnym wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, na który składać się miało w sumie minimum siedem pojazdów, o specyfikacji zgodnej z wymienioną w tabeli wymaganego sprzętu wskazanej przez Zamawiającego w SWZ. Ponadto Zamawiający w rozdziale XXVII SWZ określił kryteria oceny ofert, którymi kierować się będzie przy wyborze najkorzystniejszej oferty. W pkt 1 powyższego rozdziału znajduje się tabela wskazująca liczbę przyznawanych punktów za poszczególne kryteria, w tym za aspekt środowiskowy (2 pozycja tabeli), za które

Zamawiający przyznawał w sumie 35 pkt, jeżeli pojazdy spełniały normę Euro VI. Wskazać należy, że punkty za aspekt środowiskowy stanowiły 35 % całości punktów możliwych do uzyskania w postępowaniu.

Dowód: - Specyfikacja Warunków Zamówienia dla Zamówienia o nazwie „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, znajdujących się na terenie Gminy Psary wraz z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych zebranych w Punkcie Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych” z dnia 14 października 2022 r.

(w aktach postępowania przetargowego).

Wykonawca REKO Prime Sp. z o.o. mając na uwadze ilość przyznawanych punktów za pojazdy spełniające normę w Załączniku nr 5 do SWZ wykazał osiem pojazdów, które oprócz spełnienia wymogów specyfikacji techniczno-użytkowej pojazdów, spełniają również normę Euro VI, za którą Zamawiający przyznaje 5 pkt za każdy pojazd spełniający powyższą normę emisji spalin.

Dowód: - Załącznik nr 5 do SWZ od REKO Prime Sp. z o.o. (w aktach postępowania przetargowego).

Zgodnie z uzyskanymi przez Odwołującego informacjami z przedstawionych przez REKO Prime Sp. z o.o. pojazdów, tylko dla trzech pojazdów (tj. WGM6679F, WGM9991F, WGM6659F) zostało potwierdzone spełnienie normy Euro VI, a w zakresie pozostałych warunków ten nie został przez powyższego Wykonawcę wykazany. Co więcej, nie wykazano także, że pozostałe pojazdy spełniają normę emisji spalin Euro V. Wskazać należy, że wykazanie przez REKO Prime Sp. z o.o. spełnienia normy Euro VI przez wszystkie pojazdy, ograniczyło się wyłącznie do oświadczenia złożonego w Załączniku nr 5 do SWZ i Wykonawca ten nie złożył żadnej potwierdzającej dokumentacji w tym zakresie.

Dowód: - Pismo Starostwa Powiatu Grodzkiego, Wydział Komunikacji z dnia 13 grudnia 2022 r.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że skoro Zamawiający przyznawał punktację za spełnienie normy Euro VI, to weryfikacja w tym zakresie dokumentacji nie powinna być ograniczyć się jedynie do złożenia oświadczenia o posiadaniu normy Euro VI przez pojazdy służące do wykonania zamówienia, ale powinno również zostać prawidłowo udokumentowane, aby przyznawana przez Zamawiającego punktacja została przydzielona w sposób przejrzysty i

zgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając na uwadze powyższe Zamawiający powinien zwrócić się do REKO Prime Sp. z o.o. w toku prowadzonego badania i oceny ofert, o przedłożenie brakującej dokumentacji zaświadczającej spełnienie normy EURO IV przez pojazdy wskazane w Załączniku nr 5 do SWZ.

Podkreślenia wymaga również fakt, że REKO Prime Sp. z o.o. w przedstawionym Załączniku nr 5 do SWZ wskazał, że pojazdy w nim wymienione stanowią przedmiot leasingu, ale nie przedłożył dokumentów potwierdzających, że jest stroną tejże umowy, co rodzi obawy, że stroną umowy leasingu może być podmiot trzeci. Z tego względu powyższy Wykonawca powinien wykazać, że jest stroną umowy leasingu lub przedstawić zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasób, w celu wykazania, że posiada zasoby techniczne niezbędne do wykonania zamówienia w sposób rzetelny.

Wobec powyższego, mając na uwadze brak możliwości weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawców, niniejsze postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym, w ocenie Odwoływającej, konieczne jest unieważnienie postępowania, aby Zamawiający mógł wszcząć ponowne postępowanie, w którym wady postępowania zostaną usunięte, w szczególności poprzez uwzględnienie w dokumentacji postępowania konieczności przedłożenia Zamawiającemu dokumentacji niezbędnej do ustalenia faktycznego dysponowania pojazdami, jak również spełnienia norm emisji spalin.

Gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że wyżej wskazane wady nie uzasadniają unieważnienia postępowania, to należy zwrócić uwagę na aspekty uzasadniające wykluczenie REKO Prime z postępowania.

W rozdziale XIX SWZ Zamawiający wskazał podstawy wykluczenia Wykonawców, pośród których w pkt 2.2. został wskazany art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy PZP. Przedstawione przepisy stanowią fakultatywną podstawę wykluczenia Wykonawcy w przypadku między innymi, nienależytego wykonywania wcześniejszej umowy o udzielenie zamówienia publicznego oraz wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub jeśli zataił te informacje.

W okolicznościach niniejszego postępowania wystąpiły okoliczności prowadzące do wykluczenia REKO Prime Sp. z o.o. z postępowania. Na podstawie wykluczenia wskazanego

Wykonawcy z postępowaniu, wskazuje brak prawidłowego udokumentowania spełnienia normy Euro VI przez pojazdy wykazane przez REKO Prime Sp. z o.o. oraz niewykazania kto jest stroną umowy leasingu wymienionych pojazdów, czego następstwem jest wprowadzenie w błąd Zamawiającego, aby na podstawie niezgodny ze stanem faktycznym danych, uzyskać maksymalną ilość punktów przyznawanych przez Zamawiającego za kategorię dotyczącą aspektu środowiskowego oraz spełnić wymogi udziału w postępowaniu.

Jak wskazano powyżej, jedynie w odniesieniu do trzech pojazdów możliwe jest stwierdzenie, że spełniają one normę emisji spalin Euro VI.

Dowód: - Pismo Starostwa Powiatu Grodzkiego, Wydział Komunikacji z dnia 13 grudnia 2022 r.

