

Sygn. akt: KIO 2184/18

WYROK

z dnia 7 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2018 r. przez wykonawcę

ECO-ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu, Plac Hirszfelda 12, 53-413 Wrocław**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EMKAS.A**

z siedzibą w Żyrardowie oraz PROMAROL PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Ślawie głaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego ECO-ABC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Przemysłowa 7, 97-400 Bełchatów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2184/18

Uzasadnienie

Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” na usługę polegającą na unieszkodliwianiu i transporcie odpadów niebezpiecznych oraz medycznych z Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu oraz filiach DCO w Legnicy i Jeleniej Górze w skali 36 miesięcy z podziałem na 3 pakiety, znak sprawy ZP/PN/77/18/IEL/JG. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 608904-N-2018 z dnia 28 sierpnia 2018 r., z późniejszą zmianą w BZP z dnia 5 września 2018 r. nr 500212691-N-2018. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 19 października 2018 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy ECO-ABC Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i w konsekwencji uznaniu jego oferty za odrzuconą.

W dniu 23 października 2018 r. wykonawca ECO-ABC Sp. z o.o (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na przedstawienie informacji dotyczącej miejsca unieszkodliwiania odpadów, wprowadzających, według Zamawiającego, w błąd, które to informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konsekwencji uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 2) powtórzenia oceny oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu i uznaniu, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania;
- 3) wpłaty na rzecz Odwołującego zgodnej z przepisnymi normami kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania;

Wykazując swoje uprawnienie do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ prowadzi działalność w zakresie m.in. transportu i unieszkodliwiania odpadów i według kryteriów oceny ofert złożył najkorzystniejszą ofertę. Postępowanie jest prowadzone w trybie procedury odwróconej, co oznacza, że Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego, jako zgodną z SIWZ i najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert, jednakże z naruszeniem przepisów ustawy Pzp uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący może w związku z tym ponieść szkodę, która wyrażać się będzie w braku pozyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał m.in., iż pomimo, powołanej przez Zamawiającego podstawy prawnej, sposób sformułowania uzasadnienia faktycznego budzi zastrzeżenia, bowiem musi odkodować faktyczne przyczyny wykluczenia z postępowania. Zamawiający wskazał, bowiem, że wyklucza Odwołującego z postępowania z uwagi na podanie w ofercie informacji wprowadzających w błąd, po czym opisuje warunki udziału w postępowaniu, których spełnienia przez Odwołującego nie kwestionuje. Odwołujący podniósł, iż uzasadnienie faktyczne sformułowane w sposób chaotyczny i w istocie nie w pełni odzwierciedlające powołaną podstawę prawną narusza zasadę przejrzystości i równego traktowania Wykonawców.

Zdaniem Odwołującego szczegółowa analiza uzasadnienia informacji o wykluczeniu z postępowania prowadzi do konkluzji, że informacją wprowadzającą w błąd, którą w wyniku lekkomyślności podał w ofercie Odwołujący jest, zdaniem Zamawiającego, oświadczenie woli zawarte w pkt II.C. formularza ofertowego zgodnie, z którym: „Miejscem utylizacji odpadów niebezpiecznych i medycznych będzie Spalarnia Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych ul. Grzybowa 1,56 - 300 Milicz”. Jak wskazał Zamawiający „treścią oferty ECO-ABC Sp. z o.o. była deklaracja realizacji przedmiotu umowy w spalarni w Miliczu”. Praca tej instalacji została wstrzymana na mocy decyzji WIOŚ z dnia 7 lipca 2018 r., w związku, z czym, zdaniem Zamawiającego, oświadczenie, że odpady medyczne i niebezpieczne będą unieszkodliwiane w spalarni w Miliczu stanowiło lekkomyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i wskazał, że została ona dokonana z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zgodnie, z którym wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o ten przepis wymaga łącznego wystąpienia trzech przesłanek, tj.: przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. W ocenie Odwołującego nie została spełniona żadna z ww. przesłanek.

Odnosząc się do pierwszej z ww. przesłanek Odwołujący zwrócił uwagę, że wskazanie w formularzu ofertowym, iż odpady będą unieszkodliwiane w spalarni w Miliczu nie może zostać uznane za informację wprowadzającą w błąd, albowiem deklaracja wykonania przedmiotu umowy w określonym miejscu stanowi oświadczenie woli, które nie podlega ocenie w kategorii prawda/fałsz (wprowadzenie w błąd). Jest to oświadczenie woli wykonania zobowiązania w spalarni wskazanej w formularzu ofertowym, do którego nie ma zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący podniósł, iż jak wskazała KIO w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., sygn. KIO 734/17 - informacja wprowadzająca w błąd to informacja nieprawdziwa - informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością - nie odpowiada obiektywnym faktom. Informacja ta musi jednocześnie wywołać skutek w postaci błędnej oceny stanu faktycznego u odbiorcy - Zamawiającego, podejmującego decyzje w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie natomiast ze stanowiskiem SO w Katowicach wyrażonym w wyroku z 11.4.2013 r., XIX Ga 179/13, niepubl.: "Podkreślenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Zatem dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością w sposób niebudzący wątpliwości. Zatem pojęcie "nieprawdziwych informacji" może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeniu wiedzy, a nie do oświadczenia woli." Zgodnie z art. 60 Kodeksu cywilnego, oświadczeniem woli jest każde zachowanie się osoby, które ujawnia jej wolę w sposób

dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej. W polskim ustawodawstwie brak jest natomiast definicji oświadczenia wiedzy, niemniej jednak powszechnie przyjmuje się, że oświadczenie takie stanowi zdarzenie polegające na przekazaniu przez podmiot informacji, będących uzewnętrznieniem treści intelektualnych przez niego posiadanych, innemu podmiotowi lub podmiotom. Powyższe rozróżnienie oświadczeń składanych przez wykonawców ma istotne znaczenie, bowiem zwłaszcza w przypadku ofert składanych w postępowaniu wykonawcy zawierają w nich zarówno oświadczenia woli (np. co do ceny i terminu wykonania zamówienia), jak i oświadczenia wiedzy (np. w wykazach wykonanych dostaw lub usług, podając w nich informacje na temat dostaw lub usług, czy w różnego rodzaju formularzach, specyfikacjach technicznych, zamieszczając w nich informacje na temat parametrów i właściwości oferowanych urządzeń). W świetle orzecznictwa KIO za nieprawdziwe informacje mogą być uznane tylko i wyłącznie te przekazywane w składanych oświadczeniach wiedzy, nie mogą być natomiast uznane za nieprawdziwe oświadczenia woli. Odwołujący wskazując wyroki KIO, w tym z dnia 26 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 711/12 z dnia 20 lipca 2012 r. oraz z dnia 6 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2327/12, podniósł, iż KIO wielokrotnie podkreślała, że trudno oświadczenie mające charakter wyraźnie zobowiązaniowy (w tym znaczeniu: oświadczenie woli) traktować, jako informację o istniejącej rzeczywistości (oświadczenie wiedzy). Dla zastosowania wobec wykonawcy sankcji wynikającej z art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp (wykluczenie z postępowania) należy bezspornie wykazać, że składane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje. Z takim działaniem nie można utożsamiać czy to działania w warunkach błędnego zrozumienia dokumentów opracowanych przez zamawiającego (siwz, ogłoszenia), czy - tak jak ma to miejsce w analizowanej sprawie - zobowiązania się do określonego świadczenia, którego możliwość wykonania jest w świetle aktualnej wiedzy technicznej oraz znajomości procesów zachodzących w przyrodzie, realnie możliwa. Niewywiązanie się z określonego zobowiązania skutkuje koniecznością zapłaty kar umownych lub innymi sankcjami przewidzianymi w przepisach prawa. Kwestia ta nie może natomiast podlegać ocenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. „Złożenie nieprawdziwych oświadczeń może dotyczyć faktów, a w związku z tym - oświadczeń wiedzy, a nie oświadczeń woli, jako zakresu zobowiązania wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający kwestionuje oświadczenie woli wykonawcy, zawarte w formularzu ofertowym, o zobowiązaniu się do wykonania zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. Oświadczenie powyższe nie zawiera informacji o faktach, które można byłoby skonfrontować ze stanem rzeczywistym i ustalić ich prawdziwość lub fałszywość. Oświadczeniu woli można zarzucić, że zostało złożone pod wpływem błędu lub dotyczy świadczenia niemożliwego, jednak w ustalonym stanie faktycznym zarzuty takie nie zostały podniesione przez odwołującego. W ocenie Odwołującego nie można, zatem mówić, że istnieje rozbieżność pomiędzy jego oświadczeniem, że usługa zostanie zrealizowana w spalarni w Miliczu, w sytuacji, w której oświadczenie to odnosi się do przyszłego zobowiązania Odwołującego, a nie rzeczywistego stanu rzeczy. Zgodnie bowiem ze słownikiem języka polskiego „rzeczywisty” to «obiektywnie istniejący, taki, który się naprawdę zdarzył» (<https://sjp.pwn.pl/szukaj/rzeczywistym.ht>). Nie można zatem uznać, że deklaracja realizacji usługi w określonym miejscu stanowi informację wprowadzającą w błąd. Gdyby przyznać rację Zamawiającemu, to konieczne byłoby każdorazowe wykluczenie z postępowania Wykonawców, którzy deklarują że wykonają umowę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego chociaż Zamawiający wie, że Wykonawca nigdy nie realizuje umów prawidłowo. Odwołujący, wskazując na wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1062/15; KIO 1063/15, zauważył, iż oferta jest oświadczeniem na przyszłość, deklaracją spełnienia określonego świadczenia. Tego rodzaju oświadczenie, jeśli nie ma za przedmiot świadczenia obiektywnie niemożliwego, stanowi pełnowartościowe źródło stosunku zobowiązaniowego, to zaś nie stanowi twierdzenia o istniejącej rzeczywistości, które mogłoby być rozpatrywane przez pryzmat jego prawdziwości lub nie, ale ma charakter obligacyjny, skutkujący obowiązkiem określonego świadczenia.

