

Sygn. akt: KIO 793/15

WYROK
z dnia 4 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Robert Skrzyszewski
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. (lider), Port-Service Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum Plac Piastów 10, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Świętochłowice, ul. Katowicka 54, 41-600 Świętochłowice**

przy udziale wykonawcy **Mo-BRUK S.A., Nicew 68, 33-322 Korzenna**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. (lider), Port-Service Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum Plac Piastów 10, 44-100 Gliwice i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. (lider), Port-Service Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum Plac Piastów 10, 44-100 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania,

3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. (lider), Port-Service Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum Plac Piastów 10, 44-100 Gliwice** kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej ponad wymagany wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Świętochłowice (dalej „zamawiający”) na wykonanie zadania „Oczyszczenie i zabezpieczenie przed wtórną degradacją stawu Kalina oraz rewitalizacja terenu przyległego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Priorytet IL - Gospodarka Odpadami i Ochrona Powierzchni Ziemi, Działanie 2.2 Przywracanie terenom zdegradowanym wartości przyrodniczych i ochrona brzegów morskich” wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S. A. oraz Port- Service Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec:

1. wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”],
2. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonanego przez zamawiającego w konsekwencji m.in. wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 2a oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
3. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i odrzuceniu oferty odwołującego,
4. nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ,
5. zasądzenie kosztów postępowania od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Odwołujący podał, że jako podstawę wykluczenia go z udziału w postępowaniu zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2a ustawy Pzp wywodząc, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a także z powodu poważnego

naruszenia przez wykonawcę obowiązków zawodowych w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia i stosownie do treści art. 24 ust. 4 ustawy stwierdził, że oferta wykonawcy wykluczonego podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia odwołujący podał, iż zamawiający wskazał, że treść złożonych przez odwołującego referencji nie odpowiada wymaganiom SWIZ, ponieważ z powodu użycia szeroko rozumianego określenia „współuczestniczył” nie wynika zakres wykonanych robót oraz referencje nie wskazują, że usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący podał także, że zamawiający w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia opisał warunek udziału w postępowaniu w ten sposób, że wskazał, iż wykonawca musi wykazać, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu/wykonywaniu usługi lub usług oraz robót budowlanych niezbędnych do wykonania usługi związanej z likwidacją szkody w środowisku wyrządzonej w wodach lub powierzchni ziemi spowodowanej zaleganiem substancji niebezpiecznych, gdzie w ramach zamówienia wydobyto, przygotowano do odzysku i unieszkodliwienia oraz przetransportowano substancje niebezpieczne w ilości nie mniejszej niż 10 000 Mg z rekultywowanej powierzchni nie mniejszej niż 2 ha o wartości zamówienia wynoszącej co najmniej 10.000.00,00 zł brutto (zamawiający określił, co rozumie przez pojęcie szkody w środowisku oraz podał definicje substancji niebezpiecznych).

Odwołujący oświadczył, że przedstawił na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykaz wykonanych usług oraz dowód na wykonanie usługi w postaci referencji wystawionych przez firmę Group Consort Ltd z siedzibą w Izraelu, w których wystawca określił między innymi, że Port Service Sp. z o.o. współuczestniczyła w realizacji projektu, który obejmował kilka zadań: wydobywanie, pakowanie, przygotowanie do transportu, transport lądowy i transport morski w celu unieszkodliwienia odpadów zawierających substancje niebezpieczne oraz, że posiada potencjał techniczny, wykwalifikowaną kadrę pracowników oraz wiedzę i doświadczenie w zakresie zapewniającym wykonanie powierzonego zadania.

Stanął na stanowisku, że użyte w referencjach słowo „współuczestniczył” oznacza również „brał udział” lub „miał swój wkład”, zaś udzielający referencji nie bez powodu wymienił dokładnie, jakie czynności obejmował projekt, gdyż używając właściwego sobie sformułowania potwierdził zakres prac, które wykonywał Port Service Sp. z o.o.

Odwołujący uznał, że zamawiający z niezrozumiałych przyczyn kwestionuje dobór słów, chociaż sam w SWIZ używając słowa „wykonał” musiał mieć świadomość, że jest ono

również szeroko rozumiane i tylko od wystawcy referencji zależy, jakim czasownikiem się posłuży.

Dodał, że w toku postępowania Port Service (pismem z 05.03.2015 r. oraz pismem z 12.03.2015 r.) złożył zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia co do zakresu prac, w jakich brał udział.

Odwołujący stwierdził nadto, że zamawiający wyraził również pogląd, że użyte w referencjach sformułowanie „posiada potencjał techniczny wykwalifikowaną kadrę pracowników oraz wiedzę i doświadczenie w zakresie zapewniającym wykonanie powierzonego zadania” jest niewystarczające i nie wskazuje, że usługi zostały wykonane należycie.

Zdaniem odwołującego pogląd zamawiającego jest nieuprawniony i nie ma uzasadnienia w żadnych praktykach – żadne reguły nie określają, jakich słów należy użyć dla opisanego należycie wykonanej usługi, wszystko zależy od inwencji wystawcy referencji, sposób napisania referencji jest sprawą indywidualną, referencje stanowią list polecający zawierający zwięzłą i pozytywną opinię o danej osobie/podmiocie (nie wystawia się ich w przypadku, gdy opinia jest negatywna).

Odwołujący uznał, że przedstawione referencje budziły wątpliwość zamawiającego, ponieważ w poprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie tego samego przedmiotu zamówienia partner odwołującego się konsorcjum – Port Service sp. z o.o. był członkiem innego konsorcjum, które złożyło ofertę w postępowaniu. Odwołujący podał, że zamawiający stwierdził, że Port Service w tamtym postępowaniu nie posiadał własnej wiedzy i doświadczenia i dla spełnienia warunków udziału załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego S.L Group Consort Ltd z siedzibą w Izraelu, który udostępnił Port Service Sp. z o.o. własną wiedzę i doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu prac z zakresu ekologicznie bezpiecznego zbierania, przewożenia i unieszkodliwienia substancji niebezpiecznych, co zostało potwierdzone referencjami wystawionymi przez Ministerstwo Ekologii i Zasobów Naturalnych Ukrainy.

Odwołujący wyjaśnił, że w toku badania i oceny ofert firma Mo-Bruk S.A. jako drugi z wykonawców uczestniczących w postępowaniu, pismem z 03.03.2015 r. oraz z 16.03.2015 r. przedstawił informacje, że Port Service Sp. z o.o. nie realizował zamówienia, o które oparty jest List referencyjny i że jej udział w realizacji opisanego zamówienia sprowadzał się do spalania odpadów, zaś zamawiający dodatkowo na podstawie zgromadzonych informacji ustalił, że Port Service Sp. z o.o. była jedynie odbiorcą odpadów z Ukrainy.