Kolejną podstawą do wykluczenia REKO Prime Sp. z o.o. jest zatajenie informacji w długotrwałego, nienależytego wykonywania usługi na rzecz gminy Poraj, które świadczyła w roku 2022 r. W ramach wykonywanego na rzecz Gminy Poraj zamówienia, Wykonawca dopuścił się wielokrotnie nierzetelnego wykonania usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych i/lub prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów, o czym świadczą kary umowne nałożone na tego Wykonawcę przez Gminę Psary za nierealizowanie odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w Gminie Poraj w terminie zgodnym z harmonogramem odbioru. Pominięcie zatem przez REKO Prime w informacjach przekazywanych Zamawiającemu okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem umowy (mimo, że mógł przeprowadzić procedurę tzw. self-cleaningu, a mimo to postanowił zataić konieczne w tym zakresie informacje) zostało dokonane w celu wykazania, że Wykonawca REKO Prime Sp. z o.o. gwarantuje prawidłowe i należyte wykonanie zamówienia, co nie jest prawdą. Tym samym Zamawiający został wprowadzony intencjonalnie w błąd co do braku wystąpienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania, co już samo w sobie powoduje spełnienie dodatkowej, fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania, przewidzianej przez Zamawiającego w SZW.

Dowód: - Pismo Gminy Poraj z dnia 19 grudnia 2022 r. wraz z Notami Księgowymi nr: 24/2022, 17/2022, 14/2022, 5/2022, 25/2022.

Mając na uwadze całokształt okoliczność niniejszej sprawy należ uznać, że wybór oferty REKO Prime Sp. z o.o. przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej powinno zostać unieważnione, gdyż w ramach prowadzonego postępowania wystąpiły liczne wady, których brak konwalidacji przez Zamawiającego powoduje, że wybór powyższej oferty jest niezgodny

z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślenia wymaga, że mimo wystąpienia podstaw do wykluczenia Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na wypełnienie przesłanek zawarty w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy PZP, tj. prowadzenie w błąd Zamawiającego w zakresie leasingowanych pojazdów oraz zatajenie informacji dotyczących nierzetelnego wykonania usługi na rzecz Gminy Poraj, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty REKO Prime Sp. z o.o., jak również zaniechał uzupełnienia przez REKO Prime Sp. z o.o. dokumentacji, w celu udowodnienia spełnienia warunków wymaganych do przyznania punktów za aspekt środowiskowy w niniejszym postępowaniu, czego następstwem było bezpodstawne przyznanie maksymalnej liczby punktów za to kryterium. Odwołujący wskazuje, że punkty przyznawane za aspekt środowiskowy stanowiły kluczowe kryterium w zakresie przyznawanej punktacji, z uwagi na fakt, że jeden pojazd stanowił 5 pkt, czyli 5 punktów procentowych całej przyznawanej przez Zamawiającego punktacji. W konsekwencji powyższego, Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał wyłonienia Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o. jako podmiotu, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 stycznia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

W dniu 22 grudnia 2022 roku Odwołujący Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. ul. Nakielska 1-3, kod 42-600 Tarnowskie Góry złożył odwołanie, zaskarżając czynności Zamawiającego polegające na:

1) zaniechaniu unieważnienia postępowania, podczas gdy zachodzi wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzieleniu zamówienia publicznego, a to na skutek braku możliwości weryfikacji – zgodnie z SWZ - aspektu środowiskowego kryterium oceny ofert, a to w wyniku braku zobowiązania Wykonawców do przedłożenia dokumentacji potwierdzającej spełnienie normy emisji spalin wskazanych w wykazie pojazdów stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ (np. kopii dowodów rejestracyjnych),

względnie

nieprawidłowe przyznanie maksymalnej punktacji Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o. za kryterium nr 2 dotyczący spełnienia aspektu środowiskowego, przyznawane za: podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie realizacji zamówienia przy wykorzystaniu w realizacji przy wykorzystaniu w realizacji zamówienia pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi

lub spełniających normę emisji spalin, podczas gdy REKO Prime Sp. z o.o. **nie wykazał dla żadnego z pojazdów dokumentacji potwierdzającej spełnienie normy Euro VI.**

Zgodnie z zapisami Rozdziału XXVII SWZ, w którym opisano kryteria oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobem oceny ofert oraz załącznika nr 1 do SWZ, aspekt środowiskowy podlegał ocenie w oparciu o oświadczenie. Wykonawcy byli zobowiązani do oświadczenia w formularzu ofertowym, w zakresie Aspektu środowiskowego: ilości pojazdów z normą emisji spalin EURO 6 i/lub pojazdów o których mowa w ustawie z dnia 11.01.2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych. Wykonawca REKO Prime Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oświadczył, że wszystkie jej pojazdy spełniają normę emisji spalin EURO 6 i tym samym wypełnił wymagania Zamawiającego w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, iż Wykonawca REKO Prime Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie wykazał spełnienia aspektu środowiskowego w zakresie spełnienia normy Euro 6.

Składając oferty Wykonawca opiera się na wymaganiach zawartych w SWZ i załącznikach. Nie można oczekiwać, aby Wykonawca składał w konkretnym postępowaniu dokumenty niepożądane, a następnie ponosił negatywne konsekwencje braku ich przedstawienia.

Zamawiający zgodnie w treścią SWZ poprzestał na ocenie informacji zawartych w oświadczeniu, wobec braku wymagań udowodnienia informacji zawartych w oświadczeniu. Prawdliwość czynności realizowanych przez Zamawiającego potwierdza stanowisko KIO w orzeczeniu nr 1232/18. *„Nieprzyznanie Odwołującemu punktów w sytuacji spełnienia przez niego stawianych przez Zamawiającego warunków koniecznych do ich uzyskania, pozostaje więc w sprzeczności z art. 7 Pzp. Działanie polegające na nieprzestrzeganiu ustalonych przez siebie zasad w stosunku do Odwołującego wskazuje, że Zamawiający nie traktuje Odwołującego na równi z innymi Wykonawcami, którym punkty zostały przyznane, a nadto wprowadza własne dodatkowe kryteria ocen, wobec czego zachwiana została zasada równego traktowania Wykonawców a w rezultacie zasada uczciwej konkurencji – wobec uprzywilejowania jednych kosztem drugich – pomimo spełniania określonych przez Zamawiającego warunków koniecznych do uzyskania zamówienia”.*

Jeśli wykonawca nie wykazałby pojazdów i nie wypełnił tabeli, oznaczałoby to, iż zobowiązuje się wykonać zamówienie w podstawowym zakresie i przy danym kryterium otrzymałby 0 pkt. Zamawiający był zobowiązany do przyznania odpowiedniej liczby punktów w danej ofercie na podstawie tegoż właśnie oświadczenia i nie wymagał od Wykonawców - również

Odwołującego – potwierdzenia spełniania normy emisji spalin na podstawie innych dokumentów.