Z ostrożności Odwołujący podał, iż nawet, gdyby uznać, że oświadczenie o zamiarze wykonania umowy w spalarni w Miliczu stanowi oświadczenie wiedzy, wówczas w celu wykluczenia z postępowania konieczne byłoby wykazanie, że wykonanie zobowiązania w spalarni w Miliczu jest obiektywnie niemożliwe, ale wtedy konieczne byłoby wyeliminowanie Odwołującego z postępowania w oparciu o inną podstawę prawną. Odwołujący zaznaczył jednak, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można mówić o obiektywnej niemożliwości świadczenia usługi w spalarni zaproponowanej przez Odwołującego, ponieważ, jak podkreśla się w orzecznictwie „świadczeniem niemożliwym określa się świadczenie niedające się urzeczywistnić, inaczej niewykonalne, tj. takie które jest obiektywnie niemożliwe - gdy nie może go spełnić nie tylko dłużnik, ale każda inna osoba. Owa niemożliwość musi mieć nadto charakter trwały” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 marca 2013 r., i ACa 872/12), natomiast decyzja wstrzymująca pracę spalarni w Miliczu nie ma charakteru trwałego. Decyzja została wydana na podstawie art. 364 ustawy Prawo ochrony środowiska i wstrzymuje jedynie pracę spalarni do czasu ustania przyczyn wstrzymania działalności. Jak stanowi art. 367 ustawy Prawo ochrony środowiska, po stwierdzeniu, że ustały przyczyny wstrzymania działalności lub użytkowania, na podstawie decyzji, o

których mowa w niniejszym dziale, wojewódzki inspektor ochrony środowiska, wójt, burmistrz lub prezydent miasta, na wniosek zainteresowanego, wyraża zgodę na podjęcie wstrzymanej działalności lub użytkowania. Decyzje o wstrzymaniu użytkowania instalacji nie oznaczają że zakaz eksploatacji instalacji, urządzenia lub obiektu ma charakter definitywny (Gruszecki Krzysztof, Prawo ochrony środowiska. Komentarz, wyd. IV). Nadto decyzja WiOŚ z dnia 17 lipca 2018 r. nie jest decyzją ostateczną, bowiem Odwołujący wniósł od niej w dniu 31 lipca 2018 r. odwołanie do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, na dowód czego załączył kopię pierwszej strony odwołania od decyzji z dnia 17 lipca 2018 r. z prezentatą WIOŚ.

Odwołujący podkreślił, że w razie oferowania określonego przedmiotu występuje oświadczenie woli, zobowiązanie do spełnienia określonego świadczenia, w czasie, miejscu i na warunkach określonych przez zamawiającego - samo zaś zobowiązanie się do świadczenia, nie może być uznane za niezgodne z rzeczywistością w oparciu o przypuszczenia i spekulacje, że wykonawca, w momencie zaktualizowania się obowiązku dostarczenia przedmiotu, nie będzie miał możliwości realizacji usługi. Jeśli wykonawca zobowiązuje się do spełnienia określonego świadczenia, trudno zakładać, że zobowiązanie to jest nieprawdziwe. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 23 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 70/15 „nie sposób tracić z pola widzenia kwestii, czym jest oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oferta stanowi bowiem oświadczenie woli realizacji określonego świadczenia - spełniającego postawione przez zamawiającego wymagania przedmiotu - w przyszłości. Natomiast treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.”

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie rozróżnia również etapu ubiegania się o zamówienie od etapu realizacji usługi. Tymczasem, jak wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 933/13 „możliwe są sytuacje, iż w toku realizacji umowy rzeczywiste miejsce unieszkodliwiania odpadów. z różnych przyczyn, może być inne, niż deklarowane w ofertach. Rozpatrując odwołanie, w granicach podniesionych zarzutów, Krajowa Izba Odwoławcza, ocenia zgodność z prawem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zmierzającego do zawarcia umowy. Hipotetyczny przebieg realizacji umowy pozostaje oczywiście poza kognicją Izby.” Odwołujący zauważył, iż Zamawiający dopuszcza zmianę, dotyczącą propozycji spalarni, w której będą unieszkodliwiane odpady, co jednoznacznie wynika z § 3 ust. 5 i 6 projektu umowy, w których zaznaczono: „W przypadku awarii instalacji wskazanej w § 2 ust. 3 niniejszej umowy Wykonawca zobowiązany jest zapewnić unieszkodliwianie odpadów w innej jednostce bez dodatkowych kosztów ze strony Zamawiającego z zachowaniem przepisów Ustawy o odpadach” oraz ”Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego powiadomienia w formie pisemnej Zamawiającego o wszystkich zmianach dotyczących miejsca unieszkodliwiania odpadów oraz informowania czy istniejące instalacje działają i czy Wykonawca ma wolne moce przerobowe niezbędne do wykonania zamówienia w trakcie trwania niniejszej umowy.” Odwołujący zauważył również, że wskazanie spalarni w Miliczu nie miało na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Decyzja o wstrzymaniu spalarni w Miliczu nie ma charakteru definitywnego. Odwołujący wniósł odwołanie od powyższej decyzji, a odwołanie jest aktualnie rozpoznawane przez GIOŚ.

Odnosząc się do drugiej z przesłanej zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że nie została również spełniona. Informacje, co do miejsca, w którym unieszkodliwiane będą odpady niebezpieczne i medyczne nie mogła mieć, bowiem wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wynika to z tego, iż Zamawiający poza ogólną deklaracją, co do miejsca wykonania przedmiotu umowy, nie nadał temu oświadczeniu woli jakiegokolwiek znaczenia na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wskazanie miejsca unieszkodliwiania odpadów i kwestia eksploatacji spalarni nie stanowiła warunku udziału w postępowaniu, nie była brana pod uwagę w kryteriach oceny ofert, a Zamawiający nie wymagał żadnych dokumentów, dotyczących miejsca unieszkodliwiania odpadów. W świetle postanowień SIWZ, Odwołujący nie miał żadnego obowiązku, aby na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, informować Zamawiającego o fakcie wstrzymania eksploatacji spalarni w Miliczu. Dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego informacja ta, w świetle postanowień SIWZ, nie miała również żadnego znaczenia. Informacja ta będzie istotna dopiero na etapie realizacji umowy.