Odwołujący podał, że w swoich wyjaśnieniach Port Service Sp. z o.o. oświadczył, że uczestnicząc jako członek konsorcjum w poprzednim postępowaniu przetargowym, w którym zamawiający postawił identyczne warunki udziału, nie posiadał dokumentu potwierdzającego

zdobytą wiedzę i doświadczenia w wymaganym zakresie, ponieważ o taki dokument nie występował (pomimo zdobytego doświadczenia, uczestnicząc w likwidacji szkody w środowisku, które realizował wraz z izraelskim partnerem, jakim była firma S.I. Group Consort Ltd.). Dodatkowo stwierdził, że udokumentowaną wiedzę w postaci referencji posiadał właśnie podmiot trzeci, w związku z czym konsorcjum utworzone na potrzeby poprzedniego postępowania postanowiło zaprosić izraelską firmę do współpracy (ze względu na wysokie koszty realizacji zadania firma mogła pomóc w ich sfinansowaniu).

Odwołujący ocenił, że przyjęcie w poprzednim postępowaniu takiego układu nie powinno budzić wątpliwości i nie jest to dowodem, że Port Service nie miał swojego wkładu w projekt, który został określony przez firmę S.L Group Consort w udzielonych referencjach. Odwołujący wskazał, że zamawiający sugerując się wyłącznie treścią pism firmy Mo-Bruk bez uzasadnionego powodu w swoich pismach kierowanych do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Gdańsku, Konsula Generalnego Ukrainy w Krakowie prosił o potwierdzenie, że Port Service realizował usługi wskazane w referencjach na rzecz Ministerstwa Ekologii i Zasobów Naturalnych Ukrainy. Podniósł, że Port Service Sp. z o.o. w żadnym ze złożonych oświadczeń i wyjaśnień nie twierdził, że realizował jakiegokolwiek zamówienie bezpośrednio na rzecz tego Ministerstwa, natomiast z przedstawionych referencji i oświadczeń/wyjaśnień wynika, że wykonywał zlecenie na rzecz firmy S.I. Group Consort Ltd.

Odwołujący oświadczył, że głównym i bezpośrednim partnerem Port Service w realizacji projektu będącego przedmiotem referencji jest ich wystawca firma S.L Group Consort Ltd., która zaprosiła Port Service do uczestniczenia w realizacji zamówień pozyskanych od Ministerstwa Ekologii i Zasobów Naturalnych Ukrainy oraz uznał, że dla relacji pomiędzy Port Service a S.I. Grup Consort Ltd. nie miało znaczenia, ile umów zawarła firma S.L Grup Consort Ltd. z Ministerstwem Ekologii i Zasobów Naturalnych Ukrainy.

Dodał, że umowa zawarta pomiędzy partnerem odwołującego się konsorcjum – Port service sp. z o.o. a S.L. Grup Consort miała na celu doprowadzić do realizacji likwidację odpadów niebezpiecznych, poprzez organizację wydobycia, pakowania, przygotowania do transportu lądowego i morskiego w celu ich unieszkodliwienia.

Na powyższej podstawie odwołujący stwierdził, że wnioskowanie zamawiającego w zakresie wielości umów i podziału na części zamówienia ze względu na miejsce świadczenia usług dokonane przez Ministerstwo Ekologii i Zasobów Naturalnych Ukrainy jako zamawiającego usługi, nie ma żadnego związku ani z sytuacją faktyczną/ rolą Port Service sp. z o.o., jaką pełnił w tamtej realizacji, ani z żadnym z oświadczeń czy wyjaśnień złożonych przez odwołującego, ponieważ Port Service sp. z o.o. nie był związany stosunkiem zobowiązaniowym z Ministerstwem Ekologii i Zasobów Naturalnych Ukrainy, ale z izraelską spółką S.I. Grup Consort Ltd.

Wyjaśnił, że Port Service zobowiązała się wobec S.I. Grup Consort Ltd. do unieszkodliwienia odpadów w ilości 15 000 Mg i w wykonaniu tego zobowiązania Port Service na podstawie uzyskanych notyfikacji, w których zgłaszającym była firmą S.I. BUD System LLS z Kijowa (firma córka S.I. Group Consort Ltd.w Izraelu) przyjął do unieszkodliwienia substancje niebezpieczne.

W ocenie odwołującego, wymagania zamawiającego opisane w SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zakres przedstawionych przez odwołującego referencji na dowód spełnienia tego warunku, pozwalają stwierdzić, że udzielone przez S.I. Group Consort Ltd. referencje obejmują współudział w realizacji projektu, w ramach którego realizowano zadania: wydobywanie, pakowanie, przygotowanie do transportu, transport lądowy i transport morski w celu unieszkodliwienia odpadów zawierających substancje niebezpieczne.

Odwołujący oświadczył, że referencje nie obejmują samego unieszkodliwiania odpadów, które Port Service Sp. z o.o. realizował w ramach transgranicznego przemieszczania odpadów, gdzie zgłaszającym i wytwórcą była firma S.I. BUD System LLS z Kijowa. Podniósł, że w SIWZ nie wskazano, że należy posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie unieszkodliwiania odpadów, dlatego też załączone przez odwołującego dowody, nie powinny być rozpatrywane w tym kontekście.

Odwołujący wskazał, że zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od łącznego wystąpienia dwóch przesłanek:

- wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz
- informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Podał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych ugruntowany jest pogląd, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie wówczas, gdy złożenie nieprawdziwych informacji jest wynikiem celowego i zamierzonego zachowania wykonawcy, działającego z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd oraz, że pomiędzy czynnością złożenia nieprawdziwych informacji a wynikiem postępowania musi istnieć związek przyczynowo-skutkowy.

Powołał się na wyrok KIO z 14.03.2014 r. o sygn. akt KIO 395/14, zgodnie z którym: „Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość.(...) Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości”.