Należy podkreślić, że warunki przyznawania punktów w tym kryterium oceny ofert były takie same dla wszystkich Wykonawców i szczegółowo opisane w SWZ oraz formularzu ofertowym. Żaden z Wykonawców (w tym Odwołujący) przed terminem składania ofert nie kwestionował poprawności sposobu potwierdzenia spełnienia aspektu środowiskowego w zakresie spełniania normy emisji spalin EURO 6, ani też nie wnioskował o wyjaśnienia treści SWZ.

Zamawiający nie dopuścił się zatem naruszenia przepisów ustawy PZP, przyznał bowiem poszczególnym ofertom punkty zgodnie z określonym w specyfikacji warunków zamówienia sposobem oceny ofert. W sposób prawidłowy ustalił ranking ofert biorąc pod uwagę kryterium ceny oraz kryterium aspektów środowiskowych - pojazdy spełniające normę EURO 6, co potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1390/20).

Mając na uwadze powyższe zarzut podniesiony przez odwołującego nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym.

2) Odwołujący wskazał zarzut o zaniechaniu przez Zamawiającego z wykluczenia Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o. z postępowania, pomimo że Wykonawca REKO Prime Sp. z o.o. w wykazie pojazdów z załącznika nr 5 do SWZ **wskazał pojazdy stanowiące przedmiot leasingu**, jednocześnie nie przedstawiając dokumentacji potwierdzającej, że jest stroną umowy leasingowej, co powoduje, że nie może być uznany za podmiot dysponujący wskazanym tam parkiem taborowym bowiem stroną umowy leasingu może być inny podmiot, którego oświadczenia o oddaniu zasobów do realizacji niniejszego zamówienia nie załączono, a także Wykonawca ten nie wykazał spełnienia norm emisji spalin wskazanych w wykazie, co w konsekwencji prowadzi do uznania, że REKO Prime Sp. z o.o. swoim działaniem dążyła do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, w celu uzyskania wyższej liczby punktów.

Zamawiający nie zgadza się również z powyższymi twierdzeniem Odwołującego, iż Wykonawca REKO Prime Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie wykazał dysponowania pojazdami skierowanymi do realizacji zamówienia ze względu na fakt, iż stanowią one przedmiot leasingu.

Zgodnie z SWZ Wykonawcy byli zobowiązani do oświadczenia w formularzu ofertowym, w zakresie Aspekt środowiskowy pojazdów którymi dysponują i które będą wykorzystane do realizacji zamówienia.

Wykonawca REKO Prime Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oświadczył, że dysponuje wszystkimi wskazanymi w ofercie pojazdami i tym samym wypełnił wymagania Zamawiającego we przedmiotowym zakresie. Zamawiający również w tym przypadku był zobowiązany do przyznania odpowiedniej liczby punktów danej ofercie na podstawie tegoż właśnie oświadczenia i nie był zobowiązany do wymagania od Wykonawców - również Odwołującego – potwierdzenia dysponowania pojazdami na podstawie innych dokumentów.

Również w tym przypadku warunki przyznawania punktów w tym kryterium oceny ofert były szczegółowo opisane w SWZ oraz formularzu ofertowym i tu też żaden z Wykonawców przed terminem składania ofert nie kwestionował poprawności sposobu potwierdzenia dysponowania pojazdami, ani też nie wnioskował o wyjaśnienia treści SWZ.

Należy tu zwrócić uwagę, że leasingodawca nie jest w postępowaniu przetargowym traktowany jako podwykonawca lub podmiot udostępniający zasoby, z tego też względu Zamawiający nie ma obowiązku wymagania od niego jakichkolwiek dokumentów. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że istnienie stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej (np. użytkowanie, najem, dzierżawa, leasing) jest wystarczające do uznania, że wykonawca dysponuje nią w rozumieniu ustawy PZP i nie będzie to dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego.

Ponadto Przystępujący w punkcie dotyczącym informacji na temat polegania na zdolności innych podmiotów zaznaczył odpowiedź "Nie", nie będzie on korzystał z zasobów podmiotów trzecich.

Odwołujący nie wskazał - ani tym bardziej nie wykazał - że przedstawione w niniejszym postępowaniu informacje o podstawie dysponowania wskazanymi pojazdami są nieprawdziwe i jaki mają wpływ na uznanie warunku dysponowania pojazdami za spełniony lub nie – zwłaszcza, że własność i leasing traktowanie są w tym zakresie właściwie równorzędnie co potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1390/20).

Mając na uwadze powyższe zarzut podniesiony przez odwołującego nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym.

3) Odwołujący wskazał także, że Wykonawca REKO Prime Sp. z o.o. całkowicie pominął fakt, że w ramach usług świadczonych na rzecz Gminy Poraj w roku 2022, z uwagi na nierzetelne wykonanie zamówienia na rzecz tej gminy, były na niego wielokrotnie nakładane kary

umowne z tytułu odbierania odpadów niezgodnie z harmonogramem, czego Wykonawca nie ujawnił pomimo, iż jedną z przesłanek fakultatywnych wykluczenia, stosowanych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, jest art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd dla wykazania braku zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego jednoznacznie należy stwierdzić, że nie każda kara umowna mieści się w katalogu sankcji w art.109 ust.1 pkt 7 Pzp. Stanowisko to zostało jednoznacznie podkreślone w Piśmie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 listopada 2022 r:

„W katalogu tym mieścić się będzie jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określone w umowach kary -w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych -mogą bowiem pełnić różne funkcje, nie tylko funkcję kompensacyjną.”