Odwołujący stwierdził, że nie została spełniona również trzecia przesłanka warunkująca zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania nie próbował nawet

wykazać, w czym dopatruje się lekkomyślności czy niedbalstwa Odwołującego. Niemniej jednak, Odwołujący zauważył, że zobowiązanie się do wykonania przedmiotu umowy w spalarni w Miliczu nie nastąpiło w wyniku lekkomyślności, czy niedbalstwa. Decyzja o wstrzymaniu eksploatacji spalarni w Miliczu nie jest ostateczna. W związku zaś z faktem, iż Zamawiający nie wymagał, aby spalarnia była eksploatowana w dniu składania ofert, Odwołujący był uprawniony do wskazania, że odpady będą unieszkodliwiane w tej właśnie spalarni. Odwołujący nie wskazał miejsca unieszkodliwiania odpadów lekkomyślnie, ale po rozważeniu wszystkich okoliczności, w tym nade wszystko możliwości uchylenia decyzji o wstrzymaniu pracy spalarni w Miliczu.

W podsumowaniu stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu, Odwołujący podał, że decyzja Zamawiającego została wydana z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, albowiem nie zostały spełnione przesłanki umożliwiające zastosowanie tego przepisu, a przede wszystkim oświadczenie woli wykonania zobowiązania w spalarni w Miliczu nie może zostać uznane za informację wprowadzającą w błąd. Nie jest to bowiem oświadczenie wiedzy, które podlegałoby badaniu w kategoriach prawdziwości/nieprawdziwości. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest konsekwencją wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp.

Pismem z dnia 26 października 2018 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie oraz PROMAROL PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sławie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Szczegółowe stanowisko wykonawców zostało następnie zaprezentowane w piśmie z dnia 5 listopada 2018 r., w którym nastąpiło także wskazanie na podstawy odrzucenia odwołania z uwagi na brak objęcia odwołaniem drugiej przesłanki wykluczenia z postępowania tj. brak certyfikatu wymaganego w SIWZ.

W dniu 5 listopada 2018 r. w formie elektronicznej i w dniu 6 listopada 2018 r. w formie papierowej, Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, oraz - w razie nieuwzględnienia tego wniosku przez Izbę - o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający podał, m.in., iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, zawartym w odwołaniu, przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w pełnym zakresie się zmaterializowały. Zamawiający żądał w SIWZ aktualnego pozwolenia na użytkowanie a nie kiedykolwiek wydanego i nieodzwierciedlającego aktualnego stanu formalno - technicznego spalarni. Po pierwsze, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w obrocie prawnym funkcjonuje powyżej przywoływane zezwolenie na prowadzenie działalności, skoro w obrocie prawnym funkcjonuje decyzja o wstrzymaniu działalności w zakresie termicznego przekształcania odpadów medycznych w instalacji w Miliczu. W związku z tym nie istnieje już stan techniczny spalarni odpowiadający pierwotnemu pozwoleniu. Aktualnie spalarnia w Miliczu przedstawia zupełnie inny stan techniczny, a nie ma on umocowania w decyzji zezwalającej na jej użytkowanie. Zamawiający stwierdził naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17, ponieważ Odwołujący zataił, iż, właściwy organ w wydanej decyzji i wyrażonym w tej decyzji stanowisku, którego adresatem jest Odwołujący, podkreśla brak decyzji o oddziaływaniu na środowisko spalarni, a która jest wymagana do utrzymania zezwolenia na jej użytkowanie. W takiej sytuacji posługiwanie się decyzją, która odzwierciedla inny stan formalno - techniczny spalarni niż istniejący, świadczy o świadomym posługiwaniu się przez Odwołującego informacjami nieprawdziwymi, a mającymi wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wskazał, iż niemalże ten sam stan faktyczny wobec ECO - ABC Sp. z o.o. został oceniony w sposób analogiczny przez KIO w wyroku z dnia 10 marca 2016 r, sygn. akt KIO 256/16. Odwołujący nie udowodnił, że spalarnia w Miliczu może być użytkowana, w szczególności, więc nie wykazał, że dysponuje spalarnią w Miliczu mogącą spełnić świadczenie w zakresie koniecznym do wykonania przedmiotu zamówienia, bądź że cofnięto decyzje cofające uprawnienia dopuszczające do funkcjonowania tej spalarni w zakresie koniecznym do wykonania zamówienia.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający zwrócił uwagę na uzasadnienie decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 17 lipca 2018 r. wstrzymującego działalność spalarni w Miliczu, w którym zostały wskazane liczne uchybienia, do jakich doszło w tej spalarni. W ocenie Zamawiającego nie sposób powierzyć realizacji zamówienia wykonawcy, który jako miejsce świadczenia usługi wskazał właśnie spalarnię w Miliczu, która w wielu aspektach i płaszczyznach narusza powszechnie obowiązujące przepisy. Zamawiający przytoczył obszerny fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, w którym Sąd m.in. wskazał, iż „Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane

przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym zakresie nie budziło wątpliwości, że wykonawca podał informacje nieprawdziwe, w oparciu o oświadczenia osób, których te informacje dotyczyły, bez jednoczesnego sprawdzenia rzetelności tych informacji. Podkreślić należy, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE (korespondujący z brzmieniem wcześniejszego art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE) wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. Konstrukcja omawianego przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355§ 1 k.c. (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20.03.2017 r., KIO 382/17. LEX nr 2261033) zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślić również należy, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie Zamawiającego, nie mają tu żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia to, czy Zamawiający skutecznie został w wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje, czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Takie stanowisko znajduje uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale jest również zgodne z teorią racjonalnego ustawodawcy. Gdyby bowiem wola ustawodawcy była inna dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu, jak uczynił to choćby w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., który *expressis verbis* wskazuje na określony, zamknięty katalog dokonanych, konkretnych okoliczności Zamawiającego tj.: przesłanki wykluczenia, warunki udziału i kryteria selekcji. Omawiana podstawa prawna posługuje się zaś pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co *per se* oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki (...) Przepis ten dotyczy bowiem informacji wprowadzających w błąd, a zatem informacji niezgodnych z prawdą. W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości, że informacje stanowiące podstawę wykluczenia, w świetle twierdzeń odwołania, nie podlegały badaniu w toku postępowania sądowego, gdyż nie było sporu co do tego, że Odwołujący podał informacje nieprawdziwe. Mając na uwadze, że wskazana wyżej podstawa wykluczenia ma charakter obligatoryjny, nie było przy tym istotne, czy Zamawiający mógł zweryfikować te informacje (wystarczy, że były to informacje nieprawdziwe) lub czy podjął na ich podstawie jakąkolwiek decyzję (wystarczała potencjalna możliwość)."

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że deklaracja wykonania przedmiotu umowy w określonym miejscu stanowi oświadczenie woli, które nie podlega ocenie w kategorii prawda/fałsz (wprowadzenie w błąd). Każde oświadczenie złożone w ofercie przez Wykonawcę podlega ocenie - czy jest prawdziwe, możliwe do zrealizowania, zgodnie z postanowieniami SIWZ. Wykonawca nie składa oferty i zawartych w nim deklaracji bez konsekwencji. Zamawiający musi mieć bowiem możliwość zweryfikowania właśnie w kategorii prawda/fałsz oświadczeń złożonych przez Wykonawcę i w razie uznania, że są one nierealne, niezgodne z prawdą, wprowadzające w błąd, Zamawiający musi mieć możliwość reakcji i wyciągania stosownych konsekwencji, wynikających z ustawy Pzp (w przedmiotowym przypadku wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp). Ustawa Pzp wyposaża Zamawiającego w stosowne procedury i narzędzia zapewniające możliwość reakcji na treść oferty składanej przez wykonawcę. W przeciwnym wypadku wykonawca nie musiałby w ogóle składać oferty, wystarczyłoby, że zadeklarowałby, iż jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia i wskazał cenę.