Odnosząc się do uzasadnienia wykluczenia odwołującego stosownie do treści art. 24

ust. 2 pkt 3 ustawy Pz, tj. że na podstawie zgromadzonych informacji zamawiający ustalił, że udział partnera odwołującego się konsorcjum sprowadził się tylko do odbioru odpadów przywiezionych z Ukrainy do Polski i do ich unieszkodliwienia (częściowego) w instalacji, odwołujący stwierdził, że czynność unieszkodliwienia odpadów i sposób jej dokonania nie może podlegać jakimkolwiek badaniu przez zamawiającego, a już na pewno nie może podlegać jego ocenie w odniesieniu do jakiegokolwiek zapisu SIWZ, a w konsekwencji stosowania wobec odwołującego negatywnych skutków prawnych. Skoro – wywodził odwołujący – w treści SIWZ Rozdział 5 Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków pkt 1.2 a zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający nie wymagał, aby ta wiedza i doświadczenie obejmowały czynności unieszkodliwienia substancji niebezpiecznych, to nie może zamawiający badać ofert w tym zakresie, wobec czego jakiegokolwiek ustalenia zamawiającego w zakresie czynności unieszkodliwienia substancji niebezpiecznych nie mają i nie mogą mieć żadnego wpływu na wynik postępowania (nie została spełniona druga przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Ponadto, kontynuował odwołujący, w zakresie pozostałych czynności wymienionych w ww. zapisie SIWZ zamawiający nie posiada żadnego dowodu na nieprawdziwość informacji podanych w referencjach firmy S.I. Group Consort Ltd. co oznacza w sytuacji, gdy ciężar dowodu spoczywa na tym, kto ze swego twierdzenia wywodzi skutki prawne, tj. na zamawiającym, że brak dowodów powoduje, że nie została spełniona pierwsza przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Powołał się na wyrok KIO z 07.11.2013 r. o sygn. akt KIO 2484/13, zgodnie z którym „Wykazanie przesłanki podania nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie w oparciu o bardzo mocne dowody, na podstawie których można przypisać wykonawcy celowe zachowanie zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia. Wszelkie domysły odwołującego i jego przypuszczenia oraz uprawdopodobnienia nie stanowią dostatecznego materiału dającego podstawę do przypisania konkurentowi winy w działaniu polegającej na podaniu nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

Podkreślił, że pisma składane zamawiającemu przez drugiego wykonawcę oraz sformułowane tam wątpliwości wobec odwołującego i treści jego oferty, nie mogą stanowić jedynej podstawy do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stwierdził, że zamawiający prowadząc wyjaśnienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia odwołującego nie uzyskał żadnego dowodu, który potwierdzałby nieprawdziwe informacje zawarte w przedłożonych wraz z ofertą referencjach i oświadczeniach odwołującego.

W odniesieniu do wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia odwołujący oświadczył, że Port Service Sp. z o.o. wspólnie z PPUH VIG Sp. z o.o. oraz PPR COMPLEX Sp. z o.o. zawarł z zamawiającym – Gminą Świętochłowice umowę nr U/K/1/GM/1/14 z dnia 3 lutego 2014 r. na realizację usługi dla realizacji projektu nr POIS.02.02.00-00-002/11 pn. Oczyszczenie i zabezpieczenie przed wtórną degradacją stawu Kalina oraz rewitalizacja terenu przyległego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Priorytet II. - Gospodarka Odpadami i Ochrona Powierzchni Ziemi, Działanie 2.2 Przywracanie terenom zdegradowanym wartości przyrodniczych i ochrona brzegów morskich. Wyjaśnił, że załącznikiem nr 8 do tej umowy jest umowa konsorcjum zawarta między ww. wykonawcami.

Podał, że w dniu 8 września 2014 roku konsorcjum ww. wykonawców złożyło oświadczenie o odstąpieniu od umowy w części jeszcze niewykonanej – wykonawcy wskazali, że zgodnie z § 2 ust. 3 i § 8 ust. 1 pkt c) umowy obowiązkiem zamawiającego było dokonanie odbioru częściowego robót wykonanych w odcinkach miesięcznych, ponieważ w treści umowy strony dopuściły rozliczenie częściowe wykonanych robót miesięcznymi fakturami przejściowymi.

Odwołujący podał również, że pismem z dnia 28 sierpnia 2014 r. zamawiający, w trybie art. 491 § 1 kodeksu cywilnego, został wezwany do przystąpienia do dokonania odbioru oraz rozliczenia robót wykonanych w miesiącu lipcu 2014 r. z wyznaczeniem terminu odbioru na dzień 3 września 2014 r. pod rygorem odstąpienia od umowy. Wyjaśnił, że żądanie przystąpienia do odbioru prac zostało zgłoszone zarówno Nadzorowi Inwestorskiemu, jako podmiotowi ze strony zamawiającego upoważnionemu i zobowiązanemu do dokonywania odbiorów, jak i bezpośrednio zamawiającemu, jednak pomimo wielokrotnych rozmów z przedstawicielami zamawiającego w Nadzorze Inwestorskim i kilkakrotnie zmienianych wersji rozliczeń, zgodnie z poleceniami Inspektora Nadzoru, wykonawca nie uzyskał protokolarnego odbioru robót, co uniemożliwiło zafakturowanie wykonanych robót. Podkreślił, że zamawiający nie dokonał odbioru robót również w zakresie części „niespornej” obejmującej wykonane roboty związane z budową studni głębinowej, rurociągu tłoczego, rurociągu tłoczego odcieków i robót odwodnieniowych. Podniósł, że zamawiający w żaden sposób nie odpowiedział merytorycznie na wezwanie wykonawcy, nie licząc zaproszenia na spotkanie celem „wyjaśnienia zaistniałego nieporozumienia”.

W ocenie odwołującego zamawiający bezpodstawnie uchylał się od odbioru wykonanych robót i ich rozliczenia, co stanowiło podstawę do odstąpienia od zawartej umowy. Na potwierdzenie złożył oświadczenie z dnia 8 września 2014 roku.

Odwołujący podał, że oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy zostało złożone dopiero po upływie 14 dni, tj. w dniu 22 września 2014 r. Zauważył, że oświadczenie wykonawców nie zostało w żaden sposób podważone, a zatem – zdaniem odwołującego – późniejsze oświadczenie zamawiającego jest bezprzedmiotowe (umowa z zamawiającym została rozwiązana przez wykonawców z przyczyn leżących po stronie zamawiającego).

Odwołujący podniósł nadto, że Port Service Sp. z o.o. w składanych wyjaśnieniach nie przypisał konsorcjantowi PPUH VIG Sp. z o.o. wyłącznej winy za niewykonanie umowy z zamawiającym, przeciwnie – wyraźnie wskazał, że kwestia skuteczności złożonych oświadczeń o odstąpieniu nie jest rozstrzygnięta i pozostaje sporna, tak jak kary umowne żądane zarówno przez zamawiającego jak i konsorcjum. Na potwierdzenie złożył wyjaśnienia Port Service Sp. z o.o. z dnia 18 marca 2015 r.

Za istotne odwołujący uznał to, że przyczyny odstąpienia od umowy wskazane przez zamawiającego nie dotyczą prac wykonywanych przez Port Service Sp. z o.o.

Odwołujący oświadczył, że zgodnie z § 5 ust. 7 pkt b) umowy konsorcjum Port Service Sp. z o.o. zobowiązany był do unieszkodliwienia osadów dennych w spalarni odpadów, wyjaśniając że podział zadań między członkami konsorcjum został określony w umowie konsorcjum, która była znana zamawiającemu, gdyż stanowiła załącznik do umowy z zamawiającym.