Art. 109 ust.1 p.7 Pzp posługuje się językiem dyrektywy klasycznej i stanowi, że, aby zaistniała przesłanka wykluczenia, nienależyte wykonanie zamówienia „musi doprowadzić do odszkodowania”.

Zgodnie z art. 57 ust.4 lit.g dyrektywy klasycznej 2014/24/UE przesłanka wykluczenia dotyczy wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, **który „wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, (...), które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji”**

Procedura w sprawie udzielenia zamówienia to proces eliminacji z zamówienia wykonawców, którzy nie posiadają zdolności dających rękojmię należytego wykonania zamówienia. W tym zakresie, w oparciu o podstawy wykluczenia, bada się wiarygodność wykonawcy, by sprawdzić, czy wykona on zamówienie prawidłowo i legalnie. Ta podstawa wykluczenia opiera się na podstawowym elemencie w stosunku między zamawiającym a wykonawcą, a mianowicie na rzetelności wykonawcy, stanowiącej podstawę zaufania pokładanego w nim przez zamawiającego (*MecaC-41/18*). Z dostępu do zamówienia mogą być więc wykluczeni wykonawcy, do których zamawiający utracił zaufanie z powodu nienależytego wykonania poprzedniego zamówienia(*DeltaC-267/18*).

Kary naliczone firmie REKO Prime Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ich zakres, wysokość, okoliczności ich naliczenia i charakter nieprawidłowości jednoznacznie wskazują, że nie mają one znamion odszkodowania.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1482/21) Izba stwierdza, że odstąpienie od umowy czy naliczenie kar umownych są jednymi z elementów konstrukcji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7p.z.p. i to elementami wtórnymi oraz wynikowymi. Najistotniejsze i konieczne do wykazania w ocenie KIO przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie **"w znacznym stopniu lub zakresie umowy albo jej długotrwałe nienależyte wykonywanie w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednoczesne wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca"**.

KIO w swych orzeczeniach wielokrotnie wskazywała, iż kary umowne traktowane są jako element ochrony interesu publicznego, stanowią czynnik represji, motywator, zabezpieczenie należytego wykonania umowy czy instrument dyscyplinujący wykonawców. Od lat bowiem w orzecznictwie i praktyce zamówień publicznych utrwała się stosowanie kary umownej w oderwaniu od jej podstawowej funkcji, jaką jest naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Dodatkowo w kontekście przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, która przecież obliuguje do dochodzenia należności publicznych, brak przymusowego dochodzenia kary umownej powoduje, że kary umowne są także nakładane w okolicznościach, w których po stronie zamawiającego nie wystąpiła szkoda.

Podstawą do wykluczenia wykonawcy może być sytuacja wyjątkowa, w której interes poprzedniego zamawiającego jako wierzyciela nie został zaspokojony, w konsekwencji czego zamawiający będzie poszukiwał odszkodowania.

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 3.10.2019 r., C-267/18, zwrócił uwagę na bardzo istotną okoliczność związaną z procesem podejmowania decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mianowicie instytucja zamawiająca nie jest związana oceną innych instytucji zamawiających, w tym również uzasadnieniem odstąpienia od umowy. Każda instytucja zamawiająca w stanie faktycznym konkretnej sprawy ma swobodę oceny okoliczności, które mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a co za tym idzie –może samodzielnie decydować, czy w jej ocenie wykonawca jest rzetelny i wiarygodny. Uprawnienie to stanowi realizację zasady proporcjonalności, którą należy bezwzględnie stosować w chwili podejmowania decyzji o

zastosowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy. **Instytucje zamawiające w przypadku przesłanek fakultatywnego wykluczenia powinny bezwzględnie mieć na uwadze zasadę proporcjonalności**, która oznacza w szczególności, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy instytucja taka uwzględnia charakter popełnionych nieprawidłowości lub powtarzanie nieprawidłowości. Dopiero po szczegółowym rozpoznaniu wszystkich okoliczności podejmuje decyzję o wykluczeniu z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 15 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 3090/20 zaznacza, że sam fakt nałożenia kar umownych na wykonawcę realizującego umowę nie musi automatycznie oznaczać, że umowa realizowana jest nienależycie.

Nałożenia kar na REKO Prime Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przez Gminę Poraj nie stanowi o nienależyтым wykonaniu umowy.

W tym przypadku stosowanie zasady proporcjonalności prowadzi jednoznacznie do konkluzji Zamawiającego.

Naliczenie kar w związku z uchybieniem postanowieniom umowy za jednostkowe przypadki odbioru odpadów niezgodne z harmonogramem usług nie może prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania i tym samym wykluczenia go z rynku zamówień publicznych.

Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2022 r. KIO 665/22 Wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2022 r. KIO 566/22 wskazuje, że kluczowe znaczenie dla prawidłowej interpretacji omawianych norm ma okoliczność, iż art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 111 pkt 4 p.z.p. mają charakter stricte sankcyjny. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., wiąże się dla wykonawcy z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres trzech lat (z zastrzeżeniem uprawnienia wykonawcy do skorzystania z instytucji samooczyszczenia). Sankcyjny charakter omawianych regulacji nakazuje ścisłą ich interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej.

Ponadto należy zauważyć, że Wykonawca REKO Prime Spółka z o.o. oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a oświadczenie zostało złożone zgodnie z instrukcją

Urzędu Zamówień Publicznych określoną w piśmie z dnia 2 listopada 2022 r. Urzędu Zamówień Publicznych p.n.: „Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ”, która mówi:

„Kierując się wymogami przejrzystości postępowania, wykonawca w części III sekcja C formularza JEDZ, odpowiadając na pytanie -(...) -składa oświadczenie skorelowane z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który 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).(…),W oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ w części III sekcja C nie wskazuje się umów, przy realizacji których wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7Pzp okoliczności.”

Zamawiający podtrzymuje swoją decyzję, a zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znalazły potwierdzenia w stanie faktycznym i jako takie należy uznać je za niezasadne.

Postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z art 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm. dalej PZP).

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 19 października 2022 roku pod numerem 2022/S 202-575351.