Zamawiający stwierdził, iż sam Odwołujący - za wyrokiem KIO z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO 734/17 - przytacza definicję informacji wprowadzających w błąd. Stan faktyczny jaki zaistniał w przypadku oferty złożonej przez Odwołującego, w ocenie Zamawiającego, w pełni potwierdza, że informacje o miejscu spalania odpadów są „informacjami niezgodnymi z rzeczywistością - nieodpowiadającymi obiektywnym faktom” - odpady nie mogą być bowiem utylizowane w miejscu, którego działalność została wstrzymana. W związku z tym, Odwołujący z góry wie (w momencie składania oferty jak i w czasie ewentualnej realizacji umowy), że usługa utylizacji odpadów musiałaby być realizowana w innej, niż zadeklarowana spalarni. W związku z tym pojawia się pytanie, w jakim innym celu niż wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do miejsca utylizacji odpadów, Odwołujący wskazał jako miejsce świadczenia usługi spalarnię w Miliczu. Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2543/17, wskazując, że Izba nadmieniła, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Pojęcie „wprowadzenia w błąd” jest pojęciem szerszym niż przedstawienie nieprawdziwych informacji. Obejmuje sytuacje, w których wykonawca wprost przedstawia informacje niezgodne ze stanem faktycznym, ale również te, w których wprowadzenie w błąd polega na stworzeniu złudzenia, że jakaś okoliczność (np. uzasadniająca wykluczenie) nie

zaistniała." Nadto, powołując się na wyrok KIO z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO 380/18 podał: „Kwestia niegodności informacji z rzeczywistością, stanowiąca rozróżnienie „prawda” czy „fałsz”, nie jest zależna od intencji, czy też źródła lecz stanowi wartość bezwzględnie nie podlegającą ocenie. Kwestia intencji, zamiaru jest natomiast badana w prawie karnym kontekście winy, zaś w ramach systemu zamówień publicznych oceniana jest waga naruszenia, choćby w ramach procedury określonej w art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp (self cleaning).”

Następnie Zamawiający zauważył, że informacje, oświadczenia zawarte w treści oferty - a nie tylko odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu - mogą także wprowadzać zamawiającego w błąd. Stanowisko takie znalazło potwierdzenie w wyroku Izby z dnia 25 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 696/18, w którym Izba uznała, że informacje świadczące o niezgodności oferty z treścią SIWZ mogą również wprowadzać zamawiającego w błąd i być podstawą do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp. Także w wyroku KIO z dnia 12 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1633/11 zostało wskazane, że nieprawdziwe informacje mogą odnosić się do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Jak zostało wskazane w ww. wyroku: „Analiza zebranego materiału dowodowego w świetle przedstawionej przez Izbę wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp daje podstawy do stwierdzenia, iż Alvo złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie dotyczącym możliwości wyprodukowania dyfuzora typu: Technisept DH2002 po pierwszym styczniu 2011r. Faktem jest, iż w ustawie brak definicji legalnej pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zasadnym jest w tym miejscu zatem odwołanie się - odpowiednio - do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt IICKN10095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297§ 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sadu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Zważywszy powyższe uwzględniając poczynione przez Izbę w uzasadnieniu do zarzutu II. 1 ustalenia, iż zaferowany przedmiot świadczenia (dyfuzor typu: Technisept DH2002) został kilka lat temu wycofany z produkcji stwierdzić należy, iż nieprawdziwą informacją jest oświadczenie Alvo zawarte w ofercie, iż przedmiotowy dyfuzor zostanie wyprodukowany po 1 stycznia 2011 r. Informacja ta ma wpływ na wynik postępowania, bowiem jej podanie umożliwiło zamawiającemu wybranie oferty Alvo jako najkorzystniejszej.”

Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, nieprawdziwe informacje mające wpływ na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego mogą odnosić się do wszelkich twierdzeń i stanowisk zawartych w deklaracjach zamieszczonych w ofercie wykonawcy czy też przedkładanych w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nieprawdziwe informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogą być zawarte w treści oferty i mają one bezpośredni wpływ na sposób realizacji i wykonania umowy. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym. Na powyższą okoliczność zwróciła również uwagę Izba w wyroku z dnia 28 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2446/11: „Oświadczenie o możliwości rozbudowy oferowanego przez przystępującego aparatu o moduł elastografii wbudowany w aparat m.in. na sondach liniowych i endocavitarnych, jak było wskazane wyżej, jest w sposób nie budzący wątpliwości niezgodne ze stanem rzeczy istniejącym w momencie zamknięcia rozprawy. Nieprawdziwe informacje złożone przez przystępującego miały wpływ na wynik postępowania, gdyż ich złożenie przesądziło o możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą. Twierdzenie o powzięciu informacji o braku możliwości rozbudowy oferowanego aparatu USG o moduł elastografii wbudowany w aparat m.in. na sondach liniowych i endocavitarnych, niezależnie od swojej gołosłowności, pozostaje bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu. Z literalnej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika bowiem, że zamawiający jest zobowiązany do dokonania wykluczenia bez badania, czy złożenie informacji nieprawdziwych nosi znamiona winy wykonawcy. Przepis nie wiąże też sankcji wykluczenia z postępowania z datą złożenia oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacji, a jedynie z wpływem informacji na wynik postępowania. Art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE stanowi natomiast, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. Należyta staranność wymagana od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych obejmuje konieczność oceny i weryfikacji treści oferty przed jej złożeniem. Pamiętać trzeba, że składając ofertę wykonawca zobowiązuje się do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z jej treścią. Należyta staranność wymaga zbadania przez przystępującego, czy będzie możliwe dostarczenie aparatu USG o zaferowanych cechach. Przystępujący tego zaniechał, wykazując się brakiem dbałości. Niedbalstwo natomiast stanowi postać winy. Złożenie

nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, jest działaniem, które co do zasady, należy uznać za zawinione (podobnie w wyroku Izby z dnia 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP1004/09)."

Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem Odwołującego, że deklaracja, co do miejsca utylizacji odpadów jest oświadczeniem woli na przyszłość, deklaracją spełnienia określonego świadczenia, które nie podlega weryfikacji na etapie oceny ofert w kontekście przekazania informacji wprowadzających w błąd. Odwołujący złożył deklarację, co do miejsca utylizacji odpadów, a więc ma świadomość, gdzie będzie realizował umowę (świadczył usługę) a wobec tego składa w tym zakresie oświadczenie wiedzy. Nie jest to, bowiem ogólne oświadczenie o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Ponadto, z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wynika, że wykluczeniu podlega wykonawca, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie odnosi się do oświadczeń woli czy też wiedzy. Co więcej, niezależnie od kwalifikacji danego oświadczenia, Odwołujący składa oświadczenie niezgodne z prawdą, nierealne do wykonania na dzień składania ofert jak i na etapie realizacji umowy. Odwołujący złożył jednostronne zobowiązanie do wykonania przedmiotu umowy (oznaczonego świadczenia) w spalarni w Miliczu. Zobowiązanie to jest niezgodne z rzeczywistością i niemożliwe do dochowania z uwagi na wydanie w dniu 17 lipca 2018 r. decyzji przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska wstrzymującej działalność w zakresie termicznego przekształcania odpadów medycznych i weterynaryjnych w instalacji do termicznego przekształcania odpadów medycznych i weterynaryjnych w Miliczu, eksploatowanej przez Odwołującego, ze względu na powodowanie zagrożenia dla zdrowia ludzi. Nie sposób także twierdzić, że etap oceny ofert pozostaje bez związku z etapem realizacji umowy. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że zobowiązanie zawarte w ofercie nie podlega weryfikacji na etapie oceny ofert tylko dopiero na etapie wykonywania umowy. Takie stanowisko jest sprzeczne z ideą weryfikacji ofert składanych przez wykonawców. Zamawiający musi mieć, bowiem pewność, że usługa zostanie wykonana zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie. Odstąpienie od badania treści oferty, czy też dopuszczanie jej zmiany na etapie realizacji umowy, stanowiłoby naruszenie zasady równej i uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jak również koronnej normy prawnej, która stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami. Wykonawca nie może, więc zmieniać treści oferty na etapie realizacji umowy. W konsekwencji niezasadne jest stanowisko Odwołującego, że miejsce spalania odpadów to etap realizacji umowy, który nie podlega weryfikacji w trakcie oceny ofert. Przyjęcie takiego stanowiska powodowałoby, że ocena ofert miałaby charakter fikcyjny.