Podał, że Port Service Sp. z o.o. wykonał przypadającą na niego część prac, tj. przyjął do unieszkodliwienia wszystkie przekazane przez PPUH VIG sp. z o.o. odpady i unieszkodliwia je w należącej do Port Service instalacji zgodnie z posiadanym pozwoleniem. Podkreślił, że zamawiający nie zgłosił żadnych zastrzeżeń do unieszkodliwiania odpadów, co oznacza prawidłowość wykonania prac przez Port Service Sp. z o.o.

Odwołujący stanął na stanowisku, że przepisy prawa zamówień publicznych, a także inne przepisy prawa nie dają członkom konsorcjum instrumentu pozwalającego na ingerencję w działanie innych członków konsorcjum, którzy są samodzielnymi i odrębnymi przedsiębiorcami – tak też umowa konsorcjum nie daje takiej możliwości członkowi konsorcjum, jakim był Port Service Sp. z o.o., co oznacza, że Port Service Sp. z o.o. nie można stawiać zarzutu, że nie podejmował działań, do jakich nie miał podstaw prawnych.

Wskazał, że Port Service Sp. z o.o. wielokrotnie w czasie negocjacji prowadzonych z zamawiającym zgłaszał swoją gotowość do rozliczenia wykonanych przez Port Service prac, czego dowodem jest pismo z dnia 30 stycznia 2015 r. przesłane na ręce Prezydenta Miasta Świątchłowic (załączone do odwołania), jednak Gmina nie wyrażała gotowości do

rozliczenia wykonanych przez Port Service prac bez udziału pozostałych członków konsorcjum i to mimo tego, że członkowie konsorcjum w aneksie nr 2 do umowy konsorcjum wyrazili zgodę na takie bezpośrednie rozliczenie.

Wobec tego, zdaniem odwołującego, zamawiający nie może zarzucać Port Service Sp. z o.o., że celowo uchyła się od czynności rozliczenia prac i wystawienia faktury.

Podsumował, że:

- Port Service wykonał bez zastrzeżeń ze strony zamawiającego przypadającą nań część umowy,
- zamawiający odmawia rozliczenia tych prac z Port Service,
- Port Service nie otrzymał wynagrodzenia za prawidłowo wykonane prace, i to nawet niespornej części tego wynagrodzenia (tj. przewyższającego kary umowne).

Odwołujący uznał, że to Port Service jest poszkodowany w stanie faktycznym sprawy, ponieważ nie otrzymał wielomilionowego wynagrodzenia za prawidłowo wykonane prace, a zważywszy, że niewypłacone wynagrodzenie, należne konsorcjum za prawidłowo wykonane prace, przewyższa sporną karę umowną naliczoną przez zamawiającego, nie ma ryzyka niezaspokojenia tej kary w przypadku gdyby zostało stwierdzone, że jest ona należna. Stwierdził, że kara jest jedynym zgłoszonym przez zamawiającego roszczeniem – po stronie zamawiającego nie występuje szkoda i nie ma ryzyka jej wystąpienia, nie zachodzi nawet potencjalna potrzeba naprawienia szkody w inny sposób.

W ocenie odwołującego nie można utożsamiać solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy z art. 141 ustawy Pzp z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych określonym w art. 24 ust. 2a tejże ustawy – co czyni zamawiający, uzasadniając wykluczenie odwołującego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że poważne naruszenie obowiązków zawodowych to zawinione zachowanie (działanie lub zaniechanie) oddziałujące na wiarygodność zawodową danego wykonawcy. Oceniał, że ustawowy wymóg zawinienia jednoznacznie wskazuje na to, iż przesłanka ta jest zindywidualizowana, a dla zastosowania art. 24 ust. 2a ustawy Pzp konieczne jest wykazanie wykonawcy winy, w szczególności zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Niewystarczające jest natomiast – podniósł odwołujący – wskazanie na solidarną odpowiedzialność za naruszenie obowiązków przez innego z wykonawców.

Stwierdził, że w interpretacji art. 24 ust. 2a ustawy Pzp pomocne jest orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej C-465/11 Forposta, zgodnie z którym użycie sformułowania "poważne naruszenie" wskazuje na konieczność wykazania naruszenia, które ma większe znaczenie niż niedbałość w wykonywaniu obowiązków lub niska jakość ich

wykonywania. Wskazał nadto, że w wyroku tym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajął stanowisko, że pojęcie "poważnego wykroczenia" należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie wykazał jakiegokolwiek naruszenia obowiązków zawodowych przez Port Service, a tym bardziej poważnego naruszenia tych obowiązków, podnosząc dodatkowo że samo uczestnictwo w konsorcjum z innym podmiotem, który naruszył swoje obowiązki (co w tej sprawie jest sporne) nie jest wystarczające dla zastosowania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, konieczne jest uwzględnienie indywidualnych okoliczności leżących po stronie konkretnego wykonawcy („Konieczność uwzględnienia indywidualnych okoliczności po stronie konkretnego wykonawcy wpływa także na awans przesłanki winy. Chodzi o to, aby nie dopuszczać do automatycznego wykluczenia wykonawcy, wyłącznie na podstawie samego stwierdzenia naruszenia porządku prawnego lub wymagań wynikających z konkretnego stosunku obligacyjnego.” - Ryszard Szostak Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, PZP, rok 2015, nr 1).

Zarzuty Zamawiającego – stwierdził odwołujący, będące wskazaną przez niego podstawą odstąpienia od umowy dotyczą prac przypadających do wykonania zgodnie z umową konsorcjum i faktycznie wykonywanych przez PPHU VIG Sp. z o.o.

Odwołujący oświadczył, nie przesądzając zasadności zarzutów zamawiającego, że Port Service, aby dać zamawiającemu gwarancję, że nie powtórzy się sytuacja z poprzedniego postępowania, przystąpił do nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na oczyszczenie i zabezpieczenie przed wtórną degradacją stawu Kaliną oraz rewitalizację terenu przyległego, bez udziału PPHU VIG Sp. z o.o. Wyjaśnił, że aktualny skład konsorcjum gwarantuje wykonanie umowy z zamawiającym, ponieważ prace, które budziły zastrzeżenia zamawiającego przypadają do wykonania MOSTOSTALOWI ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna, który posiada wystarczające środki, w tym techniczne, finansowe, organizacyjne i kadrowe, aby umowę wykonać. W ocenie odwołującego zmiana składu konsorcjum jest w tym przypadku odpowiednikiem zmian personalnych po stronie wykonawcy – odpowiednikiem racjonalnym i dostosowanym do przypadku wykonywania umowy przez konsorcjum.

Oświadczył nadto, że Port Service Sp. z o.o. wprowadził zmiany organizacyjne, które mają usprawnić wykonywanie umów realizowanych w formule konsorcjum – podjął konkretne działania organizacyjne, kadrowe i techniczne, które mają zapobiec naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości.