W dniu 22 grudnia 2022 r. wykonawca Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach wniósł odwołanie, zaskarżając czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na:

– zaniechaniu unieważnienia postępowania, podczas gdy zachodzi wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzieleniu zamówienia publicznego, a to na skutek braku możliwości weryfikacji – zgodnie z SWZ - aspektu środowiskowego kryterium oceny ofert, a to w wyniku braku zobowiązania Wykonawców do przedłożenia dokumentacji potwierdzającej spełnienie normy emisji spalin wskazanych w wykazie pojazdów stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ (np. kopii dowodów rejestracyjnych),

względnie

– nieprawidłowe przyznanie maksymalnej punktacji Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o. za kryterium nr 2 dotyczący spełnienia aspektu środowiskowego, przyznawane za: podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie realizacji zamówienia przy wykorzystaniu w realizacji przy wykorzystaniu w realizacji zamówienia pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin, podczas gdy REKO Prime Sp. z o.o. nie wykazał dla żadnego z pojazdów dokumentacji potwierdzającej spełnienie normy Euro VI,

– zaniechaniu przez Zamawiającego z wykluczenia Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o. z postępowania, pomimo że: – Wykonawca REKO Prime Sp. z o.o. w wykazie pojazdów z załącznika nr 5 do SWZ wskazał pojazdy stanowiące przedmiot leasingu, jednocześnie nie przedstawiając dokumentacji potwierdzającej, że jest stroną umowy leasingowej, co powoduje, że nie może być uznany za podmiot dysponujący wskazanym tam parkiem taborowym bowiem stroną umowy leasingu może być inny podmiot, którego oświadczenia o oddaniu zasobów do realizacji niniejszego zamówienia nie załączono, a także Wykonawca ten nie wykazał spełnienia norm emisji spalin wskazanych w wykazie, co w konsekwencji prowadzi do uznania, że REKO Prime Sp. z o.o. swoim działaniem dążyła do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, w celu uzyskania wyższej liczby punktów,

– Wykonawca REKO Prime Sp. z o.o. całkowicie pominął fakt, że w ramach usług świadczonych na rzecz Gminy Poraj w roku 2022, z uwagi na nierzetelne wykonanie zamówienia na rzecz tej gminy, były na niego wielokrotnie nakładane kary umowne z tytułu odbierania odpadów niezgodnie z harmonogramem, czego Wykonawca nie ujawnił pomimo, iż jedną z przesłanek fakultatywnych wykluczenia, stosowanych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, jest art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd dla wykazania braku zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji:

– zaniechaniu odrzucenia oferty REKO Prime Sp. z o.o., czego następstwem był:

– wybór oferty REKO Prime Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej z przedstawionych, mimo iż w złożonych przez powyższego Wykonawcę oświadczeniach podano informacje niezgodne ze stanem faktycznym, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zawyżenia ilości punktów przyznawanych przez Zamawiającego w postępowaniu, co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 255 pkt 6 PZP, a to w wyniku zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, w której w wyniku złożonych oświadczeń przez REKO Prime Sp. z o.o. oraz w kontekście treści SWZ, brak jest możliwości weryfikacji istotnych aspektów w niniejszym postępowaniu, a to normy emisji spalin, jakie spełniają pojazdy, które mają być dedykowane do wykonania zamówienia publicznego, pod kątem normy emisji spalin spełnianych przez dane pojazdy, a tym samym brak jest możliwości wykazania zarówno spełnienia wymogów zamawiającego udziału w postępowaniu (to jest posiadania pojazdów spełniających co najmniej Euro V) oraz kryterium oceny ofert (to jest pojazdów spełniających normę emisji spalin Euro VI lub napędzanych paliwami alternatywnymi) wobec braku zastrzeżenia w SWZ konieczności przedłożenia dowodów dokumentujących spełnienie w/w norm, np. dowodów rejestracyjnych,

2. art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 PZP w zw. z art. 110 PZP w zw. z 119 PZP art. poprzez zaniechanie niewykluczenia Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o., podczas gdy wystąpiły przewidziane przez Zamawiającego przesłanki wykluczenia z postępowania, to znaczy:

- REKO Prime z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał usługę odbioru odpadów komunalnych na rzecz Gminy Poraj, co doprowadziło do nałożenia na niego wielokrotnie kar umownych,

- REKO Prime wprowadził w błąd Zamawiającego, w zakresie informacji mających istotny wpływ na podjęcie decyzji, których wystąpienie stwarza wątpliwość co do rzetelności wykonania zamówienia przez powyższego Wykonawcę, a do których należą:

– złożenie oświadczenia potwierdzającego spełnienie normy Euro VI przez pojazdy wykazane przez Wykonawcę, których łączna liczba punktów stanowiła 35% całej możliwej punktacji do uzyskania, za które Zamawiający przyznał Wykonawcy maksymalną ilość punktów, mimo braku przedstawienia dokumentacji potwierdzającej spełnienie normy Euro VI przez pojazdy wskazane przez REKO Prime Sp. z o.o. w załączniku nr 5 do SWZ, podczas gdy zgodnie z posiadaną obecną wiedzą Odwołującego, tylko 3 pojazdy posiadają potwierdzoną normę Euro VI,

– złożenie oświadczenia potwierdzającego dysponowanie pojazdami do wykonywania zamówienia publicznego pomimo tego, że pojazdy jako leasingowane mogą być w dyspozycji innych podmiotów, które nie przedłożyły zobowiązań do udostępnienia zasobów REKO Prime, wobec czego w takim przypadku na REKO Prime Sp. z o.o. spoczywał obowiązek przedstawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, czego w niniejszym

postępowaniu nie uczynił. Następstwem powyższego zaniechania Zamawiającego jest brak wiedzy w tym zakresie, co doprowadza do sytuacji, że zamówienie będzie wykonywane przez podmiot trzeci, który podlegałby wykluczeniu, gdyby Zamawiający posiadał niezbędną dokumentację do przeprowadzenia obowiązkowego badania pod kątem stwierdzenia, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o.