Zamawiający zauważył, że możliwe jest inne miejsce spalania odpadów niż deklarowane w ofercie, ale na zasadzie wyjątku wynikającego z zasady bliskości opisanej w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 992 z późn. zm., dalej: „ustawa o odpadach”) - stosownie do art. 20 ustawy o odpadach. Zatem oczywistym jest, że jeżeli w trakcie realizacji umowy w spalarni zadeklarowanej przez wykonawcę zaistniałaby jedna z przyczyn opisanych w ustawie o odpadach, to wykonawca ma możliwość zmiany - czasowej a nie na stałe, do momentu ustania przyczyny - na inną spalarnię. Podobnie w przypadku awarii w instalacji wskazanej w ofercie, jako miejsce świadczenia usługi, ale taka, która wystąpi, jako okoliczność nadzwyczajna w trakcie realizacji umowy. Okolicznością taką nie jest zaś zadeklarowanie od razu w ofercie innego miejsca wykonywania usługi niż będzie to miało miejsce faktycznie, w sytuacji, gdy Odwołujący posiada taką wiedzę na dzień składania ofert. Takie działanie świadczy tylko i wyłącznie o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego w zakresie miejsca wykonywania usługi.

Zamawiający nie może przyjąć fikcji, oświadczeń hipotetycznych, nierealnych, niemożliwych do dotrzymania w świetle obiektywnych faktów, potwierdzonych przez decyzje odpowiednich organów władzy publicznej - w tym wypadku decyzję o wstrzymaniu działalności spalarni w Miliczu, wydanej przez WIOŚ. Skoro zaś Zamawiający żądał deklaracji co do miejsca utylizacji, to w celu weryfikacji jej prawdziwości. Wobec tego, nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że informacje o miejscu utylizacji odpadów nie miały wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zamawiający jest podmiotem profesjonalnymi i odpowiedzialnym społecznie. Zamawiający żądał informacji o miejscu utylizacji odpadów, aby mieć pewność, że odpady te zostaną spalane zgodnie z wymogami powszechnie obowiązującego prawa w tym ustawy o odpadach a nie gdziekolwiek. Zamawiający nie mógł też przyjąć ryzyka, że odebrane od niego odpady medyczne w ogóle nie zostałyby zutylizowane.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania złożoną w formie poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopii oraz dowody, wymienione w dalszej części uzasadnienia, złożone na rozprawie przez Odwołującego i wykonawców, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, uznając, iż pozostają one w związku ze sprawą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym treścią SIWZ oraz zawiadomienia o wykluczeniu

Odwołującego z postępowania, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

W ocenie Izby nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w tym nie potwierdziło się zaistnienie przesłanki, o której mowa pkt 2 tego przepisu, na którą powoływał się Zamawiający, wnosząc o odrzucenie odwołania.

Zamawiający uzasadniał zaistnienie tej z podstawy odrzucenia odwołania, tj. że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, tym, że dotyczy tylko jednej podstawy wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania tj. wprowadzenia Zamawiającego w błąd, zaś nie dotyczy drugiej podstawy wykluczenia tj. braku certyfikatu. Według Zamawiającego oznacza to, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot skutecznie wykluczony z postępowania.

W wyniku rozpoznania tego wniosku Izba stwierdziła jego bezzasadność.

Jak zostało wyjaśnione na posiedzeniu Zamawiający uznaje, iż podstawy wykluczenia Odwołującego zostały zawarte w jego piśmie z dnia 19 października 2018 r. znak: EZP/2282/18, wysłanym według rozdzielnika, a ściślej w pierwszym akapicie tego pisma, gdzie znajduje się odesłanie do wcześniejszego pisma Zamawiającego z dnia 5 października 2018 r., stanowiącego odpowiedź na odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu przez EMKA S.A., a także jest zawarte stwierdzenie o uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania pomimo jego wycofania.

Tymczasem pismo to, jak wskazuje jego tytuł i treść, stanowi informację o uchyleniu (unieważnieniu) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i opisuje okoliczność wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez brak przekazania mu informacji o wydaniu przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska decyzji wstrzymującej pracę spalarni w Miliczu. Należy nadto zauważyć, iż samo wskazanie, iż zostaje ono sporządzone w związku z odpowiedzią na odwołanie z dnia 5 października 2018 r., w sytuacji, gdy nastąpiło wycofanie odwołania i, jak wynika z postanowienia Izby z dnia 9 października 2018 r., wydanego w sprawie sygn. akt KIO 1942/18, to właśnie w związku z wycofaniem odwołania nastąpiło umorzenie postępowania, Zamawiającego nie wiązał przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nakazujący wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Ponadto w piśmie tym nie ma bezpośredniego poruszenia kwestii dotyczącej brak certyfikatu.

W tym samym dniu tj. 19 października 2018 r. zostało wystosowane przez Zamawiającego inne pismo, znak: EZP/2281/18, w którym Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako złożonej przez podmiot wykluczony z postępowania. W uzasadnieniu tego pisma Zamawiający ani wprost ani pośrednio nie poczynił wzmianki o podnoszonej obecnie podstawie wykluczenia w postaci braku certyfikatu. Wskazał jedynie na warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie transportu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów, na to, iż Odwołujący podał w ofercie spalarnię w Miliczu, jako miejsce utylizacji odpadów oraz na brak poinformowania Zamawiającego o posiadanej, już na etapie składania ofert, decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 17 lipca 2018 r. o wstrzymaniu działalności tej spalarni po dniu 9 sierpnia 2018 r. i na utrzymywanie Zamawiającego w przeświadczeniu, że realizacja zamówienia będzie odbywała się z wykorzystaniem spalarni w Miliczu.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wg kryteriów oceny ofert złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu na trzy pakiety, co w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, pozwoliłoby mu na uzyskanie zamówienia w każdym z pakietów i osiągnięcie związanych z jego realizacją korzyści. Okoliczności faktyczne i prawne odwołania są analogiczne we wszystkich trzech pakietach.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EMKA S.A. z siedzibą w Żyrardowie oraz PROMAROL PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sławie (dalej także: „Przystępujący”), zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli ofertę w pierwszym pakiecie i w zakresie tego pakietu mają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Ww. wykonawcy wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. W związku z powyższym ww. wykonawcy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikami.*

Następnie Izba ustaliła:

Stosownie do postanowień pkt 5 SIWZ, zawierającego warunki udziału postawione w postępowaniu, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- 1)nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1 i 8 ustawy;
- 2)spełniają warunki dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenie określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże posiadanie zezwolenia właściwych organów na prowadzenie działalności w zakresie transportu, odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wydanych zgodnie z art. 41, art. 42, art 43 z uwzględnieniem art. 95 oraz art. 20 ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 992, 1000 z późn. zm), oraz ustawy z dnia 19.08.2011 r. - o przewozie towarów niebezpiecznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 650 z późn. zm);
- 3)spełniają warunki, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.
 - a)warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej 2 usługi odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Za zamówienie odpowiadające swym rodzajem i wartością zamawiający uzna:
 - Pakiet nr 1 - usługi polegające na unieszkodliwianiu i transporcie odpadów niebezpiecznych oraz medycznych, trwające, co najmniej 12 miesięcy, dla jednostek służby zdrowia, o wartości co najmniej 200.000,00 zł brutto każda.
 - Pakiet nr 2 - usługi polegające na unieszkodliwianiu i transporcie odpadów niebezpiecznych oraz medycznych, trwające, co najmniej 12 miesięcy, dla jednostek służby zdrowia, o wartości co najmniej 4.000,00 zł brutto każda.
 - Pakiet nr 3 - usługi polegające na unieszkodliwianiu i transporcie odpadów niebezpiecznych oraz medycznych, trwające, co najmniej 12 miesięcy, dla jednostek służby zdrowia, o wartości co najmniej 4.000,00 zł brutto każda.
 - b)warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie, że osoby biorące udział w realizacji zamówienia, posiadają odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje; Wykonawca musi wykazać, że osoby, którymi dysponuje lub będzie dysponował, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają odpowiednie kwalifikacje zawodowe niezbędne dla wykonania zamówienia w zakresie przewozu odpadów niebezpiecznych;
 - c)warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie, że Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował środkiem transportu (co najmniej jednym), służącym do wykonywania zamówienia, spełniającym odpowiednie wymagania do celów przewozu odpadów niebezpiecznych.

Zgodnie z pkt 6.2. SIWZ w celu potwierdzenia przez Wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełniania warunków udziału, Zamawiający wezwie do złożenia, w terminie nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia dokumentów lub oświadczeń w tym zezwolenia właściwych organów na prowadzenie działalności w zakresie transportu, odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wydanych zgodnie z art. 41, art. 42, art 43 z uwzględnieniem art. 95 oraz art. 20 ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach oraz ustawy z dnia 19.08.2011 r. - o przewozie towarów niebezpiecznych.