Podniósł, że mimo tego, że naruszenie obowiązków zawodowych jest sporne i nawet

potencjalnie nie dotyczy prac wykonywanych przez Port Service Sp. z o.o. to podjęte przez Port Service Sp. z o.o. i przedstawione w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu zmiany organizacyjne były adekwatne do zidentyfikowanych potrzeb – stanął na stanowisku, że nie było w szczególności uzasadnienia dla dokonania zmian personalnych w sytuacji, gdy pracownicy Port Service Sp. z o.o. swoje obowiązki wykonali należycie.

Podkreślił, że zamawiający wykluczył z postępowania odwołującego – konsorcjum składające się z Port Service Sp. z o.o. oraz MOSTOSTALU ZABRZE GPBP S.A. w sytuacji, gdy żadna z tych firm nie wykonywała prac, które, w ocenie zamawiającego, były wykonywane nieprawidłowo.

Podsumował, że art. 24 ust. 2a ustawy Pzp nie pozwala na takie wykluczenie; brak jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia dla przyjęcia, że wykonanie umowy przez odwołującego – konsorcjum w ww. składzie jest zagrożone.

Wskazał, że przedmiotowa podstawa wykluczenia odpowiada przesłance określonej dotychczas w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE, przy czym jej treść została doprecyzowana, poprzez dodatkowy wymóg oceny wykroczenia zawodowego wykonawcy z perspektywy jego uczciwości. Podniósł, że wykładnia prounijna art. 24 ust. 2a ustawy Pzp wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy, a w tym postępowaniu danym wykonawcą jest partner konsorcjum odwołującego – Port Service Sp. z o.o. W taki też sposób – zaznaczył odwołujący – zamawiający określał go w swoich pismach z 17.03.2015 r. i 24.03.2015 r. dotyczących wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy: „Wykonawca tj. Port Service Sp. z o.o.”. Na potwierdzenie załączył do odwołania pisma zamawiającego z 17.03.2015 r. i 24.03.2015 r.

W sytuacji, gdy art. 24 ust. 2a ustawy Pzp stanowi fakultatywną i nie działającą automatycznie przesłankę wykluczenia wykonawcy oceniającą rzetelność i uczciwość wykonawcy, przewidując możliwość tzw. „poprawy” w przyszłości i odstąpieniu wtedy od wykluczenia tegoż wykonawcy z postępowania – wywodził odwołujący – to niemożliwe byłoby jej zastosowanie do członka konsorcjum, co oznacza stan, w którym tylko wykonawca samodzielnie realizujący zamówienie mógłby skorzystać z możliwości „self cleaning”.

Zgodnie z brzmieniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – kontynuował odwołujący – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, co – wedle odwołującego – oznacza, że zamawiający nie ma prawa odbierać wykonawcy – członkowi konsorcjum uprawnienia do skorzystania z możliwości wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dwukrotnie zwracał się do niego o złożenie wyjaśnień w trybie

art. 24 ust. 2a ustawy Pzp i wszystkie wyjaśnienia partnera konsorcjum odwołującego zamawiający kwitował rygorem solidarnej odpowiedzialności, co odwołujący uznał za działania zamawiającego, które można by oceniać w kategoriach pozorności działań, a brak prawa wykonawcy/członka konsorcjum do „oczyszczenia się” jako naruszenie zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wskazał, że art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co oznacza, że wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zostało dokonane z naruszeniem art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że w zakresie skutecznej możliwości zastosowania art. 24 ust. 2a ustawy Pzp do wykluczenia wykonawcy z postępowania, zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia badania zaistnienia wszystkich przesłanek wymienionych w tym przepisie i potwierdzenia ich wystąpienia za pomocą środków dowodowych – zamawiający musi wykazać wykonawcy: winę, poważne naruszenie obowiązków zawodowych, zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo.

Podniósł, że zarówno z dyrektywy, jak i z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp wynika, że nie ma mowy o ułatwieniu dowodowym w postaci konstrukcji winy domniemanej, wynikającej z samego faktu naruszenia powinności obligacyjnych, pozostającego w związku przyczynowym z zachowaniem wykonawcy; ciężar dowodu winy obciąża zamawiającego, to samo dotyczy kwestii zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w tej sprawie zamawiający nie udowodnił zaistnienia wszystkich przesłanek koniecznych do wypełnienia się normy z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp – nie została zbadana, a tym bardziej udowodniona ani wina (to poprzednie konsorcjum wcześniej odstąpiło od umowy z zamawiającym z przyczyn zawinionych przez zamawiającego), ani zamierzone działanie czy rażące niedbalstwo Odwołującego. Zaznaczył, że zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia, opisując stan faktyczny poprzedniego przetargu pomija niewygodne dla siebie fakty, m.in. właśnie fakt odstąpienia od umowy z zamawiającym przez ówczesnego wykonawcę i to zanim oświadczenie o odstąpieniu od tej umowy złożył zamawiający.

W ocenie odwołującego czynność wykluczenia go została dokonana bezpodstawnie, zaś konsekwencją bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania jest czynność unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Bezpodstawne wykluczenie odwołującego – podniósł odwołujący – spowodowało odrzucenie oferty i niewłaściwe zastosowanie przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i unieważnienie postępowania w okolicznościach, gdy nie wystąpiła określona w tym przepisie sytuacja.

Odwołujący zwrócił uwagę na brak w przedmiotowym postępowaniu weryfikacji sytuacji finansowej wykonawców, tak aby nie narazić się na przypadek, gdy sytuacja finansowa wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza nie gwarantuje zamawiającemu faktyczne wykonanie zamówienia – zamawiający w SIWZ nie przewidział praktycznie żadnej możliwości weryfikacji sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawców.

Odwołujący stwierdził, że sytuacja ekonomiczna i finansowa spółki Mo-BRUK S.A. (drugiego z uczestniczących w tym postępowaniu) nie daje zamawiającemu gwarancji możliwości wykonawczych – jej poziom zadłużenia i koszty obsługi zadłużenia wyraźnie wskazują na ryzyko wystąpienia problemów płatniczych i zagrażają możliwość utrzymania płynności finansowej.

Podał, że na ryzyko to zwraca uwagę biegły rewident w swojej opinii, a także zarząd spółki w sprawozdaniu zarządu, na dowód czego odwołujący załączył do odwołania opinię niezależnego biegłego rewidenta, sprawozdanie Zarządu z działalności za rok 2014 oraz Raport z badania sprawozdania finansowego za 2014 rok.

Odwołujący podał także, że bez prolongaty terminów spłat rat kapitałowych ww. spółka nie ma szans na utrzymanie płynności, nawet w przypadku odroczenia spłat kapitału, trudne będzie obsługiwanie samych kosztów finansowych zadłużenia. Dodał, że Mo-BRUK S.A. wadium w tym postępowaniu wniosła w gotówce, co – wedle odwołującego – budzi poważne wątpliwości w zakresie możliwości uzyskania takiej gwarancji wadialnej od instytucji bankowych lub ubezpieczeniowych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego do wglądu w oryginale, odpowiedzi zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2015 r., a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut wykluczenia odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz odrzucenia jego oferty z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający w Rozdziale 5 SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* (pkt 1.2.) zażądał – w zakresie wiedzy i doświadczenia – wykazania przez wykonawcę: „że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedno (1) zamówienie polegające na wykonaniu/wykonywaniu usługi lub usługi oraz robót budowlanych niezbędnych do wykonania usługi związanej z likwidacją szkody w środowisku wyrządzonej w wodach lub powierzchni ziemi spowodowanej zaleganiem substancji niebezpiecznych, gdzie w ramach zamówienia wydobyto, przygotowano do odzysku i unieszkodliwienia oraz przetransportowano substancje niebezpieczne w ilości nie mniejszej niż 10 000 Mg, z rekultywowanej powierzchni nie mniejszej niż 2 ha, o wartości zamówienia wynoszącej co najmniej 10.000.00,00 zł brutto”.

W dalszej części Rozdziału 5 i w Rozdziale 6 Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia, dla celów oceny spełniania warunków udziału w tym postępowaniu, wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane oraz dowodów dotyczących głównych usług wymienionych w wykazie, określających, że usługi wykazane w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Na podstawie oferty odwołującego (str. 169) skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący złożył wykaz, w którym ujął jedną pozycję opisaną w następujący sposób: „Wykonanie usługi z zakresu ochrony środowiska na Ukrainie na rzecz firmy S.I. – Group Consort Ltd. z siedzibą w Izraelu. Zadanie zostało wykonane w ramach 1 zamówienia i polegało na wykonaniu usługi związanej z likwidacją szkody w środowisku wyrządzonej w powierzchni ziemi spowodowanej zaleganiem substancji niebezpiecznych, gdzie w ramach zamówienia wydobyto, przygotowano do odzysku i unieszkodliwienia oraz przetransportowano substancje niebezpieczne w ilości 15.000 Mg z rekultywowanej powierzchni 2.5 ha”.

Na podstawie referencji z dnia 27 stycznia 2015 r. złożonych przez odwołującego wraz z ofertą (str. 172) skład orzekający Izby ustalił, że podmiot S.I. Group Consort Ltd. (wskazany przez odwołującego w wykazie jako zamawiający) potwierdził, że: „w okresie od września 2011 roku do czerwca 2012 roku Port Service Sp. z siedzibą w Gdańsku, współuczestniczyła w realizacji projektu mającego na celu likwidację szkody w środowisku (...). Projekt obejmował kilka zadań: wydobycie, pakowanie, przygotowanie do transportu,

transport lądowy i transportu morskiego (...). W wyniku tego projektu, 25 regionów Ukrainy i ponad 300 magazynów (razem około 2.5 hektara) zostało oczyszczone z różnego rodzaju niebezpiecznych odpadów. Wartość brutto zadania wykonanego przez Spółkę Port Service wynosiła ponad 29.000.000,00 PLN. (...) Port Service Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku posiada potencjał techniczny, wykwalifikowaną kadrę pracowników oraz wiedzę i doświadczenie w zakresie zapewniającym wykonanie powierzonego zadania".

Zamawiający – pismami z dnia 4 lutego 2015 r. (wysłane 5 marca 2015 r.), 10 marca 2015 r., 16 marca 2015 r. oraz 30 marca 2015 r. zwracał się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie doświadczenia wynikającego z wykazu w tym, pismem z dnia 30 marca 2015 r., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, jaki udział w realizacji zamówień (prace dotyczące oczyszczania strefy katastrofy ekologicznej koło miasta Kałamuż oraz rekultywacji dawnych zakładów chemicznych Horłówka) miała firma SI BUD SYSTEM LLS z Kijowa.

Odpowiadając na to wezwanie, pismem z dnia 31 marca 2015 r., do którego załączono pismo Port Service Sp. z o.o. NM-0269/2015, odwołujący wskazał firmę SI BUD SYSTEM LLS z Kijowa jako spółkę córkę S.I. Group Consort Ltd. biorącą udział w transgranicznym przemieszczeniu odpadów.

W ramach postępowania wyjaśniającego, prowadzonego przez zamawiającego ze względu na wątpliwości zamawiającego co do prawdziwości złożonych przez odwołującego informacji, zamawiający uzyskał także pismo Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska (Departament Kontroli Rynku) z dnia 1 kwietnia 2015 r., w którym podano: „W roku 2011 Główny Inspektor Ochrony Środowiska wydał 6 zezwoleń na przywóz odpadów z Ukrainy w celu poddania ich unieszkodliwieniu w procesie D10 w instalacji prowadzonej przez firmę Port Service Sp. z o.o. (...) W przypadku wszystkich ww. zezwoleń, w charakterze zgłaszającego działała firma SI BUD SYSTEM LLS (...) Ww. firma była również wskazana jako wytwórca odpadów. Odbiorcą odpadów była firma Port Service Sp. z o.o.”

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący, na prośbę zamawiającego z dnia 30 marca 2015 r., nie udostępnił zamawiającemu umowy „potwierdzającej wykonanie w okresie od 1.09.2011 r. do 1.06.2012r. (...) zamówień”, uzasadniając odmowę (pismo z dnia 31 marca 2015 r., do którego załączono pismo Port Service Sp. z o.o. NM-0269/2015 z dnia 31 marca 2015 r.) tym, że treść umów zawieranych z kontrahentami, zgodnie z wprowadzoną w Port Servis Sp. z o.o. Polityką Bezpieczeństwa Informacji, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania (pismo z dnia 7 kwietnia 2015 r.) zamawiający uzasadnił, że „na podstawie zgromadzonych informacji (...) ustalił, że PORT SERVICE sp. z o.o. była jedynie odbiorcą odpadów z Ukrainy, natomiast wytwórcą odpadów pochodzących z Ukrainy była firma SI BUD SYSTEM LLS” (...) *Udział Wykonawcy w zadaniu opisanym w wykazie należycie wykonanych usług sprowadzał się tylko do odbioru odpadów przywiezionych przez SI BUD SYSTEM LLS z siedzibą w Kijowie oraz ich unieszkodliwienia (częściowego) w instalacji*”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Brzmienie postawionego przez zamawiającego wymogu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający żądał wykazania przez wykonawcę między innymi doświadczenia polegającego na wydobyciu substancji niebezpiecznych oraz na ich przetransportowaniu (oprócz doświadczenia polegającego na przygotowaniu do odzysku i unieszkodliwienia).

Odwołujący w złożonym wraz z ofertą wykazie ujął usługę polegającą między innymi na wydobyciu i przetransportowaniu substancji niebezpiecznych. Poza sporem był fakt, że usługa ta została zlecona członkowi odwołującego się konsorcjum (Port Service Sp. z o.o.) przez S.I. Group Consort Ltd. (usługa została zamówiona przez ten podmiot, wskazany w wykazie jako „zamawiający”).

Opierając się na informacjach pochodzących z Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska (Departament Kontroli Rynku) z dnia 1 kwietnia 2015 r., skład orzekający Izby uznał, że Port Servis Sp. z o.o. nie wydobył i nie przetransportował z Ukrainy do Polski w roku 2011 żadnych substancji niebezpiecznych, ponieważ przywóz tych substancji jest możliwy po uzyskaniu wydawanego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zezwolenia [art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów (Dz.U. Nr 124 poz. 859)], a firmie Port Servis Sp. z o.o. w roku 2011, tj. w okresie wskazanym w wykazie jako okres realizacji usługi wydobycia oraz przetransportowania substancji niebezpiecznych (od 01.09.2011 roku), żadnego zezwolenia nie wydano – w ww. piśmie z dnia 1 kwietnia 2015 r. podano, że w roku 2011 Główny Inspektor Ochrony Środowiska wydał wprawdzie 6 zezwoleń na przywóz odpadów z Ukrainy, jednak w przypadku wszystkich tych zezwoleń w charakterze zgłaszającego działała firma SI BUD SYSTEM LLS; ta też firma była wskazana jako wytwórca odpadów, firma Port Service Sp. z o.o. była „jedynie” odbiorcą odpadów.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że odwołujący (pismo z dnia 31 marca 2015 r., do którego załączono pismo Port Service Sp. z o.o. NM-0269/2015) wskazał firmę SI BUD

SYSTEM LLS z Kijowa jako spółkę córkę S.I. Group Consort Ltd. biorącą udział w transgranicznym przemieszczeniu odpadów, a nadto z referencji – co odwołujący potwierdził na rozprawie – wynika, że Port Service Sp. z o.o. współuczestniczył w projekcie obejmującym kilka zadań w tym wydobywanie oraz transport. Podkreślenia jednak wymaga j, że zadań tych (wydobycia i transportu substancji niebezpiecznych) wystawca referencji nie przypisał spółce Port Service, wskazując jedynie, że podmiot ten współuczestniczył w realizacji określonego projektu i odrębnie opisując, co swoim zakresem ów projekt obejmował. Tymczasem w treści wykazu wykonanych prac, który stanowi oświadczenie własne wykonawcy, w tym oświadczenie firmy Port Servis Sp. z o.o. wspólnie ubiegającej się o niniejsze zamówienie, odwołujący wprost oświadczył, że wykonywał określone prace objęte wskazanym projektem, w tym czynności wydobywania i transportu substancji niebezpiecznych. W ocenie zaś Izby przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające w tym zakresie, w szczególności informacja z Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska, potwierdza, że wskazane prace nie były wykonywane przez Port Servis Sp. z o.o. tylko przez inny podmiot. Odwołujący zatem jako wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne, działając w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w efekcie w celu uzyskania niniejszego zamówienia publicznego, posłużył się nieprawdziwymi (niezgodnymi z rzeczywistym stanem rzeczy) informacjami w tym postępowaniu, wprowadzając zamawiającego w błąd. Zamawiający podjął w tym zakresie z należytą starannością określone działania ażeby dać wykonawcy możliwość wyjaśnienia niezgodności co do zakresu prac wykonywanych przez Port Service Sp. z o.o. w wykazywanym w ramach wiedzy i doświadczenia projekcie. Odwołujący natomiast, jak też sam Port Service Sp. z o.o. nie przedłożył w tym zakresie zamawiającemu żadnych wyjaśnień, które usprawiedliwiłyby taki sposób działania po jego stronie, przede wszystkim nie została udostępniona zamawiającemu umowa z S.I. Group Consort Ltd., w oparciu o którą nastąpiła realizacja przez Port Servis Sp. z o.o. wskazanego projektu, choćby w części wskazującej na przedmiot umowy.

Na marginesie, odnosząc się do uzasadnienia odmowy udostępnienia umowy zawartej przez Port Servis Sp. z o.o., skład orzekający Izby zauważa, że Polityka Bezpieczeństwa Informacji wprowadzona w Port Service Sp. z o.o. jest wewnętrzną regulacją firmy Port Servis Sp. z o.o. W sytuacji, w której wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego i w tym celu powołuje się na realizację określonych projektów powinien mieć świadomość konieczności wykazania zamawiającemu, że dany projekt został zrealizowany i na jakich zasadach, a w sytuacji gdy są uzasadnione wątpliwości co do zakresu wykonanych prac, powinien dysponować na żądanie zamawiającego wszelkimi niezbędnymi dowodami, które służą potwierdzeniu określonych informacji. Zauważenia wymaga także fakt, że w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego –

stosownie do dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, składając zamawiającemu określone informacje ma prawo wprowadzić wobec nich zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zatem miał możliwość ochrony swojego interesu w postępowaniu co do swojej tajemnicy przedsiębiorstwa i brak przedłożenia zamawiającemu wskazanej umowy można w tej sytuacji odczytywać jedynie jako niechęć wykazania zamawiającemu rzeczywistego zakresu prac wykonywanych przez Port Servis Sp. z o.o. w przywołanym projekcie.

Wykazanie doświadczenia w zakresie wydobycia i przetransportowania substancji niebezpiecznych było konieczne dla uznania przez zamawiającego, że odwołujący niezbędne dla realizacji przedmiotowego zamówienia doświadczenie posiada, co warunkuje dopuszczenie oferty odwołującego do oceny merytorycznej i umożliwia zamawiającemu wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pozytywna ocena zamawiającego – na podstawie w szczególności oświadczenia odwołującego zawartego w wykazie – spełniania wymogu w zakresie doświadczenia w wydobyciu i przetransportowaniu substancji niebezpiecznych miałyby zatem wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania, tj. na wybór oferty odwołującego (oferta drugiego z wykonawców została odrzucona).

Skoro informacje w oświadczeniu odwołującego co do posiadanego przez członka odwołującego się konsorcjum, tj. Port Service Sp. z o.o. doświadczenia w zakresie wydobycia i przetransportowania substancji niebezpiecznych są nieprawdziwe, a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty odwołującego w sytuacji odrzucenia oferty jedynego konkurenta odwołującego to uznać należy, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego się z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obligującego zamawiającego do wykluczenia każdego wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W konsekwencji za zasadne uznać należy odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp zgodnie, z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że zarzut odrzucenia oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może dotyczyć wyłącznie tzw. trybów dwuetapowych – oferta wykonawcy w przetargu nieograniczonym w momencie jej składania nie jest ofertą składaną przez wykonawcę już wykluczonego; nie jest to także tryb, w którym ofertę składa się na zaproszenie zamawiającego.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut wykluczenia odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2a ustawy Pzp potwierdził się.

W zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania (pismo z dnia 7 kwietnia 2015 r.) zamawiający uzasadnił, że „w sprawie bezsporne jest, że doszło do niewykonania poprzedniego zamówienia z zawartej w dniu 3.02.2014r. umowy, której stroną był Wykonawca – Port Service sp. z o.o. (członek konsorcjum). Solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum powoduje, że konsorcjant odpowiada nie tylko za swoje własne działanie, ale też za działania lub zaniechania innych konsorcjantów”.

W ww. zawiadomieniu zamawiający w ogóle nie odniósł się do kwestii winy poszczególnych członków konsorcjum, w tym Port Service Sp. z o.o. w związku z niewykonaniem poprzedniego zamówienia, koncentrując się na kwestii solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum za prawidłową realizację zamówienia.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Poza sporem był fakt, że zamawiający przewidział w SIWZ (Rozdział 5), że wykluczy z postępowania wykonawcę z przyczyn, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Poza sporem był także fakt, że członek odwołującego się konsorcjum (Port Service Sp. z o.o.) był także członkiem konsorcjum, któremu ten zamawiający udzielił zamówienia publicznego i w dniu 3 lutego 2014 r. podpisał umowę, jak określił to zamawiających w ww. zawiadomieniu, „na realizację zamówienia objętego aktualnie prowadzonym postępowaniem”.

Poza sporem było także to, że do wykonania ww. umowy w całości nie doszło.

Kwestia sporną między stronami było to, która ze stron umowy z dnia 3 lutego 2014 r. skutecznie od tej umowy odstąpiła.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwą nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych.

Przyjmując nawet, jak uczynił to zamawiający, że niewykonanie w całości zamówienia w wyniku zawartej w dniu 3 lutego 2014 r. z konsorcjum, którego członkiem był Port Service

Sp. z o.o. (członek konsorcjum, które złożyło ofertę w przedmiotowym postępowaniu) umowy stanowi poważne naruszenie obowiązków zawodowych, o którym mowa w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, to podnieść należy, że koniecznym jest – w świetle art. 24 ust. 2a ustawy Pzp – wykazanie przez zamawiającego, że niewykonanie zamówienia przez takiego wykonawcę było zawinione.

Tymczasem, jak wskazano powyżej, w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego się konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający do kwestii winy, czy to poszczególnych członków konsorcjum, czy choćby Port Service Sp. z o.o. w związku z niewykonaniem w całości poprzedniego zamówienia w ogóle się nie odniósł.

Kwestia winy nie została także poruszona przez zamawiającego w toku rozprawy.

Uwzględniając wynikającą z przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp przesłankę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, której niezbędnym elementem jest wina wykonawcy (w szczególności zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo), a także fakt, że zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp nawet nie wskazał, na czym wina Port Servis Sp. z o.o. przy realizacji umowy z dnia 3 lutego 2014 r. polegała, o jej wykazaniu nie wspominając, uznać należy, że zamawiający nie mógł wykluczyć odwołującego się konsorcjum na podstawie ww. przepisu.

Wezwanie odwołującego się, pismem zamawiającego z dnia 17 marca 2015 r., do „złożenia wyjaśnień dotyczących podjęcia przez Wykonawcę czynności naprawczych”, jak i odpowiedź odwołującego się (pismo z dnia 20 marca 2015 r.) skład orzekający Izby uznał – wobec nie wykazania winy – za pozostające bez znaczenia

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się. Powyższe w świetle dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie mogło jednak stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Jak wskazano powyżej – wedle ustaleń Izby – potwierdziła się bowiem inna podstawa do wykluczenia odwołującego z postępowania (Izba uznała podniesiony w tym zakresie przez odwołującego zarzut za niezasadny), stąd też Izba uznała, że stwierdzone w tym przypadku naruszenie przepisów ustawy Pzp nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania, tj. wykluczenia odwołującego z postępowania i tym samym unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w konsekwencji wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty nie potwierdził się.

Wobec uznania przez skład orzekający Izby, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zarzut co do unieważnienia postępowania został postawiony jako konsekwencja odrzucenia oferty odwołującego ze względu na wykluczenie odwołującego z naruszeniem m.in. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skład orzekający Izby uznał, że także zarzut bezprawnego unieważnienia przedmiotowego postępowania nie potwierdził się.

Odnosząc się do podnoszonej w odwołaniu kwestii sposobu „sformułowania treści SIWZ przez Zamawiającego w zakresie możliwości lub raczej ich braku weryfikacji sytuacji finansowej Wykonawców” oraz kwestii, że Mo-BRUK S.A. „nie daje Zamawiającemu gwarancji możliwości wykonawczych” (str. 11 i 12 odwołania) skład orzekający Izby wskazuje jedynie, że na rozprawie odwołujący potwierdził, że „nie postawił zarzutu zaniechania wykluczenia współkonkurenta z udziału w postępowaniu ze względu na niespełnienie wymagań w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a jedynie, poprzez odwołanie, chciał zwrócić uwagę zamawiającego, że kwestie te przy konstruowaniu tak skomplikowanego zamówienia, o tak dużej wartości winny być poddane ocenie.

Innymi słowy, wobec braku takiego zarzutu skład orzekający Izby zarzutu takiego nie rozstrzygał.

Skład orzekający Izby, choć potwierdził się jeden z zarzutów odwołania, odwołanie oddalił, ponieważ uznał, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego w następstwie wykluczenia wykonawcy z uwagi na złożenia w przedmiotowym postępowaniu informacji nieprawdziwych, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – potwierdzenie się jednego zarzutów nie ma wpływu na wynik postępowania (a contrario art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Skład orzekający Izby nakazał zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego się konsorcjum kwoty 5 000 zł 00 gr uiszczonej przez to konsorcjum ponad wymagany wpis od odwołania.

Zgodnie bowiem z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest równa lub – jak w przedmiotowym postępowaniu – przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 15 000 zł.

Przedmiotem prowadzonego przez Gminę Świętochłowice postępowania jest usługa – *Oczyszczenie i zabezpieczenie przed wtórną degradacją stawu Kalina oraz rewitalizacja terenu przyległego.*

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 grudnia 2014 r. pod nr 2014/S 250-444984.

Tym samym, wysokość wpisu, jaki powinien wnieść wykonawca to kwota 15 000 zł.

Z uwagi na fakt, iż odwołujące się konsorcjum uiściło wpis w wysokości 20 000 zł, tj. w kwocie wyższej niż określona ww. przepisami, zasadny jest zwrot kwoty 5 000 zł z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....