– zatajenie informacji dotyczących nierzetelnego wykonania zamówienia przez Wykonawcę REKO Prime Sp. z o.o. na rzecz Gminy Poraj, w trakcie której Gmina Poraj nakładała na REKO Prime Sp. z o.o. wielokrotnie kary umowne za niezrealizowanie odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w Gminie Poraj w terminie zgodny z harmonogramem odbioru,

3. art. 128 ust 1 PZP w zw. z art. 223 ust. 1 PZP w zw. z § 5 Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez to, iż mimo wystąpienia wątpliwości w ramach prowadzonego badania przez Zamawiającego nie wystąpił on do REKO Prime Sp. z o.o. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień wraz z dokumentacją potwierdzającą poziom spełnianych przez leasingowane pojazdy norm emisji spalin oraz dokumentacji wskazującej, że REKO Prime Sp. z o.o. jest stroną umów w odniesieniu do leasingowanych pojazdów,

4. art. 226 ust. 1 pkt 2) podpkt a) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty REKO Prime, pomimo że wystąpiły podstawy wskazane w powyższych punktach do wykluczenia Wykonawcy REKO Prime z Postępowania.

5. art. 239 ust. 1) i 2) w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 7 PZP poprzez przyznanie REKO Prime maksymalnej punktacji (tj. 35 pkt) za spełnienie normy Euro VI przez wykazane w załączniku nr 5 do SWZ pojazdy, wyłącznie na podstawie przedstawionego oświadczenia, bez dokumentacji zaświadczającej spełnienie tejże normy, podczas gdy kryterium aspektu środowiskowego stanowi istotną rolę w zakresie przyznawanej punktacji i na jej podstawie, wyboru najkorzystniejszej oferty, a według wiedzy Odwołującej tylko 3 pojazdy spełniają normę Euro VI, przez co REKO Prime powinno zostać przyznanych tylko 15 punktów zamiast 35, co oznacza, że najkorzystniejszą ofertą złożyła Odwołująca.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach, ul. Nakielska 1-3, 42-600 Tarnowskie Góry, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca REKO Prime Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie, ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2023 r. (pismo z dnia 2 stycznia 2023 r.) wnosił o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 1, tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 ustawy PZP, a w pozostałym zakresie oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy PZP, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił

te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 110 ustawy PZP:

1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności

czynny wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Zgodnie z art. 119 ustawy PZP, Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

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. 239 ust. 1) i 2) ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

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

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nr 1 podlega odrzuceniu, natomiast pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w zakresie zarzutów 2-5 nie zasługują na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że stosownie do art. 528 pkt 3 ustawy PZP, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie natomiast z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści

dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

W ramach zarzutu nr 1, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie „art. 255 pkt 6 PZP, a to w wyniku zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, w której w wyniku złożonych oświadczeń przez REKO Prime Sp. z o.o. oraz w kontekście treści SWZ, brak jest możliwości weryfikacji istotnych aspektów w niniejszym postępowaniu, a to normy emisji spalin, jakie spełniają pojazdy, które mają być dedykowane do wykonania zamówienia publicznego, pod kątem normy emisji spalin spełnianych przez dane pojazdy, a tym samym brak jest możliwości wykazania zarówno spełnienia wymogów zamawiającego udziału w postępowaniu (to jest posiadania pojazdów spełniających co najmniej Euro V) oraz kryterium oceny ofert (to jest pojazdów spełniających normę emisji spalin Euro VI lub napędzanych paliwami alternatywnymi) wobec braku zastrzeżenia w SWZ konieczności przedłożenia dowodów dokumentujących spełnienie w/w norm, np. dowodów rejestracyjnych”.

W ramach uzasadnienia powyższego zarzutu Odwołujący stwierdził jedynie na stronie 8 odwołania, że: „mając na uwadze brak możliwości weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawców, niniejsze postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym, w ocenie Odwołującej, konieczne jest unieważnienie postępowania, aby Zamawiający mógł wszcząć ponowne postępowanie, w którym wady postępowania zostaną usunięte, w szczególności poprzez uwzględnienie w dokumentacji postępowania konieczności przedłożenia Zamawiającemu dokumentacji niezbędnej do ustalenia faktycznego dysponowania pojazdami, jak również spełnienia norm emisji spalin”.

Jeśli Odwołujący nie zgadzał się z postanowieniami SWZ, co do braku możliwości weryfikacji spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, to powinien wnieść odwołanie w terminie liczonym od dnia publikacji treści SWZ (od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej), tj. od dnia 19 października 2022 r. a nie od dnia 12 grudnia 2022 r. (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym od dnia 19 października 2022 r. rozpoczął się 10 dniowy bieg terminu na wniesienie odwołania dotyczących niezgodnych z ustawą PZP postanowień SWZ lub jej braków. W konsekwencji Izba stwierdziła, że odwołanie w tym zakresie podlegało odrzuceniu, na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP.

W dalszej części uzasadnienia Izba odniesie się do zarzutów merytorycznych. W zakresie zarzutu nr 2 w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 110 ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP poprzez zaniechanie niewykluczenia Wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o., podczas gdy wystąpiły przewidziane przez Zamawiającego przesłanki wykluczenia z postępowania, to znaczy:

- REKO Prime z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał usługę odbioru odpadów komunalnych na rzecz Gminy Poraj, co doprowadziło do nałożenia na niego wielokrotnie kar umownych,

- REKO Prime wprowadził w błąd Zamawiającego, w zakresie informacji mających istotny wpływ na podjęcie decyzji, których wystąpienie stwarza wątpliwość co do rzetelności wykonania zamówienia przez powyższego Wykonawcę, a do których należą:

- złożenie oświadczenia potwierdzającego spełnienie normy Euro VI przez pojazdy wykazane przez Wykonawcę, których łączna liczba punktów stanowiła 35% całej możliwej punktacji do uzyskania, za które Zamawiający przyznał Wykonawcy maksymalną ilość punktów, mimo braku przedstawienia dokumentacji potwierdzającej spełnienie normy Euro VI przez pojazdy wskazane przez REKO Prime Sp. z o.o. w załączniku nr 5 do SWZ, podczas gdy zgodnie z posiadaną obecną wiedzą Odwołującego, tylko 3 pojazdy posiadają potwierdzoną normę Euro VI,

- złożenie oświadczenia potwierdzającego dysponowanie pojazdami do wykonywania zamówienia publicznego pomimo tego, że pojazdy jako leasingowane mogą być w dyspozycji innych podmiotów, które nie przedłożyły zobowiązań do udostępnienia a zasobów REKO Prime, wobec czego w takim przypadku na REKO Prime Sp. z o.o. spoczywał obowiązek przedstawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, czego w niniejszym postępowaniu nie uczynił. Następstwem powyższego zaniechania Zamawiającego jest brak wiedzy w tym zakresie, co doprowadza do sytuacji, że zamówienie będzie wykonywane przez podmiot trzeci, który podlegałby wykluczeniu, gdyby Zamawiający posiadał niezbędną dokumentację do przeprowadzenia obligatoryjnego badania pod kątem stwierdzenia, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy REKO Prime Sp. z o.o.