Odwołujący złożył ofertę na trzy pakiety. W każdym z pakietów oferta Odwołującego zawiera wskazanie, iż miejscem utylizacji odpadów niebezpiecznych i medycznych będzie Spalarnia Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych, ul. Grzybowa 1, 56-300 Milicz.

Z uwagi na to, iż oferta wykonawcy uzyskała najwyższą ilość punktów, Zamawiający wezwał tego Wykonawcę do złożenia wymaganych w SIWZ dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie celem potwierdzenia spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie wymaganego w SIWZ zezwolenia złożył Decyzję Marszałka Województwa Dolnośląskiego nr P 139/2014 z dnia 12 listopada 2014 r. wydaną m.in. na podstawie art. 41 ust1,2 i 3 pkt 1 lit a, art. 43 ust. 2 oraz art. 45 ust. 4, 6, 7 i 8 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w związku z § 2 ust.1 pkt 41 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz.U. nr 213, poz. 1397 ze zm.). Zgodnie z tą decyzją Odwołującemu zostało udzielone pozwolenie na wytwarzanie odpadów niebezpiecznych oraz innych niż niebezpieczne powstających w związku z eksploatacją instalacji do termicznego przekształcania odpadów medycznych

i weterynaryjnych (spalarni odpadów), zlokalizowanej w Miliczu przy ul. Grzybowej 1, na działce nr 107/5, AM -21, obręb 0001 Milicz, gmina Milicz, powiat milicki, województwo dolnośląskie, na warunkach określonych w tej decyzji.

W dniu 17 lipca 2018 r. Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska, działając m.in. na podstawie art. 364 oraz art. 366 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. z 2018 r. poz. 799 z późn. zm.) orzekł o wstrzymaniu działalności w zakresie termicznego przekształcania odpadów medycznych i weterynaryjnych w instalacji do termicznego przekształcania odpadów medycznych i weterynaryjnych w Miliczu przy ul. Grzybowej 1, eksploatowanej przez Odwołującego, ze względu na powodowanie zagrożenia dla zdrowia ludzi. Termin wstrzymania działalności został określony na dzień następujący po dniu doręczenia decyzji. Decyzji został nadany rygor natychmiastowej wykonalności. Z uzasadnienia decyzji wynika m.in. iż w ramach przeprowadzonych kontroli stwierdzono znaczące przekroczenie standardów emisyjnych dioksyn i furanów, stanowiące zagrożenie dla zdrowia ludzi z uwagi na to, iż ze względu na swoje właściwości, m.in. mutagenne, kancerogenne oraz działanie szkodliwe na rozrodczość, zaliczane są do substancji niebezpiecznych, stwarzających zagrożenie dla zdrowia ludzi. W uzasadnieniu decyzji jest też wskazanie na nieprawidłowości dotyczące m.in. braku wykonywania wymaganych przepisami prawa pomiarów emisji do powietrza, braku dotrzymywania parametrów procesu termicznego przekształcania odpadów w zakresie wymaganej temperatury prowadzonego procesu, nieprawidłowego magazynowania odpadów niebezpiecznych, w tym zakaźnych odpadów medycznych, braku pozwolenia wodnoprawnego na wprowadzanie do kanalizacji ścieków zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego oraz brak nadzoru nad jakością odprowadzanych ścieków przemysłowych, które ze względu na swoje pochodzenie z procesów oczyszczania gazów odlotowych z instalacji do termicznego przekształcania odpadów, zawierają dioksyny i furany, które są wprowadzane do kanalizacji, a następnie do środowiska bez jakiegokolwiek kontroli i nadzoru oraz bez pozwolenia.

Pismem z dnia 19 września 2018 r., złożonym na wystąpienie Zamawiającego, w związku z powziętymi przez niego wątpliwościami, Odwołujący podkreślił, iż spalarnia w Miliczu nie została zamknięta, a jedynie jej praca została chwilowo wstrzymana w celu przeprowadzenia prac, które mają poprawić funkcjonalność instalacji oraz parametry emisyjne, a także stwierdził, iż informacje przedkładane przez kancelarię reprezentującą wykonawcę EMKA S.A. są jedynie informacjami medialnymi, nie potwierdzają faktycznego stanu rzeczy. Odwołujący stwierdził również, że warunki udziału w postępowaniu zostały przez niego spełnione oraz oświadczył, że usługa będzie realizowana zgodnie z zasadą bliskości i ustawą o odpadach.

Pismem z dnia 21 września 2018 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyniku postępowania. Z informacji wynika, iż we wszystkich pakietach została wybrana oferta złożona przez Odwołującego.

Od decyzji tej zostało wniesione przez EMKA S.A. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (następnie wycofane przez Odwołującego), do którego zostało załączone m.in. pismo Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska we Wrocławiu (WIOŚ) z dnia 26 września 2018 r. oraz ww. decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska (DWIOŚ) z dnia 17 lipca 2018 r. Z pisma WIOŚ wynika m.in. iż zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podjęcie wstrzymanej działalności następuje po stwierdzeniu, że ustały przyczyny wstrzymania działalności, na wniosek zainteresowanego, po wyrażeniu zgody przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska.

Z pisma Zamawiającego z dnia 5 października 2018 r., stanowiącego odpowiedź na ww. odwołanie wynika, że dopiero po otrzymaniu odwołania EMKA S.A. wraz z załącznikami, powziął informację o wydaniu ww. decyzji WIOŚ, wstrzymującej działalność spalarni w Miliczu.

Pismem z dnia 19 października 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, podając m.in., iż w pkt. 5.1.2 SIWZ Zamawiający opisał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: spełniają warunki dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże posiadanie zezwolenia właściwych organów na prowadzenie działalności w zakresie transportu, odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wydanych zgodnie z art. 41, art. 42, art 43 z uwzględnieniem art. 95 oraz art. 20 ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 992, 1000 z późn. zm), oraz ustawy z dnia 19.08.2011 r. - o przewozie towarów niebezpiecznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 650 z późn. zm). W ofercie Odwołujący podał, iż miejscem utylizacji odpadów niebezpiecznych i medycznych będzie Spalarnia Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych, ul. Grzybowa 1, 56-300 Milicz, podczas gdy już na etapie składania ofert wiedział, iż działalność wskazanej w ofercie spalarni w Miliczu, zgodnie z posiadaną decyzją Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 17.07.2018 r. została wstrzymana po 09.08.2018 r. w zakresie termicznego przekształcania odpadów medycznych i weterynaryjnych, z rygiorem natychmiastowej wykonalności. W decyzji tej nie wskazano, na jaki okres zostaje

wstrzymana jej działalność. Zamawiający podał również, iż na dzień dokonania czynności wyboru ofert dysponował decyzją Marszałka Województwa Dolnośląskiego Nr P 139/2014 w zakresie pozwolenia na wytworzenie odpadów niebezpiecznych oraz innych niż niebezpieczne, powstających w związku z eksploatacją instalacji do termicznego przekształcania odpadów medycznych oraz pismem, potwierdzającym posiadanie przez Odwołującego decyzji, uprawniającej do prowadzenia, zgodnej z przepisami i warunkami SIWZ, działalności w spalarni w Miliczu. Zamawiający wskazał, iż treścią oferty ECO- ABC Sp. z o.o. była deklaracja realizowania przedmiotu umowy w spalarni Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych Miliczu. W swoim piśmie Odwołujący potwierdził spełnienie warunków opisanych w SIWZ oraz gotowość do zrealizowania usług będących przedmiotem zamówienia w wymaganym przez Zamawiającego terminie i wymaganych przez obowiązujące przepisy uwarunkowaniach - w Spalarni Odpadów Medycznych i Weterynaryjnych w Miliczu. Natomiast z treści wniesionego w dniu 26.09.2018r. Odwołania, Zamawiający uzyskał informację o wstrzymaniu działalności instalacji w Miliczu, przy ul. Grzybowej 1 na podstawie Decyzji Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska we Wrocławiu, w którym to piśmie organ ten wskazuje, iż działalność Instalacji w Miliczu została wstrzymana na mocy decyzji administracyjnej z dnia 17.07.2018 r. (W1.7060.56.2018.MS1, ARS, BP, TM) oraz potwierdza, że aktualnie toczy się postępowanie w tej sprawie i, w związku z tym, instalacja w Miliczu nie może być eksploatowana po dacie 09.08.2018 r. Taka informacja była w posiadaniu Odwołującego już od lipca 2018 r., podczas, gdy termin składania ofert upłynął w dniu 10.09.2018 r. W związku z tym, Zamawiający poinformował, iż wyklucza Odwołującego z postępowania zgodnie z art. 24, ust. 1, pkt 17 ustawy Pzp, a ofertę, w myśl zapisu art. 89 ust. 1, pkt 5 ustawy Pzp, odrzuca.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie polega oddaleniu. Odwołujący nie wykazał, chociaż na nim, stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust 1 ustawy Pzp, spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie, że Zamawiający, wykluczając go z postępowania naruszył przepis, stanowiący podstawę tej czynności. Przeciwnie, materiał dowodowy zgromadzony w sprawie wskazuje, iż zachowanie Odwołującego wypełniło przesłanki wykluczenia z postępowania, wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Stosownie do 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2017 r. w sprawie sygn. akt 1657/17, w którym Izba dokonując porównania przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 wyraziła m.in. pogląd, iż przesłanka wykluczenia wymieniona w art. 24 ust. 1 pkt 17 jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd uregulowany w pkt 17. Punkt 16 dotyczy sytuacji związanych ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, a działania wykonawcy muszą przybrać kwalifikowaną formę, natomiast pkt 17 dotyczy różnych sytuacji, co z góry nie wyklucza, iż odnosić się on może do potwierdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na wstępie zauważenia wymaga, iż zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje usługę polegającą na unieszkodliwianiu i transporcie odpadów niebezpiecznych oraz medycznych. Usługa to winna być wykonywana zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. SIWZ nie zawiera konkretnego miejsca utylizacji odpadów. Miejsce to określa samodzielnie wykonawca, informując o nim Zamawiającego w formularzu ofertowym. Uwzględniając stwierdzenie Odwołującego zawarte w odwołaniu, gdzie przedstawiając powszechny sposób rozumienia oświadczenia wiedzy, wskazał, że jest ono przekazem informacji będących uzewnętrznieniem treści intelektualnych przez niego posiadanych, należy uznać, iż informacja o miejscu świadczenia usług utylizacji odpadów, tj. spalarnia w Miliczu, które nie może prowadzić działalności jest nieprawdziwa. Wykonawca, aby świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia, musi bowiem korzystać z innej spalarni, a zatem podanie informacji o świadczeniu usług w spalarni w Miliczu wskazuje na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Istotne dla sprawy jest to, iż Odwołujący mając dodatkową okazję przedstawienia Zamawiającemu rzeczywistego stanu rzeczy, odnoszącego się do spalarni w Miliczu, w piśmie z dnia 19 września 2018 r., zataił istotną okoliczność o wstrzymaniu przez uprawniony organ działalności tej spalarni. W okolicznościach przedmiotowej sprawy oceny o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd nie zmienia to, iż Odwołujący jednocześnie zobowiązuje się do wykorzystania tego miejsca przy realizacji umowy.

Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej złożył wyżej opisaną decyzję Marszałka Województwa Dolnośląskiego nr P 139/2014 r., która odnosiła się do spalarni w Miliczu. Jednocześnie w swojej ofercie z dnia 6 września 2018 r. przedstawił informację, że miejscem utylizacji odpadów niebezpiecznych i medycznych będzie spalarnia w Miliczu. Natomiast w piśmie z dnia 19 września 2018 r., stanowiącym odpowiedź na wystąpienie Zamawiającego w związku z informacjami

pozyskanymi od innego wykonawcy, wskazał na medialny charakter informacji pełnomocnika konkurenta, nie podał, iż działalność spalarni jest wstrzymana przez uprawniony organ, że nie ma wiedzy, kiedy działalność spalarni będzie mogła być podjęta, a w to miejsce przedstawił informację, iż spalarnia w Miliczu nie została zamknięta, a jedynie nastąpiło chwilowe wstrzymanie jej pracy w celu przeprowadzenia prac, które mają poprawić funkcjonalność instalacji, jak również parametry emisyjne. Nadto Odwołujący w tym piśmie zaznaczył m.in., iż posiada będącą w obrocie prawnym ww. decyzję Marszałka Województwa Dolnośląskiego nr P 139/2014 i podkreślił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wynikające z treści SIWZ, a żądanie od niego dodatkowych dokumentów/wyjaśnień wykraczających poza wymagania SIWZ, stanowi naruszenie zasad równego traktowania Wykonawców oraz oświadczył, że usługa będzie realizowana zgodnie z zasadą bliskości i ustawą o odpadach.

Jak zostało wykazane na rozprawie praca spalarni w Miliczu jest nadal wstrzymana, przy czym nie jest wiadomo, kiedy działalność będzie mogła być wznowiona. Odwołujący nie wykazał, jakie działania podjął w celu przystosowania spalarni do obowiązujących wymogów prawa, nie wykazał, jaki czas jest niezbędny do ponownego podjęcia przez tę spalarnię działalności, nie wykazał, jakie zostały przez niego podjęte w tym zakresie prace przystosowawcze. Dowody przez niego przedłożone nie pozwalają na uznanie, że praca spalarni zostanie wznowiona w konkretnym czasie, umożliwiającym podjęcie się realizacji przedmiotowego zamówienia. Ze złożonego przez Odwołującego pisma Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska we Wrocławiu z dnia 31 października 2018 r. wynika m.in., że organ ten wzywa Odwołującego do wskazania terminu, w którym możliwe będzie wykonanie pomiarów emisji do powietrza, zaś z pisma Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska we Wrocławiu z dnia 2 listopada 2018 r. wynika jedynie, że w dniach 9 i 12 listopada 2018 r. na terenie spalarni w Miliczu zostaną przeprowadzone dowody z oględzin instalacji do termicznego przekształcania odpadów medycznych i weterynaryjnych.

Natomiast ostatni z dowodów tj. protokół z dnia 17 października 2018 r., wskazujący na wszczęcie przez Zamawiającego postępowania w celu udzielenia zamówienia na przedmiot zamówienia potwierdza jedynie okoliczność bezsporną. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, w związku z przedłużającą się procedurą, zdecydował o udzieleniu doraźnego zamówienia na przedmiot zamówienia, objęty rozpoznawanym postępowaniem, na okres do 31 grudnia 2018 r. Takie odrębne zamówienie, w ocenie Izby, nie może jednak przemawiać na korzyść Odwołującego. To, że potrzeby Zamawiającego będą zrealizowane przez podmiot wybrany w odrębnym postępowaniu, w żaden sposób nie wpływa na ocenę w zakresie wystąpienia przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w rozpoznawanym postępowaniu. Przeciwnie, pokazuje to, że w dacie składania oferty oraz w dacie składania wyjaśnień tj. 19 września 2018 r., przy uwzględnieniu wymaganego od wykonawcy działania, co najmniej z należytą starannością, Odwołujący nie był uprawniony zakładać, że przed rozpoczęciem realizacji umowy, działalność spalarni w Miliczu będzie mogła wznowić działalność.

Ze stanowiska Odwołującego, prezentowanego w odwołaniu wynika, iż na brak podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania wskazuje, to, że informacja o miejscu utylizacji odpadów, tj. spalarnia w Miliczu podana w ofercie stanowi jego oświadczenie woli, a takich oświadczeń nie ocenia się w kategoriach prawda/fałsz, zaś ze stanowiska prezentowanego na rozprawie wynika, iż Odwołujący koncentruje się na formalnym aspekcie posiadania uprawnień do prowadzonej działalności, tj. braku wyłączenia z obrotu prawnego decyzji Marszałka Województwa Dolnośląskiego nr P 139/2014 i spełnienia w ten sposób warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący pomija przy tym, iż decyzja ta dotyczy udzielenia pozwolenia Odwołującemu na wytwarzanie odpadów niebezpiecznych oraz innych niż niebezpieczne powstających w związku z eksploatacją instalacji do termicznego przekształcania odpadów medycznych i weterynaryjnych (spalarni odpadów) w Miliczu, jak również pomija, iż działalność tej spalarni została wstrzymana przez uprawniony organ. Również podnoszona przez Odwołującego formalna okoliczność, iż zostało złożone odwołanie od decyzji wstrzymującej działalność tej spalarni, w świetle tego, iż decyzji został nadany rygor natychmiastowej wykonalności, co wyłączało na dzień składania ofert (i obecnie) możliwość wykorzystywania spalarni w realizacji zamówienia, pozostaje bez wpływu na ocenę przekazanych Zamawiającemu bądź zatajonych przed Zamawiającym informacji.