- zatajenie informacji dotyczących nierzetelnego wykonania zamówienia przez Wykonawcę REKO Prime Sp. z o.o. na rzecz Gminy Poraj, w trakcie której Gmina Poraj nakładała na REKO Prime Sp. z o.o. wielokrotnie kary umowne za niezrealizowanie odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w Gminie Poraj w terminie zgodny z harmonogramem odbioru,

jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z rozdziałem XXVII SWZ, w którym opisano kryteria oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobem oceny ofert, zarzucany przez Odwołującego aspekt środowiskowy podlegał ocenie w oparciu o oświadczenie Wykonawcy w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ (pkt 4.1. Kryterium II – Aspekt środowiskowy: ilość pojazdów z normą emisji spalin EURO 6 (lub wyższą) i/lub pojazdów o których mowa w ustawie z dnia 11.01.2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych), w którym to formularzu Przystępujący wskazał 8 pojazdów, oświadczając, że pojazdy te spełniają normę emisji spalin EURO 6.

Nadto zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ (Wykaz Narzędzi, Wyposażenia Zakładu i Urządzeń Technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia), Przystępujący w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.4.2 rozdz. XX SWZ, wskazał te same pojazdy co w formularzu ofertowym, informując o podstawie dysponowania. Ww. załączniku Przystępujący oświadczył, że samochód Renault o numerze rejestracyjnym WND 74757 stanowi własność, natomiast pozostałe samochody, tj. SCANIA o numerze rejestracyjnym ST 3277T, SCANIA o numerze rejestracyjnym WGM 6679F, MERCEDES o numerze rejestracyjnym WGM 9991F, IVECO o numerze rejestracyjnym WND 89249, SCANIA o numerze rejestracyjnym ST 7831T, IVECO o numerze rejestracyjnym SC 9457X, MERCEDES o numerze rejestracyjnym WGM 6659F, stanowią przedmiot leasingu.

Izba wskazuje, że zdaniem Odwołującego tylko 3 pojazdy o numerze rejestracyjnym WGM 6679F, WGM 9991F, WGM 6659F spełniają normę emisji spalin Euro 6 (dowód w postaci pisma Starostwa Powiatu Grodzkiego z dnia 13 grudnia 2022 r. załączony do odwołania), tym samym pozostałe pojazdy w liczbie 5 nie spełniają normy emisji spalin Euro 6. Izba nie zgadza się z powyższym, ponieważ na podstawie dowodów przedłożonych przez Przystępującego na rozprawie w postaci dowodów rejestracyjnych wszystkich 8 pojazdów jednoznacznie wynika, że samochody te spełniają normy emisji spalin Euro 6, dlatego też zarzut ten w powyższym zakresie jest w ocenie Izby bezzasadny.

W dalszej części odwołania Odwołujący wskazuje, że Przystępujący „w przedstawionym Załączniku nr 5 do SWZ wskazał, że pojazdy w nim wymienione stanowią przedmiot leasingu, ale nie przedłożył dokumentów potwierdzających, że jest stroną tejże umowy, co rodzi obawy, że stroną umowy leasingu może być podmiot trzeci. Z tego względu powyższy Wykonawca powinien wykazać, że jest stroną umowy leasingu lub przedstawić zobowiązanie

podmiotu udostępniającego zasób, w celu wykazania, że posiada zasoby techniczne niezbędne do wykonania zamówienia w sposób rzetelny”.

Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, że w orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że dysponowanie polega na realnej możliwości skorzystania z rzeczy. I tak Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie, IV Wydział Cywilny Odwoławczy w wyroku z dnia 8 kwietnia 2011 r., IV Ca180/11, stwierdził że „w obrocie powszechnie spotykane jest, że poszczególne podmioty - nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi przykładowo jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniającego dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy Pzp (...)”.

Izba zważa, że na podstawie dowodów przedłożonych przez Przystępującego na rozprawie w postaci umów leasingowych, jednoznacznie wynika, że Przystępujący jest stroną umów leasingowych do samochodów wskazanych w załączniku nr 5 do SWZ, co powoduje dysponowanie w ramach potencjału własnego, bez konieczności przedstawiania zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasób, dlatego też zarzut ten w powyższym zakresie jest w ocenie Izby bezzasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, tym samym nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego z postępowania ze względu na „brak prawidłowego udokumentowania spełnienia normy Euro VI przez pojazdy wykazane przez REKO Prime Sp. z o.o. oraz niewykazania kto jest stroną umowy leasingu wymienionych pojazdów, czego następstwem jest wprowadzenie w błąd Zamawiającego”.

Nadto Izba wskazuje, że Odwołujący stwierdza, że podstawą do wykluczenia Przystępującego jest również zatajenie informacji co do „długotrwałego, nienależytego wykonania usługi na rzecz gminy Poraj, które świadczyła w roku 2022 r. W ramach wykonywanego na rzecz Gminy Poraj zamówienia, Wykonawca dopuścił się wielokrotnie nierzetelnego wykonania usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych i/lub prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów, o czym świadczą kary umowne nałożone na tego Wykonawcę....”.