Wbrew stanowisku Odwołującego nie chodzi jedynie o formalny aspekt posiadania niewyłączonego z obrotu pozwolenia na utylizację odpadów w spalarni w Miliczu, ale w świetle informacji przedstawionej w ofercie, że usługa będzie świadczona z wykorzystaniem tej spalarni w Miliczu, o rzeczywistą możliwość wykorzystania spalarni przy realizacji umowy,

o to, aby Zamawiający miał wiedzę, że dokonuje wyboru oferty wykonawcy, który jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz posiadany zezwoleniem. Nie można pomijać, celu, jakim służy postawienie ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę aktualnego zezwolenia

na prowadzenie określonej działalności oraz celu podawania w ofercie informacji, gdzie wykonawca będzie utylizował odpady. Nie można pomijać, iż warunek udziału w postępowaniu służy do tego, aby w postępowaniu wzięli udział wykonawcy, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie zgodnie z zobowiązaniem przyjętym w ofercie.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, iż w obrocie prawnym funkcjonuje ww. zezwolenie Marszałka Województwa Dolnośląskiego z 12 listopada 2014 r. Nie jest również sporne, iż obecnie istnieje decyzja WIOŚ z dnia 17 lipca 2018 r., wstrzymująca działalność spalarni w Miliczu, wymienionej w tym zezwoleniu. Jest to, więc inna sytuacja, niż ta, która występowała w momencie wydawania zezwolenia, przy czym, wbrew stanowisku Odwołującego, ma ona znaczenie nie tylko dla przyszłej umowy, ale też dla postępowania poprzedzającego zawarcie takiej umowy. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, wbrew stanowisku Odwołującego, nie chodzi bowiem, jedynie o deklarację zawartą w ofercie, rodzącą jego zobowiązanie na przyszłość, bez powiązania z postępowaniem poprzedzającym zawarcie umowy, lecz o informację ściśle powiązaną z pozwoleniem na prowadzenie działalności w spalarni w Miliczu, a zatem informację, która, wobec wstrzymania działalności tej spalarni, wprowadza Zamawiającego w błąd.

Jak zostało wykazane przez Przystępującego w formie złożonych na rozprawie, dokumentów potwierdzających unieszkodliwianie odpadów, po dacie wstrzymania działalności spalarni w Miliczu, Odwołujący, który w tym czasie świadczył usługi na rzecz Zamawiającego, utylizował odpady m.in. w Ciepelówku, który, jak wynika ze złożonego na rozprawie oświadczenia, należy do członka jego konsorcjum. Potwierdza to, że Odwołujący informując Zamawiającego, iż utylizacja odpadów będzie miała miejsce w Miliczu, wprowadzał go w błąd. Okoliczność, iż z przytoczonych w odwołaniu, postanowień umowy wynika możliwość zmiany miejsca utylizacji odpadów, nie zmienia ww. oceny, bowiem z przepisów tych nie wynika pełna dowolność wykonawcy, co do zmiany miejsca utylizacji, np. § 6 ust. 5 wskazuje, iż taka zmiana jest dopuszczalna w sytuacjach awaryjnych, przy czym ta awaria odnosi się do instalacji wskazanej w § 2 ust. 3 umowy. Natomiast z § 8 ust. 12 umowy wynika możliwość rozwiązania przez Zamawiającego umowy w sytuacji, gdy wystąpi brak możliwości utylizacji odpadów niebezpiecznych i medycznych, w co najmniej jednym z miejsc, o których mowa w § 2 ust. 3 i § 6 ust. 5 na skutek utraty odpowiednich zezwoleń. Nawet zatem, jeśli zezwolenie udzielone Odwołującemu nie zostało uchylone, to okoliczność, iż wskazana w nim spalarnia nie może prowadzić działalności ma istotne znaczenie dla postępowania i Zamawiający powinien być przez Odwołującego o tym rzetelnie poinformowany.

Informacja Odwołującego przekazana Zamawiającemu w piśmie z dnia 19 września 2018 r., z której, na skutek zatajenia wydania przez WIOŚ decyzji o wstrzymaniu działalności spalarni w Miliczu, można natomiast wywieść, że nie ma przeszkód, aby spalarnia w Miliczu była wykorzystywana przez Odwołującego przy realizacji zamówienia. Ma to istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego. Zważywszy na specyfikę przedmiotu zamówienia i obowiązujące w tym zakresie uwarunkowania prawne, nie powinno budzić wątpliwości Odwołującego, iż Zamawiający jest zainteresowany tym, aby powierzyć realizację zamówienia podmiotowi, który jest w stanie je zrealizować zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zatem informacja wprowadzająca w błąd, co do możliwości wykorzystania spalarni w Miliczu, w sytuacji, gdy Odwołujący na dzień składania ofert oraz w dniu udzielania wyjaśnień Zamawiającemu był pozbawiony możliwości wykorzystania tej spalarni, nie tylko mogła, ale miała wpływ na wybór oferty, co potwierdza dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Przedstawienie Zamawiającemu przedmiotowej informacji nastąpiło, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Odwołujący wiedząc w dniu składania ofert o wstrzymaniu działalności spalarni, znając przewidziany w SIWZ termin realizacji zamówienia, który został określony na okres 36 miesięcy od zawarcia umowy, nie wcześniej niż od 1 października 2018 r., wiedząc, iż miejsce świadczenia usług tj. spalarnia w Miliczu jest tym, na które posiada zezwolenie, umożliwiające mu wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wiedząc, że SIWZ (ww. pkt 6) wymaga aktualnego zezwolenia, znając obowiązujące przepisy prawa i obowiązujące procedury, związane z przywróceniem działalności spalarni, powinien, co najmniej liczyć się z tym, że Zamawiający oczekuje zezwoleń na prowadzenie działalności nie tylko, jako potwierdzenia od strony formalnej spełnienia warunku udziału w postępowaniu, lecz, z uwagi na informację podawaną w ofercie o miejscu utylizacji odpadów, Zamawiający powinien mieć wiedzę, że korzystanie z tych zezwoleń dla świadczenia usług w miejscu wskazanym w ofercie wykonawcy oraz zezwoleniu jest aktualne. Tymczasem Odwołujący, pomimo, iż wiedział o wstrzymaniu pracy spalarni w Miliczu decyzją uprawnionego organu, w piśmie z dnia 19 września 2018 r., zataił tę istotną okoliczność i przedstawił Zamawiającemu sprawę w sposób stwarzający wrażenie, iż nie ma przeszkód, aby spalarnia w Miliczu mogła być przez niego wykorzystywana przy realizacji zamówienia.

Powyższe wskazuje, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Przepis ten służy eliminacji z postępowania nierzetelnych wykonawców. W ocenie Izby Odwołujący poprzez wskazanie miejsca świadczenia usług utylizacji odpadów, którego działalność została wstrzymana decyzją uprawnionego organu (miejsca widniejącego

w decyzji Marszałka Województwa, którą zostało wydane pozwolenie na prowadzenie działalności w przedmiotowym zakresie), a w szczególności poprzez udzielenie Zamawiającemu w piśmie z dnia 19 września 2018 r., odpowiedzi wprowadzającej błąd, w której zataił wydanie decyzji wstrzymującej działalność spalarni i z której można wywieść brak przeszkód w wykorzystaniu spalarni w Miliczu do realizacji usług, objętych przedmiotem zamówienia, dał wyraz braku rzetelności, o której mowa w tym przepisie.

Konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania, stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jest uznanie jego oferty za odrzuconą. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowiący podstawę odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaprośzonego do składania ofert nie ma zastosowania do przetargu nieograniczonego, jako przetargu jednoetapowego. Z tych względów jego zastosowanie przez Zamawiającego nie wywołuje skutków - oferta z mocy prawa uznawana jest za odrzuconą.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zostało wykazane, aby doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów strony postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego na podstawie rachunku, złożonego przez Zamawiającego przed zamknięciem rozprawy, zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący:.....