Izba zważa, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo

długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2022 r., sygn. akt KIO 665/22: „Wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie”, a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazać należy, że Przystępujący realizował umowę na rzecz Gminy Poraj przez 15 miesięcy i przez ten okres ww. Gmina jedynie pięciokrotnie naliczała Przystępującemu kary umowne na podstawie umowy GK.272.50.2021 z dnia 27.12.2021 r. (dowody wskazane przez Odwołującego dołączone do odwołania, tj. nota księgową nr 24/2022 z dnia 29.06.2022 r. na kwotę 1800 zł, nota księgową nr 17/22 z dnia 28.04.2022 r. na kwotę 400 zł, nota księgową nr 14/2022 z dnia 28.02.2022 r. na kwotę 2200 zł, nota księgową nr 5/2022 z dnia 26.01.2022 r. na kwotę 6200 zł, nota księgową nr 25/2022 z dnia 22.07.2022 r. na kwotę 14 400 zł), przy czym co istotne ww. umowa opiewa na kwotę 4 874 569, 20 zł brutto (dowód w postaci umowy nr GK.272.50.2021 z dnia 27 grudnia 2021 r. złożony na rozprawie przez Przystępującego). Patrząc w kontekście wysokości nałożonych kar umownych przez Gminę Poraj i na wysokość, na jaką opiewa ww. umowa, Izba doszła do przekonania, że kary nałożone przez Gminę Poraj mają charakter marginalny i pomijalny, nie powodując uszczerbienia majątku gminy, na co wskazywał również Przystępujący na rozprawie.

Izba wskazuje, że podstawą do naliczenia powyższych kar umownych było niezrealizowanie odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych na terenie Gminy Poraj w terminie zgodnym z harmonogramem odbioru, co nie oznacza, w ocenie Izby, że sam fakt nałożenia kar umownych na Przystępującego automatycznie powoduje, że umowa realizowana jest nienależycie (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3090/20).

Izba zważa, że zgodnie z pismem Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 listopada 2022 r. pn. *Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ*, wynika, że „nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1

pkt 7 Pzp. W katalogu tym mieścić się będzie jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określone w umowach kary - w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych - mogą bowiem pełnić różne funkcje, nie tylko funkcję kompensacyjną. Warto jednak mieć na uwadze, że to funkcja kompensacyjna (odszkodowawcza) jest uznawana za podstawową funkcję kary umownej, gdyż co do zasady kara ta stanowi surogat odszkodowania należnego z tytułu szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania niepieniężnego. Innymi słowy, sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania”.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący w znacznym stopniu nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego (tj. z umowy GK.272.50.2021 z dnia 27.12.2021 r.), a jednostkowe przypadki odbioru odpadów niezgodnie z harmonogramem nie mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania. Kary umowne naliczone przez Gminę Poraj nie miały charakteru odszkodowawczego, ponieważ po stronie Gminy Poraj nie wystąpiła żadna szkoda o charakterze majątkowym, tj. nie doszło do uszczerbienia majątku gminy. Świadczy o tym również dowód Przystępującego w postaci oświadczenia Wójta Gminy Poraj z dnia 5 stycznia 2023 r., że: „Gmina Poraj nie poniosła szkody o charakterze majątkowym”.

Tym samym, w ocenie Izby, po stronie Przystępującego nie zmaterializował się obowiązek zastosowania procedury samooczyszczenia, o której sygnalizował Odwołujący w odwołaniu.

Konsekwencją braku podstaw do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, jest również brak możliwości wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, ponieważ ani w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ani w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa Przystępujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy PZP w zw. z § 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez to, iż mimo wystąpienia wątpliwości w ramach prowadzonego badania przez Zamawiającego nie wystąpił on do REKO Prime Sp. z o.o. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień wraz z dokumentacją potwierdzającą poziom spełnianych przez leasingowane

pojazdy norm emisji spalin oraz dokumentacji wskazującej, że REKO Prime Sp. z o.o. jest stroną umów w odniesieniu do leasingowanych pojazdów (zarzut nr 3), jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z § 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych w przypadku korzystania przez wykonawcę ze zdolności technicznych lub zawodowych albo sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby. Ze względu na to, że Przystępujący nie korzysta w przedmiotowej sprawie ze zdolności technicznych lub zawodowych albo sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, zarzut ten jest w ocenie Izby bezzasadny.

Na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w żadnym miejscu nie odniósł się co do naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Odnosnie zarzutu Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego (zarzut nr 4), jest zdaniem Izby niezasadny. Izba zważa, że biorąc pod uwagę rozważania Izby i materiał dowodowy w sprawie, w ocenie Izby Przystępujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, co powoduje, że nie podlega on wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

W konsekwencji powyższego nie mógł się również ostać zarzut nr 5, sugerujący naruszenie przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy PZP.

Izba w tym miejscu odniesie się jeszcze do pisma procesowego Odwołującego z dnia 4 stycznia 2023 r. w zakresie nałożonych na poprzednika prawnego Przystępującego kar umownych przez Gminę Niegowa (pismo Urzędu Gminy Niegowa z dnia 4 sierpnia 2021 r. i 25 czerwca 2021 r.) oraz Gminę Żarki (pismo Urzędu Miasta i Gminy w Żarkach z dnia 3 stycznia 2023 r.), jak również co do wprowadzenia w błąd Zamawiającego w odniesieniu do pojazdu o numerze rejestracyjnym SC 9457X.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności

faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodność działania Zamawiającego z ustawą. W związku powyższym, ze względu na to, iż powyższe okoliczności faktyczne nie były objęte zakresem zaskarżenia pierwotnie w treści odwołania, Izba pominęła dywagacje Odwołującego zawarte ww. piśmie w zakresie wprowadzenia w błąd Zamawiającego w odniesieniu do pojazdu o numerze rejestracyjnym SC 9457X, jak również powołane tam dowody (pismo Urzędu Gminy Niegowa z dnia 4 sierpnia 2021 r. i 25 czerwca 2021 r. oraz pismo Urzędu Miasta i Gminy w Żarkach z dnia 3 stycznia 2023 r. na okoliczność nałożenia kar umownych na poprzednika prawnego Przystępującego).

Nadto Izba wskazuje, że dowód w postaci referencji z dnia 4 listopada 2022 r. nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, natomiast dowód w postaci pisma Urzędu Miasta i Gminy w Żarkach z dnia 3 stycznia 2023 r. w zakresie niespełniania normy emisji spalin Euro 6 przez pojazd o numerze rejestracyjnym ST 3277T jest w świetle zgromadzonego materiału dowodowego niewiarygodny.

Stosownie do art. 553 ustawy PZP, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.

Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji posiadały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio odrzucenia części odwołania oraz kosztów postępowania, a zatem były postanowieniami. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 zd. 1 ustawy PZP wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1 i 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z art. 557 ustawy PZP, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy PZP, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje*

w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie odwołanie częściowo podlegało odrzuceniu. Ponadto, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odwołanie okazało się niezasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: