

WYROK

z dnia 24 września 2020 r. Krajowa Izba

Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 i 21 września 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zabrze**

przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w punkcie II podpunkt 6. litera a odwołania, to jest zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do odrzucenia oferty wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka akcyjna** ze względu na wskazanie instalacji, do których zamierza przekazywać odpady, a które nie mają możliwości przyjęcia strumienia odpadów w ilości wynikającej ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w punkcie II podpunkt 1 odwołania,
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** i:
 - 4.1. 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 **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** na rzecz Miasta Zabrze kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Gliwicach.

Przewodniczący:
U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Miasto Zabrze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Zabrze” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 kwietnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 161995. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia FCC Polska Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zabrzu wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie skuteczności dokonanego przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., zwanego dalej „Wykonawcą” lub „Przystępującym”, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wskazanych w ofercie instalacji, pomimo iż Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

2.art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo iż nie wykazał on wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania oznaczonym przez Zamawiającego sprzętem, tj. pojazdami, ewentualnie także naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a, art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez uznanie warunku dysponowania pojazdami za spełniony mimo nieudowodnienia przez Wykonawcę, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów trzecich i nieprzedstawienia wobec nich wymaganych dokumentów,

3.art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu

z uwagi na nieposiadanie wymaganych zdolności, tj. dysponowania określonymi pojazdami, mimo że zaangażowanie zasobów technicznych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia,

4.art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia Wykonawcy (realizowanego w ramach konsorcjum) oraz dysponowania wymaganym potencjałem technicznym (pojazdami), a także w zakresie informacji ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert (pojazdy spełniające normę Euro 6) i sposobu wykonania zamówienia przy wykorzystaniu określonego potencjału technicznego (w tym spełnienia przez pojazdy wymaganych parametrów) oraz określonych instalacji,

5.art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo że w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego rzetelność i uczciwość, realizując obowiązki wynikające z umów o zamówienie publiczne w sposób nienależyty, w tym naruszając przepisy o ochronie środowiska, co skutkowało nałożeniem kar z tego tytułu,

6.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu w szczególności do:

a)wskazanych przez Wykonawcę instalacji, do których zamierza on przekazywać odpady w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, które nie mają możliwości przyjęcia strumienia odpadów w ilości wynikającej ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

b)zaoferowanych pojazdów niezapewniających dysponowania w odpowiednim zakresie i parametrach wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprzętem umożliwiającym odbiór odpadów zgodnie z wymogami,

7.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w ww. przepisach,

8.art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo iż cena oraz jej istotne części składowe mają rażąco niski charakter, względnie zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny,

9.art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który podlega także wykluczeniu z udziału w postępowaniu,

10.ewentualnie naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej na skutek nieprawidłowej oceny oferty Wykonawcy i w konsekwencji przyznanie Wykonawcy zawyżonej, maksymalnej ilości punktów w zakresie kryterium oceny ofert aspekty środowiskowe (AS) - pojazdy spełniające normę Euro 6, pomimo że Wykonawca nie wykazał 16 i więcej pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6,

11.ewentualnie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej) lub braku podstaw do wykluczenia lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy,
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3.uznania za nieskuteczne zastrzeżenie przez Wykonawcę wszystkich informacji zawartych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, i w konsekwencji ujawnienie informacji na temat instalacji, do których Wykonawca zamierza przekazać odpady,
- 4.odrzucenia oferty Wykonawcy,
- 5.wykluczenia Wykonawcy z Postępowania,
- 6.dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 7.ewentualnie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia,
- 8.ewentualnie do punktów 4-5 powyżej, przyznania ofercie Wykonawcy odpowiednio mniejszej liczby punktów w zakresie kryterium oceny ofert aspekty środowiskowe (AS) - pojazdy spełniające normę Euro 6 (jak w uzasadnieniu odwołania),
- 9.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych w toku postępowania odwoławczego - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że postępowanie zostało ogłoszone przez Zamawiającego 6 kwietnia 2020 r., otwarcie ofert nastąpiło 12 maja 2020 r. W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców tj. Odwołujący z ceną 68.830.084,80 zł brutto oraz

Wykonawca z ceną 66.365.425,44 zł brutto. Przed otwarciem ofert Zamawiający wskazał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego kwotę 64.230.658,22 zł.

W toku postępowania Zamawiający wielokrotnie zwracał się do Wykonawcy o wyjaśnienia lub uzupełnienie złożonych dokumentów lub oświadczeń.

10 czerwca 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując, że ofertą taką stanowi oferta złożona przez Wykonawcę. Zgodnie z zamieszczoną w zawiadomieniu tabelą zarówno Wykonawcy, jak i Odwołującemu Zamawiający przyznał taką samą (maksymalną) liczbę punktów, tj. 40, w ramach kryterium: aspekty środowiskowe - pojazdy spełniające normę Euro 6. W kryterium cenowym Wykonawcy Zamawiający przyznał punktów 60, zaś Odwołującemu 57,85 punktów. Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem postępowania, gdyż Wykonawca powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, względnie powinien otrzymać mniejszą liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Ponadto Zamawiający powinien odtajnić informacje niezasadnie

zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu 1., tj. naruszenia przepisów o tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 9. formularza oferty stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia należało podać w ofercie instalacje, o których mowa w art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wykonawca zastrzegł ww. informacje w zakresie oznaczenia instalacji, do której zamierza przekazywać odpady, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na wniosek Odwołującego o udostępnienie mu oferty złożonej przez Wykonawcę wraz z załącznikami Zamawiający przekazał wyłącznie część oferty, tj. z wyłączeniem wyżej oznaczonej części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie przekazał także treści samej klauzuli zastrzegającej poufność ww. informacji z uzasadnieniem Wykonawcy w tym zakresie. W związku z powyższym Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie pozostałej części oferty złożonej przez Wykonawcę, w szczególności poprzez przedstawienie treści klauzuli zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a ponadto zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie, czy Zamawiający ocenił złożone zastrzeżenie jako skuteczne w świetle postanowień art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (pismo Odwołującego z 20 maja 2020 r.). W odpowiedzi Zamawiający przekazał Odwołującemu treść klauzuli zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jaką do oferty załączył Wykonawca, ponadto odmówił udzielenia informacji w przedmiocie oceny zasadności złożonego zastrzeżenia, wskazując, że nie może udzielać informacji w trakcie toczącego się postępowania i do wniosku tego Zamawiający nie odniósł się również w późniejszym okresie (pismo Zamawiającego z 25 maja 2020 r.). Zgodnie z treścią przekazanej klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca, na nieco ponad jednej stronie, ogólnikowo oraz bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów, uzasadnił wyłączenie jawności złożonej przez niego oferty.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 w zw. z 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie skuteczności dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze, z samej istotny ogólne informacje co do nazwy instalacji, w której będą zagospodarowywane odpady komunalne, jako usługi publiczne i element wykonywania zadań własnych gminy, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Po drugie, Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustalony w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjątek od zasady jawności postępowania powinien być wykładany ściśle. Prymat zasady jawności winien mieć w tym zakresie wiodący charakter i doznawać uszczerbku jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, musi być interpretowana w bardzo ograniczony oraz ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa zwłaszcza, że decyduje

o tym treść dokumentu. Wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą być uzasadnione

i udowodnione. W szczególności wykonawca powinien wskazać, jakiego rodzaju działania podjął w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, i jednocześnie złożyć dowody na ich podjęcie. Rola zamawiającego w ocenie składanych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być aktywna, nie jest bowiem uprawniony do przyjęcia w sposób bezkrytyczny każdego oświadczenia dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający jest zobowiązany do oceny takiego oświadczenia, przez co należy rozumieć zarówno ocenę informacji jako danej mogącej stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jak i oceny spełnienia przez wykonawcę wszystkich wymogów niezbędnych dla skutecznego zastrzeżenia takiej informacji. Ponadto określona informacja, która objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa obligatoryjnie musi posiadać wartość gospodarczą, co wykonawca również obowiązany jest wykazać. Interesem gospodarczym nie może być chęć pozbawienia konkurencji możliwości weryfikacji realności zaaferowanej ceny za realizację zamówienia.

Informacja na temat instalacji, do której wykonawca zamówienia publicznego zamierza przekazywać odpady, nie może być uznana za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Wszystkie instalacje mają bowiem obowiązek przyjęcia odpadów od każdego podmiotu, który odpad taki będzie chciał do danej instalacji skierować, z zastrzeżeniem awarii lub innych okoliczności szczególnych, które w istocie prowadzą do braku możliwości przerobowych danej

instalacji dla odbioru danej partii odpadu. W tym stanie rzeczy, sama informacja o instalacji nie może być uznana za informację gospodarczą, która mogłaby jako taka podlegać ochronie w zakresie jej rozpowszechnienia. Zamawiający wymagał jedynie podstawowych informacji co do nazwy i adresu podmiotu zarządzającego, adresu, rodzaju oraz statusu instalacji (przy czym dane te dla tego typu instalacji są jawne w określone w publicznie dostępnych dokumentach). Obowiązek wskazania instalacji wynika wprost z art. 6f ust 1a pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, na który powołał się Zamawiający we wzorze formularza ofert. Przepis ten wskazuje, że istotnym postanowieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest m.in. określenie instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne. Dane te są informacjami publicznymi.

Niezależnie od powyższego ogólnikowa treść klauzuli jest niedostateczna dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał żadnej z przesłanek ochrony na gruncie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym m.in. nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, nie wykazał wartości gospodarczej tej informacji, jedynie odniósł się do kilku orzeczeń Izby o nierzecelwanych stanach faktycznych. Wskazane informacje będą w pełni jawne na etapie wykonania umowy. Wykonawca sam w uzasadnieniu wskazuje, iż dany zbiór został stworzony dla danego zamówienia, a więc nie ma wartości o charakterze powtarzalnym, obiektywnym. Trudno jest przy tym mówić o jakimś poufnyim zbiorze danych, skoro dobór instalacji jest ograniczony i ściśle regulowany przepisami (w tym co do rodzajów odpadów oraz terytorium). Zamawiający nie wymagał żadnych szczegółowych informacji poza określeniem, gdzie odpady będą przetwarzane.

Tym samym utajnienie przedmiotowych informacji ma jedynie na celu utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji ceny ofertowej co najmniej w odniesieniu do jej istotnych elementów. Stanowi to rażące naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do zarzutu niespełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 5.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu: W celu wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, przedstawi dokumenty:

B) wykaz usług wykonanych, 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, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Jeśli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie wskazać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych usług nadał wykonywanych; referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

C) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (zgodnie z treścią Załącznika E).

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

Ad. B) Na potwierdzenie spełnienia warunku wykonawca jest zobowiązany wykazać się nie mniej niż dwiema wykonanymi usługami, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, o łącznej wartości 40.000.000,00 PLN (każda o wartości minimum 10.000.000,00 PLN) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączyć dowody, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Ad. C) Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał nie mniej niż:

1) minimum 14 śmieciarek o ładunku nie mniejszym niż 12 m³ z funkcją kompaktującą do prowadzenia zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odpadów selektywnie zbieranych frakcji papier, metale i tworzywa sztuczne, bioodpad,

- 2) minimum 2 śmieciarki o ładunku nie mniejszym niż 12 m³ z możliwością wyłączenia lub bez funkcji kompaktującej do prowadzenia zbiórki odpadów selektywnie zbieranych frakcji szkło,
- 3) minimum 1 śmieciarka z żurawiem do obsługi pojemników podziemnych i półpodziemnych o ładunku nie mniejszym niż 12 m³,
- 4) minimum 1 samochód specjalistyczny do obsługi kontenerów KP-5, KP-7, KP-10,
- 5) minimum 3 śmieciarki małogabarytowe (niskotonażowe), które są przystosowane do odbioru odpadów z rejonu posesji o utrudnionym dojeździe i ograniczeniach tonażowych ulic DMC nie większej niż 7,5 tony,
- 6) minimum 1 pojazd z HDS o nośności minimum 1,5 tony,
- 7) minimum 2 pojazdy przystosowane do odbioru odpadów wielkogabarytowych,
- 8) minimum 2 śmieciarki z myjką o zamkniętym obiegu wody, przystosowane do mycia i dezynfekcji pojemników w miejscu odbioru odpadów,
- 9) minimum 2 pojazdy do świadczenia usługi MPSZOK o ładowności minimum 1 tony,
- 10) minimum 1 pojazd do zbiórki zużytych baterii i akumulatorów oraz leków.

Minimum 15 z ww. pojazdów powinno spełniać normę emisji spalin nie mniejszą niż EURO 5. Dodatkowo w punkcie 13.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił - obok ceny - kryterium oceny ofert aspekty środowiskowe (AS) - pojazdy spełniające normę Euro 6. Są to pojazdy, o których mowa w punkcie 5.2.1 C specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku zobowiązania się wykonawcy do realizacji usługi pojazdami spełniającymi normę emisji spalin Euro 6 i wyżej Zamawiający miał przyznać wykonawcy następującą punktację:

- poniżej 3 pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6 - 0 pkt,
- od 4 do 7 pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6 - 10 pkt,
- od 8 do 11 pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych dla każdego zadania oddzielnie spełniających normę EURO 6 - 20 pkt,
- od 12 do 15 pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6 - 30 pkt,
- 16 i więcej pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6 - 40 pkt.

W celu otrzymania punktów wykonawca miał wpisać deklarowaną liczbę pojazdów spełniających normę EURO 6 w punkcie 4. formularza oferty i wypełnić zawartą w tym punkcie tabelę. Jeśli wykonawca nie wpisałby liczby pojazdów lub nie wypełnił odpowiedniej tabeli, będzie to oznaczało, iż zobowiązuje się wykonać zamówienie w podstawowym zakresie i przy danym kryterium otrzyma 0 pkt.

Na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia Wykonawca w JEDZ odwołał się do usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście o wartości 137.375.807 PLN, dla usługi tej Wykonawca oznaczył datę początkową 1 stycznia 2017 r. zaś datę końcową 31 stycznia 2020 r. oraz usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole, o wartości 91.020.578 PLN, dla usługi tej Wykonawca oznaczył datę początkową 1 stycznia 2017 r., zaś datę końcową 31 stycznia 2020 r.

Zamawiający wezwał Wykonawcę, w oparciu o regulację art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do jednoznacznego wyjaśnienia, jaka była wartość usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert w odniesieniu do zakresu usług realizowanych przez Wykonawcę jako członka konsorcjum oraz do jednoznacznego wyjaśnienia faktycznego udziału poprzez wykazanie rzeczywistych czynności Wykonawcy przy realizacji usług wskazanych w Formularzu JEDZ (wezwanie z 15 maja 2020 r.).

W odpowiedzi Wykonawca wskazał m.in., że: 1) obie umowy zawarte zostały na okres od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2020 r., 2) wartości wynagrodzenia uzyskanego na podstawie umów odrębnie dla roku 2017, 2018, 2019 oraz 2020 (do 30 kwietnia 2020 r.), 3) zakres usług na przedstawionych przez niego kontraktach jest szerszy w stosunku do

wymaganego przez Zamawiającego, 4) oznaczył przykładowo zakres usług, które świadczyć miał na ww. umowach samodzielnie (bez oznaczenia, której umowy dotyczy ten zakres), wyjaśniając, że łączna wartość usług świadczonych przez pozostałych członków konsorcjum nie przekracza 1% wartości zrealizowanych usług (pismo z 19 maja 2020 r.).

Powyższe wyjaśnienia okazały się niewystarczające, wobec czego Zamawiający ponownie zwrócił się o dodatkowe wyjaśnienia, tj. rozbieżności pomiędzy treścią JEDZ a złożonymi wyjaśnieniami w zakresie okresu realizacji usług wskazanych w JEDZ (Pismo z 20 maja 2020 r.). Wykonawca oświadczył w odpowiedzi, że umowy są w toku, zaś wskazany w formularzu termin odniósł do wartości usług wynikających z całej umowy. Nie doprecyzował zatem, jaka jest dokładna wartość usług zrealizowanych w okresie oznaczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oznaczając ją zarówno z okresem wcześniejszym, jak z założonym wynagrodzeniem, jakie dopiero otrzymać ma w okresie do końca roku 2020 (pismo z 20 maja 2020 r.). Następnie Wykonawca złożył dokumenty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku z punktu 5.2.1. B specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż, po pierwsze, obie wskazane umowy realizowane były przez konsorcja, w skład których wchodził Wykonawca, tj. dla usługi nr 1 zamówienie to realizował wspólnie z Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS WROCŁAW Sp. z o.o., zaś usługę nr 2 wspólnie z ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. oraz Chemeko-System Sp. z o.o. Odwołujący nie poinformował o tym Zamawiającego, a na wezwanie oświadczył, że w ramach wskazanych usług pełnił funkcję lidera konsorcjum oraz realizował wszystkie usługi, a „pozostali Konsorcjanci pełnią funkcję zabezpieczającą ciągłość wykonania usług na wypadek zdarzeń wynikających z okoliczności nieprzewidzianych, np. siły wyższej, przestoju lub awarii instalacji WPO ALBA S.A. Łączna wartość usług świadczonych przez pozostałych członków konsorcjum nie przekracza 1% wartości zrealizowanych usług.”

Powyższe twierdzenia wykonawcy prowadziły zatem do przyjęcia przez Zamawiającego (błędnie), że Wykonawca spełnił warunek legitymowania się określonym doświadczeniem, w tym, że podana wartość usług obejmowała w zasadzie wyłącznie usługi realizowane przez Wykonawcę. Tymczasem nie można się zgodzić, że udział pozostałych członków konsorcjum w realizacji ww. umów jest marginalny i pomijalny, tak, że Wykonawca może się legitymować całością doświadczenia w ich wykonaniu (w tym co do pełnego zakresu oraz wartości obu umów). W szczególności, jak wynika z umowy regulującej współpracę członków konsorcjum przy realizacji usługi w obrębie Sektora IV - Psie Pole, Wykonawca nie tylko nie realizował objętych tym zamówieniem usług w całości samodzielnie (a tym samym wartość świadczonych przez niego usług nie równała się wskazanej przez Wykonawcę wartości), ale zakresem jego obowiązków nie było w ogóle zagospodarowanie odpadów. W obecnym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów.

Z umowy konsorcjum wynika m.in.: „Strony niniejszej umowy oświadczają, że w związku z tym, iż żaden z Członków Konsorcjum nie jest w stanie samodzielnie wykonać zadania polegającego na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych pochodzących z gminy Wrocław w obrębie sektora IV - Psie Pole, zgodnie z wymaganiami SIWZ do przetargu nieograniczonego na:

ODBIÓR, ZBIERANIE, TRANSPORT

I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH POCHODZĄCYCH Z TERENU GMINY WROCŁAW W OBRĘBIE SEKTORA IV - Psie Pole, na zasadzie art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych postanowiono zawrzeć niniejszą umowę w celu wspólnego systemowego wykonania tego zadania. (...) 1. Członkowie Konsorcjum realizują przedmiot zamówienia z Umowy z Zamawiającym w sposób określony w załączniku nr 1 do niniejszej umowy. (...)”

Punkt 7. załącznika nr 1 do umowy konsorcjum wskazuje, że w zakresie zagospodarowania odpadów do lidera należało ponoszenie kosztów zagospodarowania odpadów oraz przekazywanie niesegregowanych odpadów komunalnych na RIPOK inny niż Rudna Wielka, natomiast przyjęcie niesegregowanych odpadów komunalnych na instalacji RIPOK do konsorcjanta Chemeko.

Jak wynika z powyższego dokumentu, Wykonawca nie realizował całości ww. zamówienia samodzielnie, a obowiązki podzielone były pomiędzy konsorcjantów, ponadto zagospodarowanie odpadów, w tym dotrzymanie właściwych norm związanych z recyklingiem odpadów leżało w całości po stronie konsorcjanta Chemeko. Okoliczność, że Wykonawca wskazał Zamawiającemu w ramach wyjaśnień kwoty zafakturowane w ramach realizacji ww. umowy w określonych latach nie przystaje do wartości usług przez niego zrealizowanych; jak bowiem wynika wprost z treści umowy

konsorcjum, faktury wystawiane przez Wykonawcę dotyczyły wszystkich usług, tj. zrealizowanych przez każdego z trzech członków konsorcjum, którzy dokonywali następnie rozliczeń na podstawie łączącego ich stosunku prawnego.

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem europejskim oraz krajowym „gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego” (wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt). Udział Wykonawcy w przedstawionych projektach nie był wystarczający i nie pozwala na uznanie warunku doświadczenia za spełniony.

Ponadto, usługi wskazane przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia nie powinny być uznane przez Zamawiającego za wykonane należycie z uwagi na fakt publicznie dyskutowanych i medialnych kontrowersji zaistniałych w związku z ich wykonywaniem (w szczególności co do składowania i przetwarzania odpadów w miejscu do tego nieprzeznaczonym), co podnosili mieszkańcy oraz organizacje środowiskowe i media.

Wobec powyższego Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie sposób bowiem uznać, aby w wyżej wskazanym zakresie przedstawione przez niego doświadczenie spełniało określone przez Zamawiającego warunki w odniesieniu do wartości, co do której nie wiadomo, w jakim stopniu odnosi się do wymaganego okresu oraz przypisania obowiązków Wykonawcy, jak i co do samego zakresu udziału Wykonawcy w powyższych projektach oraz ich nienależytego wykonania).

W ocenie Odwołującego Wykonawca nie wykazał także spełnienia warunku z punktu 5.2.1.C specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. odnoszącego się do dysponowania zasobami technicznymi przeznaczonymi do realizacji zamówienia, tj. odpowiednim rodzajem i ilością pojazdów.

W wykazie urządzeń (Załącznik E) Wykonawca przedstawił listę pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia, został on uzupełniony na wezwanie Zamawiającego (wezwanie z 28 maja 2020 r. i pismo Wykonawcy z 29 maja 2020 r.).

W odniesieniu do dwóch pojazdów wskazanych jako niebędących własnością Wykonawcy, lecz przedmiotem dzierżawy, nie została w żaden sposób wykazana podstawa prawna do przeznaczenia i możliwości ich wykorzystania przy realizacji zamówienia objętego postępowaniem. Nie wiadomo, czy zobowiązania kontraktowe w odniesieniu do tych pojazdów zostały już zaciągnięte, czy mają charakter stały czy też związany konkretnie z celami postępowania. To determinuje ustalenie, czy wykonawca może dysponować tymi pojazdami jak „własnymi” oraz czy nie korzysta w tym zakresie z potencjału podmiotów trzecich. Posłużenie się potencjałem podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymaga zastosowania art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym m.in. udowodnienia zamawiającemu, że realizując zamówienie, wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Dla takich podmiotów należy złożyć także JEDZ oraz odpowiednie dokumenty podmiotowe (por. pkt 5.2.3-5.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zamawiający ma obowiązek ocenić, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbadać, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 5.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Zamawiający powinien zatem uzyskać szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale tych zasobów, niestanowiących własności Wykonawcy, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia. Takiej oceny Zamawiający nie przeprowadził, czym naruszył także art. 22 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a, art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Względnie Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie oraz udzielenia odpowiednich wyjaśnień (art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Ponadto Wykonawca nie wykazał spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu z powodu złego stanu technicznego oraz braku faktycznej gotowości do świadczenia usług.

Z dołączonego raportu wynika, że śmieciarka do 7,5 Mg o nr rej DW 5... 4 miała poważne zdarzenie ubezpieczeniowe w

lutym (koszt naprawy 20-30 tys. PLN). Zważywszy na koszt naprawy, zachodzi uzasadnione podejrzenie, że skala napraw może skutkować brakiem gotowości pojazdu w wymaganym terminie.

Ponadto dwa spośród oznaczonych pojazdów, tj. skrzyniowy pojazd do świadczenia usług MPSZOK o ładowności minimum 1 tony o numerach rejestracyjnych DW 6C542 oraz bramowiec, pojazd do świadczenia usługi MPSZOK o ładowności minimum 1 tony o numerach rejestracyjnych DW 7G034, nie spełniają warunków określonych w punktach 2.3.-2.4. opisu przedmiotu zamówienia, rozdział VIII. Punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), punkt 2. Mobilny punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (MPSZOK). Stosownie do ww. postanowień „2.3 Na wyposażeniu pojazdu realizującego usługę powinny znajdować się: 1) worki i/lub pojemniki do zbiórki poszczególnych frakcji odpadów wskazanych w regulaminie MPSZOK, które umożliwią odrębne zgromadzenie i właściwe zabezpieczenie danego rodzaju odpadów, a także ich późniejszy transport; 2) worek BIG-BAG do zbiórki odpadów budowlanych i rozbiórkowych;

3) pasy umożliwiające zabezpieczenie odpadów wielkogabarytowych przed ich transportem;

4) sorbenty służące do ewentualnej neutralizacji rozlanych substancji wraz z narzędziami umożliwiającymi ich zebranie po zastosowaniu. 2.4. Konstrukcja pojazdu realizującego usługę MPSZOK powinna gwarantować właściwe zabezpieczenie odpadów zarówno podczas ich gromadzenia, jak i późniejszego transportu do miejsca ważenia oraz zagospodarowania, a w szczególności zabezpieczać odpady i pojemniki w jakich są gromadzone przed bezpośrednim działaniem warunków atmosferycznych tj. promieniowanie słoneczne, opady deszczu, opady śniegu itp.”.

Z uwagi na charakterystykę pojazdów, jakimi są pojazd skrzyniowy oraz bramowiec (tj. pojazdy wskazane w treści oferty Wykonawcy jako mające pełnić funkcję Mobilnego punktu selektywnej zbiórki odpadów), nie jest możliwe umieszczenie wewnątrz nich worków i/lub pojemników do zbiórki poszczególnych frakcji odpadów, czy też worków BIG-BAG. Konstrukcja tych pojazdów uniemożliwia zagwarantowanie zabezpieczenia odpadów i pojemników przed warunkami atmosferycznymi.

Ponadto, zgodnie z regulaminem MPSZOK (pkt 11.2. oraz pkt VIII.2.1) i Zał. 9 do opisu przedmiotu zamówienia), pojazdy te powinny przyjmować m.in.: 1) odpady zbierane „u źródła” tj. papier, szkło, metale i tworzywa sztuczne za wyjątkiem niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i bioodpadów; 2) odpady wielkogabarytowe np. fotele, dywany, wykładziny, materace, rower, wózki dziecięce, walizki, zabawki dużych rozmiarów itp.; 3) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny np. miksery, żelazka, radia, suszarki, dekodery telewizji cyfrowej, telewizory, mikrofalówki, tostery opiekacze, lodówki, zmywarki itp.; 4) odpady niebezpieczne np. rozpuszczalniki, farby, tusze z drukarek, oleje, środki ochrony roślin itp.; 5) odpady problemowe np. baterie, akumulatory, tonery, lekarstwa, igły, strzykawki, wiadra/puszki po farbach, żarówki, świetlówki, butelki po olejach, rozpuszczalnikach itp.; 6) zużyte opony; 7) odpady budowlane i rozbiórkowe.

W ocenie Odwołującego pojazdy DW 6C542 oraz DW 7G034 nie będą w stanie np. odbierać gruzu zbieranego w workach typu „big-bag”.

Powyższe świadczy o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu, który dotyczy dysponowania pojazdami przeznaczonymi do realizacji usług w postępowaniu. W konsekwencji Wykonawca nie spełnił również wymogu wynikającego z ww. warunku, aby minimum 15 z pojazdów spełniało normę emisji spalin nie mniejszą niż EURO 5.

Ponadto wskazane przez Wykonawcę pojazdy są zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy w stopniu mogącym mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, co powinno skutkować uznaniem, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności (art. 22d ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych). Są one wykorzystywane przy realizacji innych umów o świadczenie usług zawartych w reżimie zamówień publicznych, gdzie również były wskazywane na potwierdzenie spełnienia warunków. Dotyczy to w szczególności następujących umów: „Odbiór; zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole”, „Świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości na terenie gminy Kobierzyce oraz zagospodarowanie tych odpadów”, „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta i gminy Kąty Wrocławskie” (usługi realizowane do 31 grudnia 2020 r.), „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych niezamieszkałych na terenie Związku Międzygminnego Ślęza - Oława z terenu następujących gmin: Borów, Ciepłowody, Czernica, Domaniów, Miasto Oława, Przeworno, Siechnice, Żórawina” - gmin Czernica oraz gmina Żórawina (usługi realizowane do 1 stycznia 2021

r.). Ponadto istnieje uzasadniona wątpliwość wykorzystywania tych samych pojazdów, co wskazane w postępowaniu, także przy realizacji innych usług, w tym: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Głuszyca”, „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Walim”, „Odbiór odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi zlokalizowanych w I i II Sektorze odbierania odpadów komunalnych na terenie miasta Wałbrzycha”.

Zatem Wykonawca w swojej ofercie powołał pojazdy, którymi posługuje się już w celu realizacji innych umów, przez co faktyczna dostępność pojazdów jest ograniczona. Pojazdy te wykorzystywane są do świadczenia usług na terenie zwłaszcza Dolnego Śląska, które to gminy oddalone są ok. 200 km od miejsca świadczenia usług. Z uwagi na znaczny dystans oraz natężenie ruchu, a także często klauzule wyłączności, niemożliwe jest, by wykonywać jednocześnie przedmiotowe zamówienie w tym samym czasie. Z powyższego wynika, iż flota Wykonawcy jest ograniczona w takim stopniu, że wykorzystanie jej w innych przedsięwzięciach rodzi istotne ryzyko negatywnego wpływu na realizację zamówienia. Tym samym nie zostało wykazane przez Wykonawcę spełnienie warunku dysponowania określonym potencjałem technicznym.

Odwołujący wskazał też na sprzeczność informacji pomiędzy podanymi w niniejszym postępowaniu oraz ujawnionymi w dokumentach sporządzonych na użytek ww. postępowań dotyczących podstawy dysponowania pojazdami w zakresie pojazdów o numerach rejestracyjnych: DW 6...2, DW 8...5, DW 1...5. Na użytek wcześniejszych postępowań Wykonawca wskazywał, że pojazdy te są jego własnością, a w obecnym wskazał umowę leasingu. Ponadto w obecnym postępowaniu oznaczył pojazd DW 5.4 jako śmieciarkę do 7,5 Mg, a w umowie dotyczącej Sektora Psie Pole we Wrocławiu jako hakowiec. Pojazd DW 9...R w postępowaniu oznaczono jako własność, na Psim Polu natomiast jako leasing. Powyższe budzi uzasadnioną wątpliwość co do prawidłowości oznaczenia rodzaju pojazdu oraz tytułu prawnego do dysponowania pojazdem przez Wykonawcę.

Co do zarzutu dotyczącego wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 5.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wykluczy z postępowania wykonawcę w przypadkach przewidzianych w art. 24 ust. 5 pkt 1, 2, i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Naruszenia Wykonawcy dotyczą przepisów prawa powszechnie obowiązującego, zwłaszcza przepisów z zakresu ochrony środowiska oraz naruszenia zawodowego świadczenia usług. Zastrzeżenia co do jakości usług pojawiały się w 2013 r. Gospodarka odpadami w mieście Wrocław w latach 2013-2014 poddana została kontroli Najwyższej Izby Kontroli. Z wystąpienia pokontrolnego LWR-4101-024-01/2014 wynika, że weryfikacja danych zawartych w sprawozdaniach złożonych przez Wykonawcę wykazała, że spółka nie przekazywała zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji regionalnej, skutkiem czego było nałożenie na spółkę kary administracyjnej na podstawie art. 9x ust. 1 pkt 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, która została utrzymana przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze. Nałożone kary administracyjne wynikały z szeregu stwierdzonych naruszeń. Spółka podjęła działania w celu zwolnienia się od odpowiedzialności, jednak Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok II OSK 2950/14, II OSK 2099/14, II OSK 718/15, OSK 718/15) uznał zarzuty za nieskuteczne i podtrzymał decyzję o nałożeniu na spółkę kar administracyjnych. W 2019 r. działalność Wykonawcy znalazła się w ogniu krytyki mieszkańców miasta Wrocław, a także organizacji środowiskowych. W ich ocenie Spółka miała składować i przetwarzać odpady w miejscu do tego nieprzeznaczonym, zamiast w instalacji RIPOK, co potwierdzają liczne wnioski o udostępnienie informacji publicznej opublikowane w BIP Urzędu Miejskiego we Wrocławiu, co uzasadnia wątpliwości co do rzetelnego wykonywania usług przez Wykonawcę. Powyższe wydarzenia stały się również przedmiotem reportażu w programie „Alarm” pt. „Śmieciowy biznes we Wrocławiu”. Przekazywanie odpadów do niewłaściwej instalacji godzi w podstawowe zasady gospodarowania odpadami, stanowiąc zarówno delikt administracyjny (art. 194 ustawy o opadach) jak i karny (art. 171 w zw. z art. 176 ustawy o odpadach). Powyższe naruszenia implikują za sobą również podważenie jakości i rzetelności świadczonych usług.

Uzasadnienia to, w ocenie Odwołującego, wykluczenie Wykonawcy z postępowania z uwagi na fakt, iż: 1) w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie; 2) z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą z

zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do zasądzenia odszkodowania. Ustawodawca nie przesądził przy tym źródła dowodowego w tym zakresie, wskazując iż każde stosowne środki dowodowe są dopuszczalne. Jak wskazuje się w orzecznictwie, Zamawiający zobowiązany jest ustalić, czy wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, czy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należyście wykonał zamówienie i wykazać powyższe za pomocą stosownych środków dowodowych. Przy czym wina może być kwalifikowana jako umyślna lub nieumyślna. Przy tym pojęcie „istotności” należy odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależyście wykonany, ale także czy nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące. Wobec zaprezentowanych faktów należy stwierdzić, że zostały spełnione obie przesłanki - uporczywości jako długotrwałość procesu od 2013 r., a także znaczącego naruszenia, gdyż przetwarzanie odpadów w miejscu do tego nieprzeznaczonym zawsze obarczone jest ogromnym ryzykiem dla bezpieczeństwa ekologicznego obszarów przyległych.

W zakresie zarzutu wprowadzenie Zamawiającego w błąd Odwołujący wskazał, że w jego ocenie zaszyły także przesłanki wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie:

1) zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia (realizowanego w ramach konsorcjum), zarówno co do określenia zakresu partycypacji Wykonawcy w realizacji przedmiotu wskazanych usług, wartości tych usług, jak i należytego ich wykonania. Wykonawca jako strona umów ma wiedzę o wszelkich okolicznościach związanych z ich wykonywaniem, a mimo to wskazał je jako swoje referencyjne doświadczenie, początkowo nie informując nawet Zamawiającego o fakcie realizacji usług w ramach konsorcjum. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyraźne i jednoznaczne określenie wszystkich wyżej wskazanych elementów jako istotnych dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wyjaśnienia Wykonawcy utrwaliły okoliczność błędnego przekonania Zamawiającego co do spełnienia przedmiotowego warunku,

2) dysponowania wymaganym potencjałem technicznym (pojazdami) w zakresie wskazanym powyżej, w tym co do niespełnienia wymogów opisu przedmiotu zamówienia (w tym pkt II.2. oraz pkt VI 11.2.1)-2.4) i zał. 9.), czy stanu technicznego, co potwierdza, że nie pozwalają na bezproblemowe, swobodne ich wykorzystanie w ramach realizacji zamówienia, mimo to

Wykonawca posłużył się nimi w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pomijając ww. istotne okoliczności,

3) informacji ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert (pojazdy spełniające normę Euro 6) oraz zgodności z opisem przedmiotu zamówienia i sposobu wykonania zamówienia przy wykorzystaniu określonego potencjału technicznego. Mimo wskazanych ograniczeń w dysponowaniu pojazdami oraz niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia przywołanie ich także w treści oferty skutkowało błędnym uznaniem przez Zamawiającego, że oferta jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia oraz przyznaniem Wykonawcy maksymalnej liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert,

4) informacji wskazanych w ofercie co do instalacji, o których mowa w art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, do których zamierza on przekazywać odpady w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, tj. z pominięciem okoliczności, iż nie mają możliwości przyjęcia strumienia odpadów w ilości wynikającej ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy założeniu, że Wykonawca wskazał instalacje opisane poniżej. Jak wyjaśnia orzecznictwo Izby, podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (mająca zastosowanie do okoliczności z punktu 1-2 powyżej) może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Rażące niedbalstwo nie jest winą umyślną, lecz kwalifikowaną postacią winy nieumyślnej zakładającą, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem. W ocenie Odwołującego wyżej opisane działanie Wykonawcy miało charakter umyślny, tj. co najmniej w postaci rażącego niedbalstwa. Nie sposób bowiem przyjąć, aby Wykonawca, będący profesjonalistą zobowiązanym do dochowania należytej staranności zgodnie z podwyższonym w tym względzie miernikiem staranności, nie znał wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych rzutujących na ocenę oferty Wykonawcy i spełnienie przez niego warunków .

Wszystkie powyższe okoliczności wprowadzające w błąd Zamawiającego nie tylko mogły, ale i miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, skutkujące bezprawnym wyborem oferty Wykonawcy. Dotyczy to nie tylko przyznanej punktacji i aspektów przedmiotu oferty (pkt 3-4 powyżej), ale także okoliczności związanych ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu.

Nawet gdyby przyjąć, że działanie Wykonawcy nie miało charakteru umyślnego, to zaistniała podstawa do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nie ogranicza zakresu podawanych przez wykonawcę informacji. Wystarczające jest, aby miały one wpływ na decyzje zamawiającego. Wszystkie wskazane informacje stanowią informacje istotne dla Zamawiającego, a tym samym mieszczą się również w dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty Wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący wskazał, że oferta Wykonawcy powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodów dotyczących instalacji oraz pojazdów.

Odwołujący antycypuje, że Wykonawca wskazał w ofercie instalacje na terenie województwa śląskiego, które to należą do spółek z grupy ALBA Group S.A. tj. instalację spółek: PTS ALBA Sp. z o.o. znajdującą się w Chorzowie oraz ALB/ Południe Polska Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej. Zgodnie z treścią punktu V ppkt 2-7 opisu przedmiotu zamówienia na wykonawcę został nałożony obowiązek bezwzględnego przestrzegania przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym przepisów miejscowych z zakresu gospodarki odpadami. Biorąc pod uwagę powszechnie dostępne informacje dotyczące standardów emisyjnych instalacji, a także prognozowanych wielkości emisyjnych oraz innych warunków określanych w ramach działań protekcyjnych i prewencyjnych skradających się na ochronę środowiska w rozumieniu art. 3 pkt 13 ustawy prawo ochrony środowiska, oferta Wykonawcy nie spełnia wymogów dotyczących instalacji do przetwarzania odpadów określonych zarówno w punkcie V opisu przedmiotu zamówienia, jak i przywołanych przepisach, w szczególności warunków określonych uchwałą nr N/37/8/2017 z 24 kwietnia 2017 r. w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego na lata 2016-2022”, w którym Sejmik Województwa Śląskiego określił regiony gospodarki odpadami komunalnymi i regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi oraz instalacje zastępcze do obsługi tych regionów. Mając na uwadze określone standardy emisyjne w instalacjach, które hipotetycznie wskazał w swojej ofercie Wykonawca, niemożliwym jest, bez przekroczenia określonych w pozwoleniach emisyjnych mocy emisyjnych instalacji, przeprowadzenie procesów przetwarzania odpadów zebranych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia objętego niniejszym odwołaniem. Wskazane instalacje na dzień dzisiejszy w wyniku swojej działalności emitują do środowiska zanieczyszczenie w wielkościach na pograniczu dopuszczalnych standardów. Biorąc pod uwagę założony wzrost ilości odpadów w stosunku do roku 2018 oraz wyżej wskazanych danych, szacować można, że standardy emisyjne zostaną przekroczone o minimum mocy.

Z uwagi na to, że oferta Wykonawcy nie spełnia kluczowych wymogów dla prawidłowego i bezpiecznego świadczenia usług będących przedmiotem niniejszego postępowania, oferta ta winna być odrzucona jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności punktem V.2-7 opisu przedmiotu zamówienia oraz punktem 9. formularza oferty.

Co do pojazdów Odwołujący wskazał, że z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania określonymi pojazdami skorelowane są wymogi co do przedmiotu oferty i opisu przedmiotu zamówienia dotyczące środków transportu, w tym: 1) pkt VI pkt 1 ppkt 1.1 -1.4. opisu przedmiotu zamówienia - obowiązek dysponowania odpowiednimi pojazdami; 2) pkt 13.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z formularzem oferty pkt 4 - w zakresie kryterium oceny ofert aspekty środowiskowe (AS) - pojazdy spełniające normę Euro 6; 3) rozdz. VIII pkt 2.1, pkt 2.2, pkt 2.3 opisu przedmiotu zamówienia oraz załącznik 9. do opisu przedmiotu zamówienia, dotyczące punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) - mobilnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (MPSZOK).

W związku z powyższym, wskazane w odwołaniu okoliczności uzasadniające zakwestionowanie pojazdów wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu uzasadniają także przyjęcie, iż oferta Wykonawcy jest niezgodna z ww. postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz znajdują zastosowanie jako uzasadnienie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro bowiem wskazane pojazdy

nie spełniają ww. wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących obsługi MPSZOK, mają nieodpowiedni stan techniczny, a Wykonawca nie wykazał faktycznej możliwości dysponowania wskazanymi urządzeniami na użytek realizacji zamówienia, to należy uznać, że nie spełnił on również wymogów określonych w opisie przedmiotu zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do tych pojazdów, w tym ich ilości oraz rodzaju, a także w ust.

1.4.opisu przedmiotu zamówienia (brak odpowiedniej ilości pojazdów spełniających normę emisyjną EURO 5) oraz określonych kryterium oceny ofert (pkt 4. oferty) pojazdów spełniających normę Euro 6. Wykonawca zaoferował pojazdy niespełniające warunków obsługi MPSZOK oraz o złym stanie technicznym. Jego oferta powinna być zatem odrzucona.

W zakresie zarzutu, iż oferta Wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, że 15 maja 2020 r. osoba podająca się za przedstawiciela Wykonawcy zwróciła się do pracowników Odwołującego (Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.) w trakcie wykonywania przez nich obowiązków służbowych z propozycją zatrudnienia przy realizacji umowy o zamówienie publiczne, którego dotyczy postępowanie. Przedstawiciel Wykonawcy miał wskazać, że Wykonawca podejmuje działania organizacyjne w związku z przygotowaniem do przejęcia odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu miasta Zabrze i w tym celu chciałaby zatrudnić obecnych pracowników Odwołującego, którzy świadczą pracę przy wykonywaniu usług na podstawie aktualnie obowiązującej umowy o zamówienie publiczne. Propozycja ta została skierowana do całej brygady pracowników Odwołującego realizujących aktualnie przedmiot tożsamego zamówienia publicznego. Pracownikom, do których zwrócił się przedstawiciel Wykonawcy, przekazano wizytówki ze wskazaniem, iż obejmują one zamiar na dyrektorów Wykonawcy. Osoby te potwierdziły zamiar zatrudnienia całej brygady pracowników Odwołującego.

W ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu również z uwagi na okoliczności, iż jej złożenie uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji. W opisanym stanie faktycznym sprawy działanie Wykonawcy, tj. próba przejęcia całej załogi pracowników Odwołującego, ponadto w okresie ubiegania się przez samego Odwołującego o udzielenie na jego rzecz zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze postępowanie, oraz w toku realizacji tego zamówienia na rzecz Miasta Zabrze na podstawie dotychczas obowiązującej umowy, uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji, o jakim mowa w art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z cytowanym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji może być między innymi nakłanianie pracownika do rozwiązania umowy o pracę, celem przysporzenia sobie korzyści oraz pokrzywdzenia innego przedsiębiorcy. Powyższe wskazuje też, że składając ofertę Wykonawca nie dysponował jeszcze zasobami ludzkimi niezbędnymi do należytego zrealizowania przedmiotu zamówienia, planując niejako przejąć zasoby kadrowe Odwołującego. Z zachowania Wykonawcy jednoznacznie wynika, że zależało mu na zatrudnieniu „hurtowo” pracowników Odwołującego, ze szkodą dla Odwołującego, dodatkowo w toku wykonywania przez nich obowiązków służbowych. Sugerowanie pracownikom, że Wykonawca przygotowuje się do przejęcia „biznesu” obecnego pracodawcy (tutaj: odbioru i zagospodarowania odpadów) także jest uznawane w orzecznictwie za nieuczciwe. Powyższe działanie wypełnia także przesłankę z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiąc działanie niezgodne z prawem oraz dobrymi obyczajami, naruszając i zagrażając interesom Odwołującego. Zostało ono dokonane niewątpliwie w związku z postępowaniem, a tego typu nieuczciwe praktyki kupieckie zasługują na jednoznaczną negatywną ocenę, uzasadniając przypisanie ofercie charakteru czynu nieuczciwej konkurencji.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący wyjaśnił, że ma świadomość, że złożone przez obu wykonawców oferty w sposób nieznaczny przekraczały kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, a różnica cen pomiędzy ofertami wyniosła 2.282.092,80 złotych. Powyższe jednak nie może świadczyć samodzielnie o okoliczności, iż złożona przez Wykonawcę oferta nie mogła zawierać ceny rażąco niskiej. Z uwagi bowiem na szereg szczególnych dla Odwołującego warunków realizacji, przedmiot zamówienia, którego dotyczy postępowanie, metoda porównawcza w odniesieniu do zaoferowanych cen nie jest miarodajna. Odwołujący, będący jednocześnie podmiotem świadczącym dotychczas usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu Miasta Zabrze nie będzie musiał ponieść kosztów m.in. zakupu oraz roztawienia pojemników, przygotowania i otwarcia PSZOK, a także posiada zasoby do prowadzenia stacjonarnego oraz telefonicznego Biura Obsługi Klienta. Ponadto instalacja, do której Odwołujący przekazuje odpady, jest instalacją zlokalizowaną na terenie Zabrze, co prowadzi do minimalizacji kosztów logistyki

odpadów. Już z uwagi na powyższe, koszty, jakie Wykonawca winien skalkulować w ramach oferty, są znacznie wyższe w stosunku do kosztów, jakie skalkulować musiał Odwołujący.

Jak wynika z załącznika „Kalkulacja ceny” w ofercie Wykonawcy, dokonał on kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do jej istotnych elementów, do których należą odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych oraz bioodpadów w sposób rażąco niski, tj. nieuwzględniający istotnych elementów kosztowych, a w konsekwencji niepozwalający na należyte zrealizowanie przedmiotu zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie. W pozycji cenowej nr 1 „Kalkulacji ceny” Wykonawca zaoferował za odbiór 1 Mg niesegregowanych odpadów komunalnych wynagrodzenie netto w wysokości 604,00 zł, co daje wartość ofertową netto w skali 18 miesięcy na poziomie 32.254.204,00 zł. Przedmiotowa pozycja cenowa stanowi zatem około 50% całej ceny ofertowej i musi zostać uznana za istotny jej element.

Na prawidłową kalkulację tej pozycji winny złożyć się następujące elementy, w stosunku do których Odwołujący wskazał uśrednione koszty jednostkowe, przy czym w szczególności w odniesieniu do kalkulacji kosztów pracowniczych przyjęte wartości wynikają z oznaczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogów co do formy zatrudnienia. Zgodnie z tym wyliczeniem łączny minimalny koszt zbierania i logistyki odpadów komunalnych zmieszanych do instalacji najbliższej wynosi 178 zł. Koszty te muszą jeszcze zostać proporcjonalnie powiększone o tzw. koszty dodatkowe, tj. wynikające z większej odległości pomiędzy miejscem zbierania odpadów a pozostałymi instalacjami, z zależności od instalacji 28 zł, 29 zł, 74 zł, 72 zł, 55 zł. Łączne koszty zbierania i logistyki zmieszanych odpadów komunalnych wraz z kosztem dodatkowym oraz kosztem rozstawienia i zbiórki pojemników to, w zależności od instalacji: 814 zł, 815 zł, 809 zł, 853 zł, 684 zł lub 696 zł.

Jak wynika z powyższych wyliczeń, przedstawiona przez Wykonawcę cena dla odbioru 1 Mg jest ceną nierealną, tj. nawet przyjąwszy, że Wykonawca zamierzał zagospodarować odpady w instalacji MPGK Zabrze, to przedstawiona przez niego cena ofertowa nie pozwalałaby na pokrycie kosztów z tym związanych i jako taka winna zostać uznana za cenę rażąco niską. Przeliczając bowiem wyżej wskazane brakujące wartości kwotowe w stosunku do założonej dla potrzeb kalkulacji ceny ofertowej ilości odpadów zmieszanych, jaka ma zostać odebrana z terenu miasta Zabrze tj. 53.401 Mg, cena wykonawcy winna być wyższa o co najmniej 4.218.679,00 zł (zakładając zagospodarowanie odpadów w instalacji MPGK Zabrze), zaś dla pozostałych spośród wyżej oznaczonych instalacji kwota brakująca wyniesie: dla instalacji BM Recykling Sp. z o.o. 11.214.210 zł, dla instalacji Komart Sp. z o.o. 11.267.611 zł, dla instalacji Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. (SOBUCZYNA) 10.947.205 zł, dla instalacji Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W. S. 13.296.849 zł, dla instalacji Miejski Zakład Gospodarowania Odpadami w Dąbrowie Górniczej 4.912.892 zł. Przy czym powyższa kalkulacja obejmuje wyłącznie koszty realizacji przedmiotowej usługi, tj. z wyłączeniem kalkulacji nawet minimalnej marży.

W tym stanie rzeczy nie może budzić wątpliwości, że zaoferowana cena, tj. jej istotny element w postaci ceny na odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych ma charakter rażąco niski, albowiem przyjęte przez Wykonawcę koszty realizacji tej usługi nie wystarczają na pokrycie kosztów jej świadczenia. Wysokość brakującej części kosztów musi zaś zostać uznana za istotną, mowa bowiem o kwocie co najmniej 4.218.679,00 zł netto, co stanowi około 7% ceny oferowanej przez Wykonawcę.

Ponadto Wykonawca w sposób rażąco niski dokonał kalkulacji innej składowej ceny ofertowej, tj. kosztów odbioru 1 Mg bioodpadów. W odniesieniu do tej pozycji cenowej w formularzu ofertowym oznaczył cenę 630,00 zł (poz. 3 „Kalkulacji ceny”). Wykonawca przyjął w tym wypadku taką samą wartość odbioru bioodpadów również dla ich odbioru w PSZOK (poz. 9 „Kalkulacji ceny”), co prowadzi do stwierdzenia o braku kalkulacji przez Wykonawcę kosztów logistyki w ramach pozycji „odbiór bioodpadów”. Skoro bowiem koszt utylizacji odpadu dostarczanego do PSZOK skalkulowany został na poziomie 630,00 zł/1 Mg, to kalkulacja kosztów zwykłego odbioru bioodpadów na tym samym poziomie cenowym musi budzić wątpliwości.

Według Odwołującego na prawidłową kalkulację tej pozycji powinny złożyć się następujące elementy, w stosunku do których Odwołujący wskazał uśrednione koszty jednostkowe, przy czym w szczególności w odniesieniu do kalkulacji kosztów pracowniczych, przyjęte wartości wynikają z oznaczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogów co do formy zatrudnienia. Według Odwołującego minimalny łączny koszt zbierania i logistyki bioodpadów do instalacji, celem ich zagospodarowania, przyjmując logistykę do instalacji najbliższej wynosi 394 zł. Koszty te muszą zostać proporcjonalnie powiększone o tzw. koszty dodatkowe, tj. wynikające z większej odległości pomiędzy miejscem

zbierania odpadów a pozostałymi instalacjami zajmującymi się zagospodarowaniem bioodpadów w wysokości, w zależności od instalacji 92 lub 93 zł.

Łączne koszty zbierania i logistyki bioodpadów komunalnych wraz z kosztem dodatkowym oraz kosztem rozstawienia i zbiórki pojemników to, w zależności od instalacji, 1.067 zł, 1115 zł lub 784 zł.

Jak wynika z powyższych wyliczeń, przedstawiona przez Wykonawcę cena dla odbiór 1 Mg bioodpadów jest ceną nierealną, tj. nawet przyjąwszy, że Wykonawca zamierzał zagospodarować odpady w instalacji MPGK Zabrze, to przedstawiona przez niego cena ofertowa nie pozwalałaby na pokrycie kosztów z tym związanych i jako taka winna zostać uznana za cenę rażąco niską. Przeliczając bowiem wyżej oznaczone brakujące wartości kwotowe w stosunku do założonej dla potrzeb kalkulacji ceny ofertowej ilości bioodpadów, jaka ma zostać odebrana z terenu miasta Zabrze, tj. 4.489 Mg, cena wykonawcy winna być odpowiednio wyższa o wartość co najmniej 691.306,00 zł (zakładając zagospodarowanie odpadów w instalacji MPGK Zabrze), zaś dla pozostałych, spośród wyżej oznaczonych instalacji kwota brakująca wyniesie: dla instalacji Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. 1.961.693 zł, dla instalacji Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W. S.Konopiska 2.177.165 zł. Powyższa kalkulacja obejmuje wyłącznie koszty realizacji przedmiotowej usługi, tj. z wyłączeniem marży.

W tym stanie rzeczy nie może budzić wątpliwości, że zaoferowana cena, tj. jej istotny element w postaci ceny na odbiór i zagospodarowanie bioodpadów, ma charakter rażąco niski, bowiem przyjęte przez Wykonawcę koszty realizacji tej usługi nie wystarczają na pokrycie kosztów jej świadczenia, nawet przyjąwszy najkorzystniejszy dla Wykonawcy wariant związanych z odległością instalacji od miasta Zabrze. Wysokość brakującej części kosztów stanowi zaś co najmniej dodatkowy 1% całości zaoferowanej przez Wykonawcę ceny ofertowej. Wartości minimalnych kosztów skalkulowane zostały w odniesieniu do sytuacji, w której do zagospodarowania ww. frakcji odpadów doszłoby w instalacji Odwołującego, o czym nie może być mowy. Tym samym wartość nieuwzględnionych kosztów faktycznie musi być istotnie wyższa.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający ma obowiązek zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Nie ulega wątpliwości, iż powyżej wskazane ceny dwóch ważnych pozycji kalkulacyjnych stanowią istotne części składowe ceny za wykonanie całości zamówienia. Jak wynika ze specyfiki tego typu usług oraz przepisów, podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości stanowi stawka za 1 Mg odebranych odpadów komunalnych. Natomiast podstawę ustalenia wynagrodzenia za zagospodarowywanie odpadów komunalnych stanowi stawka za 1 Mg zagospodarowanych odpadów komunalnych (art. 6f ust. 2 i 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Zasadę tę potwierdza wyraźnie także treść § 7 ust. 1-3 wzoru umowy. Zatem to dany rodzaj odpadów i ich faktyczna ilość przemnożone przez ceny jednostkowe determinują zakres zamówienia, przesądzając o istotnym charakterze poszczególnych cen za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów oraz obowiązku zbadania ich wysokości pod kątem rażąco niskiej ceny.

Zamawiający zatem powinien w tych okolicznościach wszcząć procedurę badania wysokości ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, i w konsekwencji odrzucić ofertę Wykonawcy. Zaniechanie tych czynności narusza art. 90 ust. 1-3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu bezprawnego wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, która złożona została przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Uwzględnienie ww. zarzutów opartych na odpowiednich punktach art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno także skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie powołanego przepisu.

W zakresie zarzutu zawyżonej punktacji oferty Wykonawcy w ramach kryteriów oceny ofert Odwołujący wskazał, że w punktach 13.1.1-13.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisany jest sposób oceny ofert w oparciu o kryterium aspekty środowiskowe (AS) - pojazdy spełniające normę Euro 6 (40%). Wykonawca otrzymał najwyższą liczbę

punktów (40 pkt) za zobowiązanie Wykonawcy zawarte w punkcie 4. formularza oferty do realizacji usługi co najmniej 16 pojazdami spełniającymi normę emisji spalin Euro 6. W punkcie 4. Wykonawca wskazał pojazdy podlegające badaniu w ramach oceny ofert.

W zakresie dwóch pojazdów w dzierżawie Wykonawca nie wykazał dysponowania nimi na potrzeby tego postępowania. Ponadto w odniesieniu do pojazdów o poniższych numerach rejestracyjnych Wykonawca nie dysponuje nimi na potrzeby niniejszego postępowania z uwagi na fakt, że pojazdy te aktualnie aktywnie wykorzystywane są w ramach realizacji umów, w znacznym oddaleniu od miejsca świadczenia usług, których dotyczy postępowanie: DW 1...6, DW 1...5, DW 2...VX, DW 5...0, DW 5...6, DW 5...8, DW 6...2, DW 7...4, DW 7...5, DW 8.5, DW 9.2. Dodatkowo pojazd DW 5.4 uległ poważnemu wypadkowi, a pojazdy DW 6.2 oraz DW 7.4 nie spełniają wymagań, co zostało opisane powyżej.

W ramach kryterium punktowane są „pojazdy przystosowane do odbierania odpadów komunalnych”. Chodzi tu zatem o specjalistyczne pojazdy przystosowane do funkcji odbioru odpadów komunalnych (np. śmieciarka). Tymczasem w formularzu oferty Wykonawca wskazał m.in. pojazdy DW 6.2 - pojazd skrzyniowy oraz DW 2.1 - samochód dostawczy. W ocenie Odwołującego są to pojazdy „seryjne”, których nie można zakwalifikować do grupy pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych (sama ta okoliczność oznacza konieczność obniżenia punktacji Wykonawcy). Ta sama okoliczność dotyczy zaoferowanych o realizacji hakowców DW 5...7, DW 7...7 i DW 5...0 oraz HDS DW 9R... jak pojazdów z wielozadaniowymi, uniwersalnymi zabudowami.

Mając na względzie powyższe oraz oznaczone pozacenowe kryterium oceny ofert, Wykonawca powinien otrzymać 0 punktów z tego tytułu. Względnie, w przypadku uwzględnienia zarzutów częściowo, w odniesieniu do niektórych z wyżej wskazanych pojazdów, punktacja powinna być odpowiednio obniżona, stosownie do zasad opisanych w punkcie 13.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym stanie rzeczy, nawet przyjąwszy, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie powinna zostać odrzucona, to Zamawiający winien był wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą.

Co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący „z ostrożności procesowej” podniósł, że liczne błędy i nieprawidłowości w ofercie Wykonawcy nie podlegają uzupełnieniu oraz sanowaniu po terminie składania ofert. Również w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu Wykonawca wielokrotnie wyjaśniał i *de facto* uzupełniał przedkładane oświadczenia i dokumenty. W związku nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na wypadek odmiennej oceny Izby w tym zakresie, Odwołujący wskazał ewentualnie na naruszenie ww. przepisów poprzez niezwrócenie się do Wykonawcy o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej lub braku podstaw do wykluczenia lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego.

Co do zarzutu uznania skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wskazanych w ofercie instalacji, Przystępujący szczegółowo i precyzyjnie uzasadnił w ofercie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał weryfikacji tych kwestii badając ofertę. Wykonawcy byli zobowiązani do wypełnienia w formularzu oferty tabeli z wykazem instalacji, o których mowa w art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Przystępujący załączył wykaz instalacji na odrębnym dokumencie, ponieważ zastrzegł te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zawiera wszystkie wymagane informacje, które potwierdzają zasadność zastrzeżenia zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zbadał tę kwestię analizując przedłożone wyjaśnienia oraz wyroki KIO, które dotyczyły przystępującego i obejmowały identyczny stan faktyczny (wyrok KIO 2668/18 i KIO 2604/18). W związku z powyższym Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające, aby zastrzec te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosnie do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo iż nie wykazał on wymaganego

doświadczenia oraz dysponowania sprzętem tj. pojazdami, zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z uwagi na nieposiadanie wymaganych zdolności tj. pojazdów, mimo że zaangażowanie zasobów technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia", zarzutu dotyczącego naruszenia art 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia Wykonawcy (realizowanego w ramach konsorcjum) oraz dysponowania wymaganym potencjałem technicznym (pojazdami), a także oraz w zakresie informacji ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert (pojazdy spełniające normę Euro 6) i sposobu wykonania zamówienia przy wykorzystaniu określonego potencjału technicznego (w tym spełnienia przez pojazdy wymaganych parametrów) oraz określonych instalacji, zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienia poprzez jednoznaczne wskazanie, jaka była wartości usług realizowanych przez Przystępującego jako członka konsorcjum oraz jednoznaczne wskazanie jego faktycznego udziału. Przystępujący w odpowiedzi wyjaśnił, iż pełni nie tylko funkcję lidera, ale odpowiada za realizację wszystkich usług wykonywanych w ramach umów, w tym w ramach wymienianych czynności znalazły się m.in. „zagospodarowanie wszystkich rodzajów odpadów, koordynacja i nadzór nad prawidłowością obsługi kontraktów, rozliczanie i sprawozdawczość”, co potwierdza dołączona przez Odwołującego tabela, że Przystępujący wykonywał inne czynności z zagospodarowania. Niezależnie od tego, zgodnie z wyrokiem KIO 2534/18, zamawiający często nie dostrzegają, że faktyczny udział nie oznacza koniecznie udziału bezpośredniego. Może on zatem polegać na osobistym wykonaniu robót, ale samo zarządzanie i administrowanie robotami czasami również wystarcza dla możliwości powołania się na doświadczenie nabyte w toku ich realizacji. Każdy taki przypadek powinien być analizowany na gruncie konkretnego stanu faktycznego w kontekście związania spornego doświadczenia z przedmiotem zamówienia oraz zasady proporcjonalności.

Zamawiający nie zgodził się też z twierdzeniem Odwołującego, iż Przystępujący nie doprecyzował, jaka była dokładna wartość usług zrealizowanych w okresie oznaczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ wynika to jednoznacznie ze złożonych wyjaśnień, tj. wskazał wartości wynagrodzenia uzyskanego w poszczególnych latach a w roku 2020 za okres od 1 stycznia do 30 kwietnia, wskazał również, iż łączna wartość usług świadczonych przez pozostałych konsorcjantów nie przekracza 1% wartości zrealizowanych usług (dowody: protokół z prac komisji z 15 maja 2020 r., wezwanie do wyjaśnień z 15 maja 2020 r., odpowiedź Przystępującego z 19 maja 2020 r.).

Nie jest zgodne z prawdą, iż „wyjaśnienia okazały się niewystarczające, wobec czego Zamawiający ponownie zwrócił się o dodatkowe wyjaśnienia”. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia były wystarczające w kwestiach, których dotyczyły, jednak w odpowiedzi Przystępującego dodatkowo zostały wskazane inne daty wykonania zamówienia niż w formularzu JEDZ i to było przedmiotem kolejnego wezwania do wyjaśnień, co Zamawiający wskazał w protokole z prac komisji z 19 maja 2020 r.: „Rozbieżność ta nie wpływa na zakres i wartość usługi w zakresie spełniania warunku, jednak powstałe nieścisłości w datach należy wyjaśnić.” Zgodnie z orzecznictwem wezwanie do wyjaśnienia może być kierowane kilkakrotnie w stosunku do tego samego oświadczenia lub dokumentu. Powodem może być zarówno fakt, iż pierwotne wyjaśnienia są niewystarczające lub okoliczność, że w stosunku do tego samego dokumentu pojawiły się inne jeszcze wątpliwości (dowody: protokoły z prac komisji z 19 maja 2020 r. oraz 21 maja 2020 r., wezwanie do wyjaśnień z 20 maja 2020 r. oraz odpowiedź z 20 maja 2020 r.).

Odwołujący zarzucił, iż usługi wskazane przez Przystępującego nie powinny być uznane za wykonane należycie argumentując, iż wynika to z „publicznie dyskutowanych i medialnych kontrowersji”, jednak doniesienia medialne nie mogą stanowić dowodu w sprawie i jedynie odbiorca usługi może stwierdzić, czy usługa była wykonana należycie, czy nienależycie. Na tę usługę odbiorca wystawił referencje 17 marca 2020 r. oraz 2 czerwca 2020 r., co było wystarczające dla potwierdzenia należytego wykonania usług (dowody: referencje załączone do pisma Przystępującego z 27 maja 2020 r. oraz z 4 czerwca 2020 r.).

W zakresie wykazu pojazdów Odwołujący podniósł, że w odniesieniu do dwóch pojazdów będących przedmiotem dzierżawy nie została wykazana podstawa prawna do przeznaczenia i możliwości ich wykorzystania przy realizacji

zamówienia. Zamawiający, bazując na aktualnym orzecznictwie (m.in. wyrok Sądu Okręgowego z 8 kwietnia 2011 r. IV Ca 80/11, wyrok KIO 2447/14, KIO 457/18, KIO 1379/14) stwierdził, że umowa dzierżawy stanowi wystarczający tytuł do dysponowania pojazdami. W przypadku dysponowania sprzętem na podstawie umowy dzierżawy Przystępujący nie korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, lecz dysponuje nim bezpośrednio, a zatem nie ma podstaw do żądania dokumentów w tym zakresie, tym samym bezpodstawnie jest zarzucenie naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a, art. 25a ust. 3 pkt 1 oraz § 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez uznanie warunku dysponowania pojazdami za spełniony mimo nieudowodnienia przez Wykonawcę, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów trzecich i nieprzedstawienia wobec nich wymaganych dokumentów.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu z powodu złego stanu technicznego oraz braku faktycznej gotowości do świadczenia usług i jako przykład wskazał śmieciarkę do 7,5 Mg nr rej DW 5...4, co do której wskazano, iż miał poważne zdarzenie ubezpieczeniowe i z kosztów naprawy Odwołujący wysnuł domniemanie, że pojazd nie będzie gotowy w wymaganym terminie przedstawiając jako dowód wydruk z „autoDNA”. Zamawiający wskazał, iż z samego wydruku wynika, iż nie może on stanowić dowodu w sprawie, a treść raportu „może być niepełna lub niezgodna ze stanem rzeczywistym”.

Odwołujący podniósł również, iż dwa pojazdy nie spełniają warunków określonych w punktach 2.3.-2.4 opisu przedmiotu zamówienia rozdział VIII. Odwołujący nie ma możliwości domagania się oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie opisanym w opisie przedmiotu zamówienia, skoro Zamawiający w tym zakresie nie sformułował żadnych wymogów. Warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zostały opisane w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których treść jest wiążąca i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. Przystępujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu i jego oferta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Spełniać można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany (KIO 2444/16). W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu, niemożliwa jest ocena jego spełniania. Na obecnym etapie postępowania Odwołujący nie ma możliwości domagania się oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie szczegółowych wymogów w ramach realizacji obsługi MPSZOK, skoro Zamawiający w tym zakresie nie sformułował żadnych wymogów, tym samym nie można zgodzić się ze zdaniem Odwołującego, że Przystępujący w konsekwencji stawianego zarzutu nie spełnił wymogu, aby min. 15 pojazdów spełniało normę emisji spalin nie mniejszą niż EURO 5. W związku z tym Przystępujący wskazanymi w wykazie pojazdami spełnił warunek udziału w postępowaniu pod kątem wymagań technicznych i normy Euro 5, a także potwierdził spełnianie normy Euro 6 przez 17 pojazdów, w związku z czym otrzymał maksymalną liczbę punktów.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Zamawiającego, ww. pojazdy spełniają warunki do wyposażenia ich w wydzielone pojemniki i worki big-bag do zbierania odpadów komunalnych zgodnie z regulaminem MPSZOK. Ponadto na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego następuje ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, a do realizacji wykonawcy muszą zapewnić sprzęt zgodny z opisem przedmiotu zamówienia (wykazany w ofercie lub inny o wymaganiach nie gorszych niż wskazany w ofercie).

Ustosunkowując się do twierdzeń Odwołującego w zakresie zaangażowania w inne przedsięwzięcia gospodarcze Zamawiający stwierdził, iż przedstawione przez Odwołującego dowody stanowią wykazy pojazdów składane przez Przystępującego na etapie postępowania

Oudzielenie zamówienia. Nie udowodniono, że tych pojazdów Przystępujący faktycznie obecnie używa do realizacji tamtych zamówień. Zamawiający nie wprowadził klauzuli wyłączności w zakresie pojazdów wykorzystywanych do realizacji usługi, co umożliwia Wykonawcy realizację innych usług. Zamawiający bada spełnianie warunków udziału w postępowaniu bazując na oświadczeniach i dokumentacji złożonych przez wykonawców w trakcie postępowania. W wyroku KIO 55/17 Izba uznała, że ustawodawca przewidział w tym zakresie swobodę zamawiającego i nie ma konieczności skorzystania z rozwiązania, o którym mowa w przepisie art. 22d ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie zastrzegł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że sprzęt wykazywany przez wykonawców ma służyć wyłącznie do prac będących przedmiotem zamówienia. Brak takiego zastrzeżenia powoduje, że nie można czynić wykonawcy zarzutu zamierzonego działania lub niedbalstwa wprowadzającego Zamawiającego w błąd

przy przedstawieniu informacji, Z tej przyczyny wykluczone jest zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu wykluczenia takiego wykonawcy. Nie można również twierdzić, że taki wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał jedynie dysponowania tego rodzaju sprzętem. Organizacja pracy przy wykorzystaniu maszyn w taki sposób, aby zamówienie zostało wykonane, należy do wykonawcy. W przypadku braku możliwości prawidłowego wykonania powierzonych prac, zastosowanie znajdują środki dyscyplinujące wskazane w umowie, tj. kary umowne (§ 16 ust. 4 wzoru umowy). Z orzecznictwa KIO wynika, że z samego faktu zaangażowania zasobu przeznaczonego do realizacji zamówienia w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie można wywodzić, że wywrze to negatywny skutek na jego wykonanie i niedopuszczalne jest mechaniczne korzystanie z art. 22d ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

1 zamawiający powinien korzystać z tej podstawy prawnej wyłącznie wtedy, gdy w konkretnym przypadku ma udowodnione podejrzenie, że wykonawca, który realizuje inne przedsięwzięcia, nie będzie mógł należycie wykonać zamówienia.

Odwołujący nie przedstawia dowodów, a jedynie snuje domysły o możliwym nienależytym wykonaniu usługi. Izba stwierdziła również, iż w sytuacji, gdy wykonawca dysponuje większym potencjałem niż wymagane przez zamawiającego minimum, kwestia realizacji kilku umów może być wynikiem sprawnej organizacji pracy. Możliwe też jest, że pomiędzy terminem składania ofert lub wniosków a zawarciem umowy nastąpi zaangażowanie zasobów wykonawcy do realizacji innego zadania, jak też nie można wykluczyć zmiany odwrotnej polegającej na przesunięciu tych zasobów do realizacji nowo uzyskanego zamówienia.

Odwołujący podniósł wątpliwości w zakresie określania podstawy dysponowania kilkoma pojazdami oraz w określeniu rodzaju jednego z pojazdów. Dołączone do odwołania dowody rejestracyjne potwierdzają informacje zawarte w ofercie Przystępującego. Wskazane przez Odwołującego informacje dotyczą zamówień z ubiegłych lat. Zamawiający bazuje na oświadczeniach i dokumentacji składanej przez wykonawców w toku postępowania. Z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego wynika, że oświadczenie należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, ze względu na okoliczności, w których było składane. Z kolei naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprowadzają się między innymi do przyjęcia założenia, iż ofertę wykonawcy należy oceniać jako złożoną w dobrej wierze, przygotowaną w sposób racjonalny i zmierzającą do uzyskania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w sposób przyjęty i wyrażony przez wykonawcę. Poza tym wskazana podstawa dysponowania leasing czy własność stanowią dysponowanie bezpośrednie, więc nie ma to wpływu na faktyczne dysponowanie rzeczą.

Zamawiający nie może zgodzić się z zarzutami w zakresie instalacji, gdyż organizacja zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów przerzuca cały ciężar organizacji zbiórki odpadów i ich zagospodarowania na wybranego wykonawcę. Dlatego też Zamawiający nie badał możliwości przyjęcia odpadów przez poszczególne instalacje. Zamawiający stoi na stanowisku, że nie może on wymagać od wykonawców zawarcia umów z instalacjami na przyjęcie odpadów przed rozstrzygnięciem prowadzonego postępowania, gdyż stawiałby tych posiadających własne instalacje w pozycji uprzywilejowanej, a utrudniał udział w postępowaniu tym podmiotom, które nie posiadają instalacji, co naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji. Ponadto zobowiązanie wykonawców do zawarcia umów bez gwarancji uzyskania zamówienia na realizację określonych zadań również należy uznać za nieuprawnione.

Zacytowana przez Odwołującego treść wyroku NSA II OSK 2104/16 nie ma umocowania w aktualnie obowiązujących przepisach, gdyż regionalizacja systemów gospodarki odpadami komunalnymi została zniesiona ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw. Ponadto przywołane przez Odwołującego zapisy działu V pkt 2-7 opisu przedmiotu zamówienia wskazują, że wykonawca jest zobowiązany do realizacji usługi zgodnie z zobowiązującymi przepisami, w tym również Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Śląskiego (WPGO), jednak należy mieć na względzie, że plan ten jest podejmowany w drodze uchwały, która jest aktem niższego rzędu niż ustawa. Jeżeli zatem ustawodawca zniósł regiony gospodarki odpadami i wskazał, iż określone rodzaje odpadów muszą trafić do instalacji komunalnych, to dostarczenie ich do instalacji poza byłym regionem również jest dopuszczalne. Zamawiający, tworząc opis przedmiotu zamówienia, przewidział taką możliwość i w punkcie 4. działu V zalecił wykonawcy realizację transportu w systemie dwustopniowym (przeładunkowym) w sytuacji transportu odpadów na znaczną odległość. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że blisko

100% odpadów pochodzących z terenu miasta Zabrze w ostatnich latach jest kierowanych przez Odwołującego do instalacji położonej w Zabrzu, którą zarządza Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zabrzu. Z tego względu nie można wykluczyć, iż w związku z utratą znacznej ilości odpadów zasilających ww. instalację i brakiem możliwości pozyskania ich z innych źródeł, możliwe będzie przekazanie odpadów zebranych przez Przystępującego do tej instalacji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo że w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego rzetelność i uczciwość, realizując obowiązki wynikające z umów o zamówienie publiczne w sposób nienależyty, w tym naruszając przepisy o ochronie środowiska, co skutkowało nałożeniem kar z tego tytułu, Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się jedynie do okresu 3 lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Odwołujący wskazał usługę, która była realizowana w latach 2013-2014. Ponadto obie wskazane przesłanki związane są z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę, z tą różnicą, że w przypadku pierwszej z nich możliwość wykluczenia wymaga wykazania przez zamawiającego winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, a w odniesieniu do drugiej konieczne jest udowodnienie, że przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania (w istotnym stopniu) leżą po stronie wykonawcy. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy winno doprowadzić dodatkowo do rozwiązania umowy (wypowiedzenie, odstąpienie) lub zasądzenia odszkodowania (wyrok sądu zasądzający odszkodowanie). Z regulacji unijnych, wynikających z art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy 2014/24/UE wynika, iż wykonawca podlega wykluczeniu „jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które poddaje w wątpliwość jego uczciwość”. Oznacza to, że zamawiający powinien posiadać stosowne dowody wskazujące na to, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, a za wykroczenie zawodowe należy rozumieć obowiązki wykonawcy wynikające z zawartych umów. Dowodem na rozwiązanie umowy jest oświadczenie poprzedniego zamawiającego lub zasądzenie odszkodowania. Wobec powyższego wskazane przez Odwołującego wnioski o udostępnienie informacji publicznej nie mogą świadczyć o nienależytości wykonania usługi przez Przystępującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w ww. przepisach Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący wskazał, iż zamiar zatrudnienia pracowników Odwołującego jest przejawem nieuczciwej konkurencji, natomiast ustawa Prawo zamówień publicznych wprost wskazuje, iż przesłanka ta może odnieść się do złożenia oferty, nie zaś do czynności podejmowanych przez wykonawców po dokonaniu tej czynności. Odwołujący dokonuje nadinterpretacji wskazanego przepisu. Strony postępowania nie mogą rozszerzać ustawowych przesłanek odrzucenia oferty, gdyż katalog przesłanek odrzucenia ofert jest zbiorem zamkniętym. Odwołujący, uzasadniając podnoszony zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, powołuje się jedynie na notatki spisane z pracownikami w sprawie możliwości zatrudnieniem pracowników Odwołującego przez Wykonawcę.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo iż cena oraz jej istotne części składowe mają rażąco niski charakter, względnie zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, Zamawiający uznał zarzut za niezasadny, gdyż przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie konstruuje obowiązku, któremu zamawiający musi się bezwzględnie podporządkować. Badanie ofert pod względem wystąpienia rażąco niskiej ceny występuje, kiedy w trakcie oceny ofert zamawiający uzna,

że ma do czynienia z ofertą rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawowe znaczenie miała okoliczność, iż cena oferty złożonej przez Przystępującego stanowiła 103 % kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a oferta Odwołującego stanowi 107% tej kwoty. Ponadto ceny i poszczególne składniki cenowe złożonych ofert były zgodne z szacowaniem Zamawiającego. Próg 30%, skutkujący zastosowaniem procedury wyjaśniającej, nie został osiągnięty ani w odniesieniu do wartości zamówienia, ani w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Zamawiający w ogóle nie miał wątpliwości co do ceny oferty najkorzystniejszej, tym bardziej, że możliwości finansowe Zamawiającego były niższe niż ceny obydwu złożonych ofert. Stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych. Cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska, jest to cena wiarygodna i realna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Ponadto Odwołujący na poparcie przedstawionej argumentacji powołuje się na własne wyliczenia i kalkulacje, jednak każda firma ma swoje sposoby zarządzania, wyliczania kosztów zmiennych, personalnych, operacyjnych czy administracyjnych, co sam Odwołujący podkreśla w odwołaniu wskazując, że metoda porównawcza w odniesieniu do zaoferowanych cen nie jest miarodajna.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który podlega także wykluczeniu z udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, iż jest to ogólny zarzut, który jest powiązany z poprzednimi zarzutami. W związku z nieuwzględnieniem odwołania oraz powyższymi ustaleniami w zakresie odniesienia się do poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu Zamawiający podtrzymał swoją ocenę w odniesieniu do oferty najkorzystniejszej. Zamawiający dokonał oceny na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów w trakcie postępowania i na ich podstawie stwierdził, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu a jego oferta nie podlega odrzuceniu, zatem wybór był zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej na skutek nieprawidłowej oceny Zamawiający wskazał, iż dokonał oceny ofert w oparciu o dokumenty i oświadczenia przedłożone przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący wskazał co najmniej 16 pojazdów spełniających normę EURO 6, zgodnie z punktem 13. część I specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego otrzymał adekwatną liczbę punktów, tym samym dokonano wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący błędnie wskazał, iż nie można przyznać punktów w odniesieniu do pojazdów, którymi Przystępujący dysponuje poprzez dzierżawę. Dzierżawa stanowi wystarczający tytuł do dysponowania pojazdami, w związku z tym stanowi dysponowanie bezpośrednie. Po drugie, nawet gdyby wystąpiło dysponowanie pośrednie, Zamawiający byłby zobowiązany do przyznania punktów w tym zakresie, co wynika z art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych i z art. 67 ust. 2 lit. b dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którymi można przyznać wykonawcy punkty w ramach kryteriów oceny ofert za potencjał podmiotu trzeciego. Potwierdzają to wyroki: KIO 1093/18, KIO 1282/18, KIO 299/20. Zamawiający dokonał weryfikacji kryteriów oceny ofert poprzez sprawdzenie oświadczeń wykonawców w tym zakresie. Zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający określił ocenę ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały w pkt 13.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i umożliwił sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców poprzez wypełnienie oświadczenia dotyczącego kryteriów oceny w formularzu oferty. Wykonawcy złożyli oświadczenia w tym zakresie. Umożliwiło to Zamawiającemu weryfikację kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i przejrzysty. Potwierdzeniem prawidłowości takiego sposobu weryfikacji kryteriów jest publikacja Urzędu Zamówień Publicznych „Przykładowe społeczne i środowiskowe kryteria oceny ofert w zamówieniach publicznych”. W publikacji tej wskazano jako przykład kryterium w zamówieniu, którego przedmiotem jest usługa odbioru i zagospodarowania stałych odpadów komunalnych od właścicieli, spełnianie przez pojazdy norm emisji spalin co najmniej EURO 5 wskazując jednocześnie jako formę weryfikacji zapisy w formularzu ofertowym polegające na oświadczeniu wykonawcy w tym zakresie. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy zawierają wymagania dotyczące potwierdzenia na etapie przystąpienia do realizacji zamówienia treści złożonego oświadczenia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej lub braku podstaw do wykluczenia lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie Zamawiający wskazał, iż nie jest prawdą, że były w nich liczne błędy i nieprawidłowości. W czasie badania oferty pojawiały się tylko niejasności i rozbieżności, które wymagały jedynie zastosowania procedury wyjaśniania. Zamawiający nie zaniechał zwrócenia się o uzupełnienie, ponieważ nie było takiej kwestii, która by tego wymagała.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie skuteczności dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wskazanych w ofercie instalacji jako zarzutu spóźnionego. Ewentualnie o oddalenie odwołania w zakresie tego zarzutu jako bezzasadnego.

W pozostałym zakresie Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zdaniem Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą żadne przesłanki do wykluczenia go ani żadne przesłanki do odrzucenia złożonej przez niego oferty. Postępowanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami ustawy.

Orzeczoności Zamawiającego świadczy fakt kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wskazanych w ofercie instalacji, pomimo iż nie wykazał on, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał, że zarzut ten jest zarzutem spóźnionym i jako taki podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zarzut podniesiony w odwołaniu datowanym na 22 czerwca 2020 r. odnosi się do czynności, której Zamawiający dokonał w maju 2020 r., polegającej na przyjęciu, że Przystępujący w sposób prawidłowy

1skuteczny zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączony do oferty wykaz instalacji. Tak bowiem należy interpretować zachowanie Zamawiającego polegające na nieudostępnieniu Odwołującemu części oferty Przystępującego, która została objęta klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. wykazu instalacji. Odwołujący 13 maja 2020 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie oferty. W odpowiedzi Zamawiający 18 maja 2020 r. przekazał Odwołującemu treść oferty za wyjątkiem tej części oferty, która została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący, 20 maja 2020 r., wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dotychczas nieprzekazanej części oferty. W odpowiedzi na to pismo Zamawiający, 25 maja 2020 r., udostępnił Odwołującemu treść samej klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa bez wykazu instalacji. Oznacza to, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego uznał za skuteczne. Zatem czynność Zamawiającego o uznaniu za tajemnicę przedsiębiorstwa wykazu złożonego przez Przystępującego miała miejsce 18 maja 2020 r. i w tym samym dniu Odwołujący dowiedział się o tej czynności Zamawiającego. Dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania wobec tej czynności Zamawiającego powinien być liczony od momentu uzyskania przez Odwołującego wiedzy o nieudostępnieniu mu przez Zamawiającego części oferty objętej klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Termin na zaskarżenie tej czynności upłynął więc 28 maja 2020 r. Podniesienie zarzutu w tym zakresie dopiero 22 czerwca 2020 r. jest działaniem spóźnionym i w zakresie tego zarzutu odwołanie jako spóźnione podlega odrzuceniu.

Zarzut ten jest też w całości niezasadny, a działanie Zamawiającego nie narusza przepisów ustawy. Nie polega na

prawdzie twierdzenie Odwołującego, że z samej istoty ogólne informacje co do nazwy instalacji, w których wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zamierza zagospodarowywać odpady komunalne, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Odróżnić bowiem należy etap ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i etap realizacji umowy. Najwcześniej z chwilą podpisania umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów wywodzić można, że instalacje, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne, należy ujawnić z uwagi na interes publiczny. Sam fakt złożenia oferty nie przesądza jednak o tym, że umowa z danym wykonawcą zostanie zawarta, a odpady komunalne faktycznie zostaną przekazane do instalacji, które wykonawca wskazał w ofercie. Następstwo czasowe ma więc kluczowe znaczenie dla oceny, czy i ewentualnie kiedy informacje te mogą zostać ujawnione. Przystępujący zastrzegł informacje dotyczące instalacji w klauzuli, która obejmuje obszerne uzasadnienie, w którym wyczerpująco odniesiono się do wszelkich ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W klauzuli wskazano na istotną wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, podkreślając, że pozyskanie zastrzeżonych informacji przez podmioty konkurencyjne na rynku odpadowym mogłoby naruszyć interes gospodarczy przedsiębiorcy, gdyż wykorzystanie tych informacji w ramach własnej działalności gospodarczej konkurentów mogłoby skutkować szkodą dla Przystępującego polegającą m.in. na zniwelowaniu przewagi konkurencyjnej. W orzecznictwie trafnie przyjmuje się, że wystarczającą przesłanką dla uznania pewnych danych za objętych tajemnicą przedsiębiorstwa jest to, że mają one wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, który podjął kroki w celu utajnienia tych danych (wyrok NSA II GSK 3487/15).

Nie polegają też na prawdzie twierdzenia Odwołującego, że wszystkie instalacje mają obowiązek przyjęcia odpadów od każdego podmiotu, który odpad taki będzie chciał do danej instalacji skierować, z zastrzeżeniem awarii lub innych okoliczności szczególnych. Po zmianach w przepisach ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 2019 r. wykonawca uzyskał prawie całkowitą swobodę w doborze instalacji, z którymi nawiązuje współpracę. Dobór instalacji na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest elementem strategii biznesowej wykonawców działających w branży odpadowej. Koszt zagospodarowania odpadów stanowi istotny koszt działalności wykonawcy świadczącego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, stąd dobór kontrahentów oferujących korzystne ceny i wysoką jakość usług decyduje o przewadze konkurencyjnej danego przedsiębiorcy na rynku. Cena nie jest tu jedynym czynnikiem mającym znaczenie, gdyż trzeba mieć na uwadze obowiązek osiągania wymaganych poziomów recyklingu, dlatego też jakość usług ma niezwykle istotne znaczenie w wyborze kontrahentów. Odpowiednie rozeznanie rynku i nawiązanie współpracy z podmiotami spełniającymi wymagania, a także posiadającymi wszelkie wymagane prawem zezwolenia, to efekt wieloletnich starań i negocjacji prowadzonych przez wykonawcę przez lata działalności na rynku odpadowym. Nie sposób odmówić więc tego rodzaju informacjom wartości gospodarczej. Właściwy dobór instalacji, do których przedsiębiorca przekazuje odbierane odpady, ma kluczowe znaczenie dla jego polityki cenotwórczej i możliwości konkurowania na rynku. Nie zmienia tego fakt, że instalacje działają na rynku konkurencyjnym i informacje o nich co do zasady są ogólnodostępne. Ogólnodostępna nie jest bowiem informacja, z którymi konkretnie instalacjami współpracuje lub zamierza współpracować dany wykonawca. To właśnie swoboda doboru instalacji sprawia, że informacje te mają dla przedsiębiorcy szczególną wartość gospodarczą, którą Przystępujący chroni.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 22 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a, art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Przystępujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami punktu 5.2.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w punkcie 5.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia należało wraz z ofertą złożyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie, w postaci formularza JEDZ. W myśl punktu 5.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zostanie przez Zamawiającego

wezwany i przedstawi dokumenty: B) wykaz usług wykonanych, 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, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami,

Oktyórnych mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie wskazać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych usług nadal wykonywanych; referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Na potwierdzenie spełnienia warunku Wykonawca był zobowiązany wykazać się nie mniej niż dwiema wykonanymi usługami, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, o łącznej wartości 40.000.000,00 zł (każda o wartości minimum 10.000.000,00 zł) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączyć dowody, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W formularzu JEDZ, który stanowi wstępnie potwierdzenie, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, Przystępujący wskazał: 1) usługę odbioru, zbierania, transportu

1zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście, realizowaną w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 stycznia 2020 r. o wartości 137.375.807,00 zł oraz 2) usługę odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole, realizowaną w okresie 1 stycznia 2017 r. do 31 stycznia 2020 r. o wartości 91.020.578,0zł.

15 maja 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, jaka była wartość usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert w odniesieniu do zakresu usług realizowanych przez państwa jako członka konsorcjum oraz o jednoznaczne wyjaśnienie faktycznego udziału poprzez wykazanie rzeczywistych czynności Wykonawcy przy realizacji usług wskazanych w formularzu JEDZ.

W odpowiedzi Przystępujący wyjaśnił, że obie umowy zostały zawarte na okres od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2020 r., więc czas trwania usługi mieści się w okresie ostatnich 3 lat przed dniem upływu terminu składania ofert. Oznaczył także wartość zafakturowanych usług w ramach każdej z umów w poszczególnych latach. Odnosząc się do zakresu usług zrealizowanych w ramach wskazanych w formularzu JEDZ umów, wskazał, że obie usługi wykonywane są w konsorcjach, w których Przystępujący pełni funkcję lidera oraz podmiotu odpowiedzialnego za realizację wszystkich usług wykonywanych w ramach obu umów, zaś pozostali konsorcjanci pełnią funkcję zabezpieczającą ciągłość wykonania usług na wypadek zdarzeń wynikających z okoliczności nieprzewidzianych, np. siły wyższej, przestoju lub awarii instalacji Przystępującego.

20 maja 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do przedłożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności pomiędzy treścią formularza JEDZ a złożonymi wyjaśnieniami w zakresie okresu realizacji usług wykazanych przez wykonawcę w formularzu JEDZ. W wyjaśnieniach z 20 maja 2020 r. Przystępujący wyjaśnił, że wykazane w formularzu JEDZ na dzień 20 maja 2020 r. były nadal realizowane, a wykonawca w celu określenia wartości zrealizowanych w ramach tych umów usług w formularzu JEDZ wskazał okres od 1 stycznia 2017 r. do 31 stycznia 2020 r. Zamawiający wymagał bowiem wykazania doświadczenia w realizacji nie mniej niż dwóch usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania zamówienia i odbiorców, a określenie wartości usługi może odnosić się jedynie do zrealizowanej już części zamówienia. W przypadku umów, które na dzień składania oferty były nadal realizowane, należało więc przyjąć pewną cezurę czasową, w celu umożliwienia weryfikacji, czy wykonawca na dzień składania ofert legitymował się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Wobec okoliczności, że wartość umów, na jakie Przystępujący powołał się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, znacząco przewyższa wymagania stawiane w tym celu przez Zamawiającego, Zamawiający trafnie uznał, że

dotychczasowe wątpliwości zostały wyjaśnione i nie można uznać, że Przystępujący nie wykazał się niezbędnym doświadczeniem.

W świetle powyższych okoliczności prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych było kolejne działanie Zamawiającego polegające na skierowaniu do Przystępującego, 21 maja 2020 r., wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Realizując to zobowiązane Przystępujący, 26 maja 2020 r., przedłożył wykaz usług oraz referencje z 17 marca 2020 r. wystawione przez Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, które potwierdzają wcześniejsze oświadczenia wykonawcy. Przedłożone referencje z 17 marca 2020 r. zawierają informację, że usługi realizowane na rzecz Gminy Wrocław są przez nie realizowane jako członka konsorcjum.

Nie polega na prawdzie twierdzenie Odwołującego, jakoby w odpowiedzi na wezwanie z 20 maja 2020 r. Przystępujący oświadczył, że wskazany w formularzu termin realizacji zamówienia odniósł do wartości usług wynikających z całej umowy. Całkowita wartość maksymalnego wynagrodzenia w ramach umowy dotyczącej sektora I wynosiła

153.513.216.0zł brutto, zaś umowy dotyczącej sektora IV - 107.297.546,40 zł brutto, w formularzu JEDZ wykonawca określił wartość zrealizowanych na rzecz Gminy Wrocław usług w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 stycznia 2020 r., która dla umowy dotyczącej sektora I wynosiła 137.375.807,00 zł brutto, zaś dla umowy dotyczącej sektora IV -

91.020.578.0zł brutto (dowód: referencje z 17 marca 2020 r., umowa nr 66/61/2016/G dotycząca sektora I - Stare Miasto i Fabryczna, umowa nr 67/61/2016/G dotycząca sektora IV - Psie Pole). Treść referencji przedłożonych przez Przystępującego potwierdza wysokość wynagrodzenia, jakie wykonawca otrzymał od Zamawiającego w ww. okresie i jest ono tożsame z wynagrodzeniem, jakie wykonawca oznaczył w JEDZ.

Przyjęty przez polskiego ustawodawcę model postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego sprawia, że możliwość pełnej weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego następuje dopiero po złożeniu przez wykonawcę dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący pominął okoliczność, że wezwania z dnia 15 i 20 maja 2020 r. dotyczyły treści formularza JEDZ, który stanowi wstępne oświadczenie wykonawcy, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca na etapie składania ofert nie ma obowiązku przedkładania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, obowiązek taki aktualizuje się jedynie względem wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w rankingu ofert, na wezwanie Zamawiającego.

Co do nabywania doświadczenia za usługi realizowane w ramach konsorcjum, w wyroku TSUE z 18 lipca 2007 r. w sprawie C-399/05 Trybunał wskazał, że „warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum”. Możliwość powołania się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum uzależniona jest od faktycznego udziału w realizacji określonej części zamówienia, a faktyczny udział nie oznacza koniecznie udziału bezpośredniego. Może on polegać na osobistym wykonaniu robót, ale samo zarządzanie i administrowanie robotami również może być uznane za wystarczające dla możliwości powołania się na doświadczenie nabyte w toku ich realizacji. Z uzasadnienia wyroku TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 wynika, iż wykonawca ma możliwość powoływania się na doświadczenie zdobyte w konsorcjum w zakresie, w jakim realnie je nabył. Doświadczenia nie uzyskuje się poprzez sam udział w konsorcjum, lecz poprzez konkretne czynności wykonywane w jego ramach. W przypadku umów realizowanych na rzecz Gminy Wrocław Przystępujący jako lider konsorcjum faktycznie odpowiadał za realizację wszystkich usług wykonywanych w ramach obu umów, stąd może legitymować się w pełni doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum z tytułu realizacji ww. usług.

Odwołujący nie wykazał, że udział pozostałych członków konsorcjum w realizacji przedmiotowych umów nie był marginalny i pomijalny. Za taki dowód nie może być uznana załączona do odwołania umowa konsorcjum z 6 czerwca 2016 r. pomiędzy WPO ALBA S.A., Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów dotycząca wspólnego wykonania zadania na sektorze IV - Psie Pole we Wrocławiu. Sama treść umowy konsorcjum nie wskazuje, jak faktycznie realizowana była umowa i nie wynika z niej, który z konsorcjantów wobec faktycznego wykonywania określonych czynności nabył doświadczenie. Sam zapis dotyczący podziału zadań między konsorcjantów w umowie zawartej przed przystąpieniem do realizacji usługi nie skutkuje nabyciem

doświadczenia. Jak stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku II GSK 4133/17 warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów. Fakt solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum nie przekłada się na nabycie doświadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Nie polega więc na prawdziwym twierdzeniu Odwołującego, jakoby zagospodarowanie odpadów, w tym dotrzymanie właściwych norm związanych z recyklingiem odpadów leżało w całości po stronie Chemeko. Doświadczenie zdobywa się bowiem w toku faktycznego podejmowania określonych czynności, których pozostali konsorcjanci w toku realizacji umowy na rzecz Gminy Wrocław co do zasady nie podejmowali. W praktyce podział zakresu rzeczowego dokonywany był na bieżąco w trakcie wykonywania kontraktu. Odwołujący podkreślił, że punkt 7. załącznika nr 1 do umowy konsorcjum wskazuje, że przyjęcie niesegregowanych odpadów komunalnych na instalacji RIPOK należało do konsorcjanta Chemeko, pominął jednak, że przekazywanie niesegregowanych odpadów komunalnych na RIPOK inny niż Rudna Wielka należało do zadań lidera konsorcjum. Zgodnie z § 2 ust. 3 umowy konsorcjum „Lider Konsorcjum zobowiązuje się do zagospodarowywania zmieszanych odpadów komunalnych odebranych zgodnie z załącznikiem nr 1 pkt B7 niniejszej umowy na instalacji RIPOK w Rudnej Wielkiej należącej do Konsorcjanta (Chemeko), w cenie określonej w załączniku nr 2 punkt 7 i 8 tabeli. O przekazywaniu odpadów do innego zakładu bądź innych instalacji decyduje Lider Konsorcjum.” W praktyce decyzja o przekazywaniu odpadów do zagospodarowania należała więc do Przystępującego jako lidera konsorcjum, a odpady przekazywane były do zagospodarowania w innych instalacjach niż należąca do Chemeko instalacja w Rudnej Wielkiej. Faktycznie więc, zgodnie z twierdzeniami przedstawionymi przez Przystępującego w wyjaśnieniach, rola konsorcjantów sprowadzała się do pełnienia funkcji zabezpieczającej ciągłość wykonania usług na wypadek zdarzeń wynikających z okoliczności nieprzewidzianych. Dokładne wyliczenia wskazują, że wartość usług zrealizowanych przez konsorcjanta Chemeko w toku realizacji usług na rzecz Gminy

Wrocław w ramach umowy dotyczącej sektora IV - Psie Pole wynosi 0,108 % w stosunku do całego wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy należnego wykonawcy do 30 czerwca 2020 r. Łączna ilość odpadów zmieszanych przekazana do zagospodarowania Chemeko wynosi 21,74 Mg, podczas gdy łączna ilość odpadów zmieszanych przekazana do zagospodarowania przez Przystępującego w tym okresie wynosi 104.301,42 Mg.

Jedynie gdyby wartość usług zrealizowanych przez Przystępującego w ramach umów zawartych z Gminą Wrocław była niższa niż wymagania stawiane przez Zamawiającego, zachodziłaby przesłanka do wykluczenia. Przystępujący zrealizował dwa zamówienia na rzecz Gminy Wrocław w zakresie znacząco przekraczającym wymagania stawiane przez Zamawiającego. Już sama wartość usług zrealizowanych przez Przystępującego, którą wskazał w wyjaśnieniach z 19 maja 2020 r., wystarczy, by wykazać wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Wartość zafakturowanych usług w ramach umów w poszczególnych latach trwania umowy: sektor I - rok 2017 - 41.931.069 zł brutto, rok 2018 - 45.780.557 zł brutto, rok 2019 - 45.813.386 zł brutto, rok 2020 (od 1 stycznia do 30 kwietnia) 13.338.078 zł brutto, sektor IV - rok 2017 - 27.398.730 zł brutto, rok 2018 - 30.652.256 zł brutto, rok 2019 - 30.652.138 zł brutto, rok 2020 (od 1 stycznia do 30 kwietnia) - 9.310.499 zł brutto.

Treść powołanej przez Odwołującego umowy konsorcjum również nie stanowi dowodu potwierdzającego, że Przystępujący nie posiada wymaganego doświadczenia z zakresu zagospodarowania odpadów. Zagospodarowanie odpadów jest bowiem pojęciem szerokim. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. nie zawiera legalnej definicji pojęcia „zagospodarowywania odpadów”. Przepis art. 1a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w sprawach dotyczących postępowania z odpadami komunalnymi w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie odsyła do stosowania przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Ustawa o odpadach nie posługuje się pojęciem „zagospodarowywania odpadów”, lecz w art. 3 ust. 1 pkt 2 definiuje pojęcie gospodarowania odpadami, przez które rozumie „zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami”. Pojęcie zagospodarowywania odpadów należy odnosić do ogółu czynności, działań i procesów, jakim są poddawane odpady. Przyjmuje się, że różnica między przetargiem na odbieranie odpadów a przetargiem na odbieranie i zagospodarowanie odpadów dotyczy zasad określania, do której instalacji odpady powinny być przekazywane. W przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów

podmiot odbierający odpady komunalne wybiera i wskazuje w ofercie instalacje, do których będzie przekazywał odpady. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego jakoby usługi wskazane przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie powinny być uznane za wykonane należycie „z uwagi na fakt publicznie dyskutowanych i medialnych kontrowersji zaistniałych w związku z ich wykonywaniem”, Przystępujący wskazał, że dokumentem potwierdzającym należyta realizację usług przez Przystępującego są referencje wystawione przez Ekosystem Sp. z o.o. działający w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław, czyli zamawiającego posiadającego najlepszą wiedzę o jakości zrealizowanych na jego rzecz usług. Z prawidłowym wykonaniem zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, kiedy zamówienie zostało wykonane zgodnie z zawartą umową, tj. zostało odebrane w całości przez zamawiającego, a wykonawca otrzymał wynagrodzenie w wysokości określonej w umowie. Nie sposób więc uznać, by bliżej nieskonkretyzowane kontrowersje i doniesienia medialne mogły stanowić o nienależytej realizacji usługi. Przystępujący wniósł pozwy o naruszenie dóbr osobistych przeciwko podmiotom bezprawnie naruszającym dobre imię spółki, m.in. Telewizji Polskiej S.A., która wyemitowała reportaż, na który powołuje się Odwołujący. Dokumenty złożone w toku postępowania wskazują, że zakres zrealizowanych przez Przystępującego usług, ich wartość oraz należyta realizacja nie mogą budzić wątpliwości.

Zamawiający wymagał, by wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej złożył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami obejmujący nie mniej niż:

- 1) minimum 14 śmieciarek o ładunku nie mniejszym niż 12 m³ z funkcją kompaktującą do prowadzenia zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odpadów selektywnie zbieranych frakcji papier, metale i tworzywa sztuczne, bioodpady,
- 2) minimum 2 śmieciarki o ładunku nie mniejszym niż 12 m³ z możliwością wyłączenia lub bez funkcji kompaktującej do prowadzenia zbiórki odpadów selektywnie zbieranych frakcji szkło,
- 3) minimum 1 śmieciarkę z żurawiem do obsługi pojemników podziemnych i półpodziemnych o ładunku nie mniejszym niż 12 m³,
- 4) minimum 1 samochód specjalistyczny do obsługi kontenerów KP-5, KP-7, KP-10,
- 5) minimum 3 śmieciarki małogabarytowe (niskotonażowe), które są przystosowane do odbioru odpadów z rejonu posesji o utrudnionym dojeździe i ograniczeniach tonażowych ulic DMC nie większej niż 7,5 tony,
- 6) minimum 1 pojazd z HDS o nośności minimum 1,5 tony,
- 7) minimum 2 pojazdy przystosowane do odbioru odpadów wielkogabarytowych,
- 8) minimum 2 śmieciarki z myjką o zamkniętym obiegu wody, przystosowane do mycia i dezynfekcji pojemników w miejscu odbioru odpadów,
- 9) minimum 2 pojazdy do świadczenia usługi MPSZOK o ładowności minimum 1 tony,
- 10) minimum 1 pojazd do zbiórki zużytych baterii i akumulatorów oraz leków.

Minimum 15 z ww. pojazdów powinno spełniać normę emisji spalin nie mniejszą niż EURO 5. Wykaz pojazdów złożony wraz z ofertą na formularzu E, Przystępujący uzupełnił na wezwanie Zamawiającego z 28 maja 2020 r. do złożenia wyjaśnień w celu dookreślenia, które z oferowanych pojazdów spełniają poszczególne wymagania określone w warunku 5.2.1.C. część I specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przystępujący te wykonawca złożył w zakreślonym przez Zamawiającego terminie.

Przystępujący w sposób bezpośredni dysponuje wszelkimi pojazdami, co do których takie oświadczenie złożył. Dysponowanie określonym potencjałem technicznym nie oznacza w warunkach niniejszego postępowania, że musi on być w całości codziennie wykorzystywany na potrzeby realizacji usługi. W dokumentacji przetargowej Zamawiający nie sformułował względem wykonawców wymogów co do tego, aby wszystkie pojazdy, którymi ma dysponować wykonawca, były codziennie wykorzystywane do realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia. Nie określił także żadnej minimalnej liczby pojazdów, które codziennie mają wyjechać na rejon. Zamawiający nie zastrzegł także wyłączności pojazdów dla potrzeb świadczenia usług, co jest praktykowane przez niektóre gminy. W rozdziale VI pkt 1.1. opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że „wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia specjalistycznych

samochodów oraz urządzeń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, które zarówno pod względem technicznym, jak i ilościowym będą umożliwiały terminowe i jakościowe wykonanie zakresu rzeczowego usługi.” Powyższe zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzą do wniosku, że wolą Zamawiającego było, by w toku realizacji usługi to wykonawca decydował o tym, jaką liczbą pojazdów będzie realizował usługę. Zapewnienie odpowiedniej liczby pojazdów w celu należytej realizacji usługi leży w interesie wykonawcy realizującego usługę, gdyż w § 16 ust. 4 projektu umowy Zamawiający zastrzegł kary umowne na wypadek braku odbioru odpadów komunalnych lub opóźnienia w dokonaniu odbioru odpadów komunalnych czy niedotrzymania wyznaczonego terminu mycia i dezynfekcji pojazdów.

Argumentacja Odwołującego napoparcie zarzutu o zaniechaniu wykluczenia

Przystępującego, mimo że nie dysponuje on wymaganym przez Zamawiającego sprzętem, nie może zostać uznana za zasadną. Odwołujący zarzucił, że w odniesieniu do dwóch pojazdów, niebędących własnością wykonawcy, lecz przedmiotem dzierżawy, nie została wykazana podstawa prawna do przeznaczenia i możliwości ich wykorzystania przy realizacji zamówienia objętego postępowaniem. Zamawiający nie stawiał takiego wymagania w niniejszym postępowaniu, wymagał jedynie, by w ofercie wskazać informację o podstawie dysponowania pojazdem. Temu obowiązkowi Przystępujący uczynił zadość. Zamawiający nie stawiał obowiązku przedłożenia dokumentów, które miałyby potwierdzać oświadczenia znajdujące się w ofercie. Zamawiający w rozdziale 14. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt 14.5. przewidział, że przed podpisaniem umowy wykonawca przedstawi kopie dokumentów pojazdów, które zostały wskazane w złożonej ofercie, jakie będzie wykorzystywał do realizacji zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem pojazdów spełniających normę EURO 6 w ilości, w jakiej zostały zadeklarowane w złożonej ofercie, a także w wykazie, który został złożony przez wykonawcę, na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.2.1. lit C. Obowiązek przedłożenia tych dokumentów wobec wniesienia przedmiotowego Odwołania jeszcze się nie zaktualizował.

Nie każda umowa dzierżawy oznacza poleganie na zasobach podmiotu trzeciego. Z istoty umowy dzierżawy wynika, że stwarza ona bezpośrednie uprawnienie dzierżawcy do używania i pobierania pożytków z rzeczy stanowiącej przedmiot dzierżawy. Z tego względu całkowicie bezzasadny jest również zarzut ewentualny naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a, art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W świetle obowiązujących regulacji wykonawca już na etapie składania ofert musi zadeklarować, czy będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego. Przystępujący nie zadeklarował zamiaru polegania na zasobach podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożył oświadczenie, że nie polega na zdolności innych podmiotów. Skoro Przystępujący wprost złożył oświadczenie, że nie powołuje się na zasoby innych podmiotów, zarzut stawiany przez Odwołującego nie znajduje podstaw w stanie faktycznym niniejszego postępowania. Nie zaktualizował się więc przewidziany w art. 25a ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek złożenia JEDZ podmiotów trzecich ani przewidziany w § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązek żądania przedstawienia w odniesieniu do podmiotów trzecich dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia.

W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że istnienie stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej (np. użytkowanie, najem, dzierżawa, leasing) jest wystarczające do uznania, że wykonawca dysponuje nią w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych i nie będzie to dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Jedynie w sytuacji, gdy dany stosunek prawny jest ściśle związany z realizacją konkretnego zamówienia publicznego i został zawarty wyłącznie na okres niezbędny do jego wykonania, można uznać, że mamy do czynienia z poleganiem na zasobach podmiotu trzeciego. Jednakże w sytuacji, gdy dzierżawa ma charakter trwały, przyjmuje się, że nie mamy do czynienia z dysponowaniem zasobem innego podmiotu w rozumieniu art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu w zakresie złego stanu technicznego oraz braku faktycznej gotowości do świadczenia usług Przystępujący wskazał, że nie sposób uznać, by fakt, że śmieciarka o numerze rejestracyjnym DW 5...4 miała zdarzenie ubezpieczeniowe w lutym, świadczył o tak złym stanie technicznym tego pojazdu, że niemożliwe jest jego wykorzystanie do realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem. Naprawa pojazdu to kwestia kilku lub kilkunastu dni, a nie kilku

miesiący. Wiarygodność tego zarzutu podważa także sam dowód przedstawiony przez Odwołującego - raport historii pojazdu z portalu autoDNA, który w jednym miejscu wskazuje, że dotyczy pojazdu marki Jaguar z 1980 r., w winnym miejscu zaś, że jest to ISUZU. W takiej sytuacji dowodowi temu należy całkowicie odmówić wiarygodności. Pojazd o numerze rejestracyjnym DW 5.4 jest w pełni sprawny i może być wykorzystany do realizacji przedmiotowego zamówienia (dowód: dowód rejestracyjny z aktualnym badaniem technicznym).

Co do zarzutu, że skrzyniowy pojazd do świadczenia usług MPSZOK o ładowności min. 1 Mg o numerze rejestracyjnym DW 6.2 oraz bramowy pojazd do świadczenia usług MPSZOK o ładowności min. 1 Mg o numerze rejestracyjnym DW 7.4 nie spełniają warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia, gdyż nie będą w stanie odbierać gruzu zbieranego w workach BIG-BAG, Przystępujący wskazał, że w praktyce istnieją różne technologie mocowania worków BIG-BAG czy innego rodzaju pojemników w celach transportu odpadów, np. palety, maty antypoślizgowe/gumy, kartony czy pasy, co umożliwia transport worków BIG-BAG różnego rodzaju pojazdami. Różnorodność konstrukcji dostępnych na rynku worków BIG-BAG umożliwia wykorzystywanie na potrzeby niniejszego zamówienia worków umożliwiających ich dostosowanie dla indywidualnych warunków pakowania i transportu. Dostępne są worki BIG-BAG, które pozwalają na szczelne zapakowanie odpadów oraz oddzielenie ich zawartości od warunków atmosferycznych, produkowane są z różnego rodzaju materiałów, które zapobiegają przenikaniu wilgoci. Są także worki dedykowane do transportu substancji niebezpiecznych. Zamawiający nie precyzuje szczegółowych właściwości, jakimi charakteryzować się ma worek BIG-BAG znajdujący się na wyposażeniu MPSZOK. Zabezpieczenie ładunku przed zjawiskami atmosferycznymi można także zapewnić poprzez wykorzystanie zamykanych pojemników oraz zaciągnięcie pojazdu plandeką.

Zamawiający postawił wymóg, by worek BIG-BAG był na wyposażeniu pojazdu realizującego usługę MPSZOK. Nie oznacza to, że pojazd skrzyniowy lub bramowy musi być wykorzystywany do odbioru wypełnionych worków BIG-BAG. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - załącznikiem Regulamin Funkcjonowania Mobilnych Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych zlokalizowanych na terenie miasta Zabrze, pkt 5. ppkt 6. zasad ogólnych MPSZOK przyjmuje niewielkie/pojedyncze ilości odpadów komunalnych, a mianowicie odpady budowlane i rozbiórkowe w ilości nie większej niż 100 kg. Jeżeli zaś chodzi o przyjęcie większej liczby odpadów, odbywa się ona w stacjonarnym PSZOK. Zamawiający przewiduje w rozdziale VII pkt 3 odbiór odpadów budowlanych i rozbiórkowych pochodzących z gospodarstw domowych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych oraz mieszanych z części zamieszkałej przy wykorzystaniu worków BIG-BAG. W ramach realizacji ww. usługi wykonawca zobowiązany jest do nieodpłatnego udostępnienia raz w roku dla każdego punktu adresowego maksymalnie dwóch worków BIG-BAG każdy o pojemności 1 m³. Zgodnie z rozdziałem IX pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia odbiór odpadów budowlanych i rozbiórkowych na terenie Gminy Zabrze realizowany jest także w ramach usług dodatkowych na pisemny wniosek właściciela nieruchomości zamieszkałej przy użyciu worków BIG-BAG o objętości 1 m³. Skoro więc w innych miejscach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określa wymaganą pojemność worka BIG-BAG, a nie czyni tego w rozdziale VIII pkt 2. opisu przedmiotu zamówienia, uznać należy, że czyni to świadomie, tak, by to wykonawca dobrał worek, który służyć będzie do obioru odpadów budowlanych i rozbiórkowych, wedle potrzeb, w tym również technicznych związanych z koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa w czasie transportu. Niewykluczone jest, że wyposażenie pojazdu realizującego usługę MPSZOK w worek BIG-BAG może mieć na celu także posiadanie go przez wykonawcę w celu wydania mieszkańcowi zainteresowanemu odbiorem odpadów bezpośrednio z terenu należącej do niego nieruchomości. Wobec powyższego zarzut czyniony przez Odwołującego jest całkowicie chybiony.

Co do zarzutu w zakresie zaangażowania pojazdów w inne przedsięwzięcia gospodarcze Przystępującego w stopniu mogącym mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, co powinno skutkować uznaniem, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności na podstawie art. 22d ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Przystępujący wskazał, że naturalną praktyką jest wykorzystywanie pojazdów w dniu składania ofert do realizacji innych zadań. Termin składania ofert oraz termin rozpoczęcia realizacji zamówienia są od siebie tak odległe w czasie, że nieuzasadnione ekonomicznie jest zamrożenie pojazdów wskazanych w ofercie od momentu złożenia oferty do czasu rozpoczęcia realizacji zamówienia. Rzeczą normalną jest, że flota pojazdów wykonawcy wraz ze zdobywaniem kolejnych zleceń będzie się powiększała. Także usługi realizowane w reżimie zamówień publicznych są ograniczone w czasie, zatem

zapotrzebowanie wykonawcy co do floty pojazdów jest zmienne w czasie, w zależności od liczby przedsięwzięć gospodarczych, w które w danej chwili jest zaangażowany. Odwołujący nie ma pełnej wiedzy, w jakie przedsięwzięcia gospodarcze zaangażowany jest Przystępujący. Czyniąc zarzuty, że istnieje uzasadniona wątpliwość wykorzystywania tych samych pojazdów także przy realizacji innych usług, nie zachowuje wymaganej rzetelności, gdyż odwołuje się nawet do usług, które w żadnym stopniu nie są realizowane przez Przystępującego, lecz przez inne podmioty jak usługa odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Walim czy gminy Głuszycy. Należy też rozróżnić pojazdy wskazywane przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu od pojazdów, które są faktycznie wykorzystywane do realizacji określonej usługi. Sam fakt powołania się na te same zasoby techniczne w różnych postępowaniach nie oznacza, że zasoby te są faktycznie zaangażowane, nie istnieje bowiem żaden prawny wymóg, który obligowałby wykonawcę do wykorzystywania do realizacji usługi wyłącznie tych pojazdów, które wskazał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wymóg taki może postawić zamawiający, ale nie w każdym przetargu jest to praktykowane. W wielu postępowaniach lista pojazdów, które będą wykorzystywane do realizacji usługi przedkładana jest zamawiającemu dopiero przed zawarciem umowy. Nie można wykluczyć sytuacji, że po uzyskaniu zamówienia wykonawca wskaże do realizacji zamówienia inny niż pierwotnie podany w ofercie sprzęt. Wymaganie co do zaangażowania wskazanych w ofercie pojazdów do realizacji usługi nie może mieć charakteru bezwzględnego, chociażby z uwagi na nieprzewidziane sytuacje jak awarie, usterki, kolizje itp., które wymagają wykorzystania pojazdów zastępczych. Co do argumentacji Odwołującego, że część z umów zawiera klauzule wyłączności pojazdów, to klauzule tego rodzaju nie wyłączają możliwości zastąpienia określonych pojazdów innymi pojazdami spełniającymi tożsame wymagania techniczne, co umożliwia wykonawcy elastyczne zarządzanie posiadaną flotą pojazdów.

W Gminie Wrocław zakaz wykorzystania pojazdów do świadczenia usług na terenie innych gmin odnosi się wyłącznie do pojazdów, które mają status pojazdów podstawowych, w przypadku pojazdów rezerwowych klauzula wyłączności nie znajduje zastosowania. Z przedłożonego przez Odwołującego z dowodu nr 5e (Psie Pole) wprost wynika, że status pojazdu rezerwowego mają pojazdy o numerze rejestracyjnym: DW 1...W, DW 2...6, DW 5... 7, DW 7.5, zaś pojazd o numerze rejestracyjnym DW 7G034 ma charakter pojazdu zamiennego. Gmina Wrocław dopuszcza też możliwość wykorzystania pojazdów rezerwowych do realizacji usługi, jeżeli nie będą wykorzystywane do obsługi sektora. Aktualizacja planu obsługi systemu następuje na bieżąco, a zatem zaangażowanie w inne przedsięwzięcia nie stanowi zagrożenia dla należytej realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego (dowód: Szczegółowe warunki umowy - odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie sektora IV - Psie Pole, rozdział X pkt 7 oraz rozdział XIV pkt 2 ppkt 2 lit. B).

Klauzula wyłączności pojazdów w umowie z gminą Kobierzyce dotyczy tylko pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych odpadów komunalnych (dowód: odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia do przetargu na „Świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości na terenie gminy Kobierzyce oraz zagospodarowanie tych odpadów” z 17 października 2018 r.). Umowy dotyczące realizacji usługi na rzecz Gminy Kąty Wrocławskie, Gminy Czernica i Gminy Żórawina nie zawierają klauzul wyłączności ograniczających możliwość wykorzystania pojazdów na potrzeby realizacji tylko jednej usługi.

Wskazywanie w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia pojazdów do realizacji usługi stanowi powszechną praktykę. Przepis art. 22d ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter fakultatywny i jego uruchomienie jest uzależnione od posiadania przez zamawiającego pewnej i obiektywnej wiedzy, że realizowane zamówienie może być zagrożone przez inne przedsięwzięcie, w którym określone zasoby wykonawcy są wykorzystywane. Dla wykluczenia wykonawcy z postępowania nie jest wystarczające samo stwierdzenie zaangażowania potencjału wykonawcy w ramach innych kontraktów, ale konieczne jest wykazanie, że takie zaangażowanie będzie miało negatywny wpływ na realizację danego przedsięwzięcia. Celem normy określonej art. 22d ust. 2 jest zapewnienie realnej dostępności potencjału wykonawcy przy realizacji zamówienia. Aby wskazany cel został osiągnięty, stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznawania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony - do wykluczania wykonawcy w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez

względem na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy (wyrok KIO 105/20). Przystępujący jest jedną ze spółek wchodzących w skład międzynarodowej grupy kapitałowej ALBA Group, jednego ze światowych liderów branży gospodarki odpadami i recyklingu, ochrony środowiska oraz handlu surowcami wtórnymi. Ścisła współpraca w ramach grupy gwarantuje, że Przystępujący ma dostęp do floty pojazdów, który zabezpiecza zdolność techniczną spółki na wypadek zwiększonego zapotrzebowania na pojazdy.

Co do zarzutu o sprzeczności informacji podanych w niniejszym postępowaniu z podanymi w innych postępowaniach w zakresie określenia podstawy dysponowania pojazdami o numerach rejestracyjnych DW 6... 2, DW 8... 5, DW 1...5 oraz DW 9...R, Przystępujący wskazał, że podstawa dysponowania pojazdami przez przedsiębiorcę może zmieniać się w czasie, a pojazd, który był własnością można sprzedać, zaś będący przedmiotem leasingu zakupić. Istotne znaczenie dla prawdziwości oświadczeń wykonawcy ma dzień składania określonych oświadczeń o podstawie dysponowania (dowód: kopie dowodów rejestracyjnych DW 6...2, DW 8...5, DW 1 ...5 oraz DW 9... R wraz z upoważnieniem leasingowym).

Odnosnie zarzutu, że pojazd o numerze rejestracyjnym DW 5.4 został oznaczony na potrzeby niniejszego postępowania jako śmieciarka do 7,5 Mg, podczas gdy na potrzeby postępowania dotyczącego sektora IV - Psie Pole oznaczony został jako hakowiec Przystępujący wskazał, że fabrycznie pojazd ten jest hakowcem, jednakże na potrzeby tego postępowania o zamówienia publiczne wyposażony został w zabudowę śmieciarki firmy POMOT, co umożliwia jego wykorzystanie w sposób, który Przystępujący zadeklarował (dowód: zdjęcia pojazdu bez oraz wraz z zabudową).

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego Przystępujący wskazał, że wszelkie okoliczności, które Odwołujący powołuje jako uzasadniające zarzut nie znajdują odzwierciedlenia w zaistniałym stanie faktycznym i są całkowicie bezpodstawne. Przystępujący zaprzeczył jakoby kiedykolwiek, w dokumentach przedkładanych Zamawiającemu w toku postępowania, miał dopuścić się wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a na każde wezwanie Zamawiającego udzielił wyczerpujących, rzetelnych wyjaśnień w zakresie żądanych przez Zamawiającego informacji. Twierdzenia powołane przez Przystępującego na odparcie zarzutów nr 2 i 3 pozostają w całej rozciągłości aktualne także w odniesieniu do rzekomo mających wprowadzać w błąd oświadczeń Przystępującego. Zarówno wartość usług, na które powołał się Przystępujący, jak i należyte ich wykonanie zostały potwierdzone w przedłożonych referencjach. Wątpliwości Zamawiającego pojawiły się w odniesieniu do treści formularza JEDZ, który stanowi jedyne wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Obowiązek przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu powstaje dopiero po stronie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie zamawiającego. Odwołujący również nie wskazał w JEDZ, że zamówienia, które powołał na potwierdzenie swojej zdolności zawodowej, realizowane były w ramach konsorcjum oraz w jakim zakresie każdy z wykonawców tworzących konsorcjum zrealizował usługę i nabył doświadczenie. Wątpliwości Zamawiającego na tym tle nie powstały jedynie z tego względu, że usługi realizowane były na jego rzecz.

Nie jest tak, jak twierdzi Odwołujący, że wyjaśnienia Przystępującego utrwaliły okoliczność błędnego przekonania Zamawiającego co do spełnienia warunku, wręcz przeciwnie, złożone referencje potwierdziły w sposób jednoznaczny, że Przystępujący spełnia wymogi w zakresie zdolności zawodowej. Przystępujący dysponuje wymaganym przez Zamawiającego potencjałem technicznym i nie złożył w tym zakresie żadnych fałszywych oświadczeń. Pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczyło przyznania wykonawcy odpowiedniej liczby punktów w skali od 0 do 40, za zobowiązanie się wykonawcy do realizacji usługi pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 6 i wyżej. Rozdział 13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidywał, że w celu otrzymania punktów wykonawca wpisuje deklarowaną liczbę pojazdów spełniających normę EURO 6 w punkcie 4. formularza oferty i wypełnia zawartą w tym punkcie tabelę. Przystępujący zobowiązał się do realizacji usługi 17 pojazdami spełniającymi normę EURO 6 i należycie wypełnił tabelę wskazując numery rejestracyjne pojazdów, ich rok produkcji, normę emisji spalin, rodzaj oraz podstawę dysponowania. Zamawiający prawidłowo przyznał ofercie wykonawcy w ramach tego kryterium oceny ofert 40 punktów. Odwołujący nie udowodnił, jakoby Przystępujący miał w tej mierze składać oświadczenia mające wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Odwołujący postawił też zarzut, że instalacje, które miał wskazać Przystępujący, nie mają możliwości przyjęcia strumienia odpadów w ilości wynikającej ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tej mierze Odwołujący dopuszcza się szeregu manipulacji.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo że w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe realizując obowiązki wynikające z umów o zamówienie publiczne w sposób nienależyty, w tym naruszając przepisy o ochronie środowiska, co skutkowało nałożeniem kar z tego tytułu Przystępujący wskazał, że w punkcie 5.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale nie przewidział możliwości wykluczenia z uwagi na naruszenie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, zwłaszcza przepisów z zakresu ochrony środowiska, o którym stanowi art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość fakultatywnego wykluczenia wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Naruszenie obowiązków zawodowych musi być poważne, aby mogło stanowić podstawę wykluczenia. Zgodnie z orzecznictwem TSUE przesłanka ta obejmuje uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową wykonawcy, przy czym konieczne jest wykazanie, że naruszenie ma większe znaczenie niż niedbałość w wykonywaniu obowiązków lub niska jakość ich wykonywania. Wykluczenie nie może mieć charakteru automatycznego. Zawsze należy ocenić rozmiar i powagę naruszenia oraz stopień zawinienia. Naruszenie powinno wynikać z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Nie każde więc nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne, nawet w przypadku naliczenia kar umownych czy odstąpienia od umowy, będzie podstawą do wykluczenia wykonawcy. Okoliczności, które zdaniem Odwołującego miałyby uzasadniać wykluczenie Przystępującego, nie mogą zostać uznane za poważne naruszenie obowiązków zawodowych. W istocie Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnych okoliczności, które można by uznać za poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość wykluczenia wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Ustawodawca zastrzegł, że wykluczenie może nastąpić jedynie wówczas, gdy rozwiązano umowę o zamówienie lub doszło do zasądzenia odszkodowania. Oprócz ogólnikowych twierdzeń o rzekomych nieprawidłowościach Odwołujący nie powołał żadnych faktów ani dowodów wskazujących na zasadność przedmiotowego zarzutu.

Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadkach, o których mowa w art. 25 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Okoliczności, na które powołuje się Odwołujący, miały miejsce w 2013 r., pozostają zatem irrelevantne dla obowiązku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podkreślając brak merytorycznej (materialnej) zasadności wykluczenia w związku z rzekomymi naruszeniami, jakich miał się dopuścić Przystępujący, wyroki, na które powołuje się Odwołujący, dotyczą zdarzeń z 2013 r., a zatem od ich zaistnienia upłynęło więcej niż 3 lata.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Przystępujący wskazał, że Odwołujący zarzucił ww. naruszenie z uwagi na okoliczność, że wskazane przez Przystępującego instalacje, do których zamierza on przekazywać odpady w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, nie mają możliwości przyjęcia strumienia odpadów w ilości wynikającej ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyniąc założenie, że będą to instalacje należące do spółek z grupy ALBA położone w Chorzowie i Dąbrowie Górniczej. Zarzuty Odwołującego opierają się na założeniu, że łączne moce przerobowe instalacji z Chorzowa i Dąbrowy Górniczej wynoszą 140.000 Mg. Tymczasem z decyzji obu instalacji wynika, że łączne moce przerobowe tych instalacji wynoszą

155.000 Mg (dowód: decyzja Marszałka Województwa Śląskiego nr 437/OS/2016 i decyzja Marszałka Województwa Śląskiego nr 2062/OS/2015). Odwołujący podał listę gmin, z których odpady mają być przekazywane do zagospodarowania w instalacjach w Dąbrowie Górniczej i Chorzowie, nie odpowiada ona jednak prawdzie, gdyż odpady zmieszane z gminy Oborniki Śląskie i gminy Olkusz nie są przekazywane do instalacji w Chorzowie ani w Dąbrowie Górniczej. Zamawiający przyjął, że szacowana ilość zmieszanych odpadów komunalnych w okresie 18 miesięcy to około 53.401 Mg. Dokonując proporcjonalnego przeliczenia tej ilości na ilość odpadów powstającą w okresie 12 miesięcy to 35.600,6 Mg rocznie, a nie 37.753,62 Mg. Zatem wyliczenia Odwołującego o rzekomej brakującej mocy instalacji nie mogą się ostać. Suma odpadów, które podlegają zagospodarowaniu w tych instalacjach nie przekracza 140.000 Mg, lecz wynosi 139.365,09 Mg. Oznacza to, że przy mocy instalacji na poziomie 155.000 Mg pozostaje jeszcze spory margines pozwalający na przyjęcie ewentualnej, większej liczby odpadów, co zapewnia ciągłość realizacji usługi. Nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie z 2019 r. wprowadziła obowiązek selektywnej zbiórki odpadów. Przełoży się on w kolejnych latach na zwiększenie strumienia odpadów selektywnie odebranych. Nowy system poboru opłat od mieszkańców, zakładający obowiązek zapłaty opłaty podwyższonej, jeżeli właściciel nieruchomości nie wypełni obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, przełoży się na zmniejszenie strumienia odpadów zmieszanych.

Odwołujący zarzucił niezgodność oferty Przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia również w zakresie zaoferowanych pojazdów. W tym zakresie aktualne pozostają twierdzenia Przystępującego przedstawione w zakresie pozostałych zarzutów. Przystępujący bezpośrednio dysponuje wymaganą przez Zamawiającego liczbą pojazdów, które odpowiadają wymogom stawianym przez Zamawiającego w zakresie wymogów technicznych oraz ich wyposażenia, 17 pojazdów spełnia normę emisji spalin EURO 6, wszystkie pojazdy zostały dopuszczone do ruchu, są w pełni sprawne i posiadają aktualne badania techniczne. Odwołujący nie podołał wykazaniu, że jest inaczej, a jego zarzut w tym zakresie pozostaje gołosłowny.

Co do zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w ww. przepisach Przystępujący wskazał, że chybiona jest argumentacja Odwołującego, według której złożenie przez Przystępującego oferty miało być czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego na dzień składania ofert na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu wykonawca nie musiał dysponować określonym kapitałem ludzkim w postaci określonej liczby pracowników skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Na dzień składania oferty ani przed tym dniem Przystępujący nie kontaktował się z żadnymi pracownikami Odwołującego, o czym świadczy nawet treść samych notatek przedłożonych przez Odwołującego jako dowód. Notatki te wyraźnie wskazują, że do ewentualnego spotkania pracownika Odwołującego z pracownikiem lub podwykonawcą Przystępującego mogło dojść dopiero po złożeniu oferty. Informowanie o możliwości podjęcia zatrudnienia w innym przedsiębiorstwie jest zwykłym, pozostającym w granicach obowiązującego prawa działaniem zmierzającym do pozyskiwania pracowników. Samo złożenie konkurencyjnej oferty pracownikowi przedsiębiorcy nie stanowi jeszcze nakłaniania do niewykonania, nienależytego wykonania albo rozwiązania umowy. W świetle art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nieuczciwe działanie powinno się przejawiać w zakłócaniu harmonijnego wywiązywania się z podjętych zobowiązań, czego skutkiem może być zmniejszenie siły rynkowej przedsiębiorcy dotkniętego takim czynem. Co do zasady nie jest zabronione nakłanianie pracownika do wypowiedzenia umowy o pracę, byleby miało to miejsce w warunkach zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 12 grudnia 2014 r., I ACa 594/14). Zwykłym działaniem rynkowym, mieszczącym się w ramach walki konkurencyjnej, jest zatrudnianie pracowników związanych uprzednio stosunkiem pracy z innym pracodawcą. Pracownicy mają prawo poszukiwać lepszych warunków zatrudnienia. Zwłaszcza, że w obliczu wyeliminowania zatrudniającego go przedsiębiorcy z pewnego rynku, co będzie miało miejsce w przypadku udzielenia zamówienia Przystępującemu, należy spodziewać się redukcji etatów, co skłania pracowników do poszukiwania zatrudnienia w stabilnych warunkach. Czynem nieuczciwej konkurencji nie są zachowania będące wynikiem suwerennej decyzji

pracownika. Fluktuacja na rynku pracy jest bowiem rzeczą całkowicie normalną. Samo informowanie o planowanym wejściu na dany rynek lokalny przez Przystępującego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie oznacza zamiaru przejścia pracowników przedsiębiorcy niezgodnego z zasadami uczciwej konkurencji. Przekazanie wizytówki z danymi kontaktowymi to jedynie przekazanie określonym osobom informacji o tym, że nowy wykonawca wchodzi na rynek. Nie wyczerpuje jednak znamion nakłaniania do działania na szkodę innego przedsiębiorcy. Trudno bowiem uznać, by informacja z danymi kontaktowymi innego przedsiębiorcy bez przekazywania szczegółowych informacji o istotnych elementach umowy o pracę, spełniała znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ocena konkretnego zachowania przedsiębiorcy musi następować z uwzględnieniem wpływu tego zachowania na stosunki rynkowe. O tym wpływie Odwołujący milczy, nie skierował też do Przystępującego żadnego żądania zaprzestania takiego działania ani nie wystosował wobec Przystępującego żadnych roszczeń wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wynika z wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 5 lipca 2018 r., V ACA 471/17, niezbędne jest wykazywanie nie tylko naganego postępowania, ale również jego następstw (lub zagrożenia ich powstania) powodujących zakłócenie pracy innego przedsiębiorcy. Fakt nadużycia zasad uczciwej konkurencji wymaga stanowczego i pewnego dowodu, a ciężar tego dowodzenia spoczywa na podmiocie domagającym się ochrony prawnej (art. 6 Kodeksu cywilnego). Przystępujący jest dużym przedsiębiorcą mającym osobny dział HR, wyspecjalizowany w pozyskiwaniu nowych pracowników i prowadził rekrutację dla potrzeb realizacji zamówienia na rzecz Gminy Zabrze na podstawie ogłoszeń zamieszczanych w Internecie. Pierwsze ogłoszenia o pracę ukazały się 15 i 18 maja 2020 r. i spotkały się z dużym zainteresowaniem ze strony kandydatów. Na ogłoszenie na poszczególne stanowiska zgłosiła się bardzo duża liczba kandydatów: ładowacz - 119 kandydatów, kierowca - 96 kandydatów, dyspozytor - 54 kandydatów, inspektor ds. obsługi klienta - 137 kandydatów, kierownik kontraktu - 70 kandydatów (dowód: ogłoszenia o pracę). Wśród zgłoszeń były także zgłoszenia od dotychczasowych pracowników Odwołującego chcących z własnej inicjatywy podjąć zatrudnienie u Przystępującego (dowód: korespondencja z pracownikiem). Nie sposób uznać, że działania opisywane przez Przystępującego, podejmowane już po terminie składania ofert, wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisane w art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ani innych niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Opisana aktywność w żadnej mierze nie nosiła cech nakłaniania, przymuszania do podjęcia konkretnej decyzji, czy wywierania presji. Ustawa wymienia dwie postaci zachowania pracownika przedsiębiorcy, do którego pracownik może być nakłaniany - niewykonanie obowiązków pracowniczych lub niewłaściwe wykonanie obowiązków pracowniczych. W odniesieniu do pracowników ustawodawca celowo pominął zachowanie polegające na nakłanianiu do rozwiązania umowy, jak to ma miejsce w odniesieniu do klientów i kontrahentów przedsiębiorcy (art. 12 ust. 2). W literaturze często zwraca się uwagę, że przedsiębiorca nie ma bezwzględnego prawa do swoich pracowników, a pracownik musi posiadać pełną swobodę w podjęciu decyzji o rodzaju zatrudnienia i pracodawcy. Jak przyjął Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 30 maja 2017 r., V ACA 699/16 „nie stanowi deliktu samo w sobie proponowanie nowego zatrudnienia pracownikowi, jeżeli oferta wypływa ze względu na szczególne umiejętności konkretnej osoby, a propozycja lepszych warunków pracy z większej efektywności nowego potencjalnego pracodawcy. Aby zaistniał delikt z art. 12 ust. 1 u.z.n.k. zachowanie przedsiębiorcy musi przybrać określoną postać kwalifikowaną jako nakłanianie. Chodzi zatem o działanie, które cechuje się określonym ciężarem: nie jest jedynie sugestią czy wskazówką, lecz namową do podjęcia pewnych działań godzących w stosunki umowne. Nakłanianie musi posiadać jednoznaczny, sprecyzowany charakter ukierunkowany na osiągnięcie określonego celu. W doktrynie utrwalony jest pogląd, że składanie oferty nie jest nakłanianiem w rozumieniu art. 12 ust. 1 u.z.n.k. Samo zagrożenie interesu powoda nie jest zaś wystarczającą przesłanką nieuczciwej konkurencji, jeżeli wynika z podejmowanych przez drugi podmiot dozwolonych działań konkurencyjnych.” Zgodnie z poglądami doktryny „Kierowanie oferty pracy na korzystniejszych warunkach do pracowników konkurencyjnego przedsiębiorstwa należy do codziennej praktyki. Pozostaje ono w zgodzie z zasadami prawidłowego funkcjonowania gospodarki rynkowej. Podstawowym prawem pracownika jest podjęcie decyzji dla kogo i na jakich warunkach świadczy on pracę. Tym samym nakłanianie go do zmiany pracodawcy, odpowiednio do zmiany podmiotu, na rzecz którego świadczy on pracę na podstawie innego stosunku prawnego należy uznać jako, co do zasady, dozwolone.” (B. Giesen, Zwalczanie nieuczciwej konkurencji. System prawa prywatnego. Tom 15.).

Nie powinno być wątpliwości, że oferowanie pracy pracownikom innego przedsiębiorcy nie stanowi *per se* czynu

nieuczciwej konkurencji, a tym bardziej nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji informowanie o możliwości zatrudnienia u danego przedsiębiorcy o charakterze ogólnym (bez podawania istotnych warunków pracy), które miało miejsce po złożeniu oferty w postępowaniu przetargowym. Złożenie oferty Przystępującego nie mogło nosić znamion czynu nieuczciwej konkurencji skoro do rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji doszło po złożeniu oferty, zatem zarzut Odwołującego jest zupełnie chybiony.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 -3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, względnie zaniechanie zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny Przystępujący wskazał, że w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że ocena oferty w tym zakresie należy do zamawiającego i odbywa się *ad casum* w odniesieniu do danego stanu faktycznego i całokształtu występujących w nim okoliczności. O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne. Ceną rażąco niską będzie cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. O tym, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę, rozstrzyga więc zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku.

W realiach niniejszego postępowania nie można uznać, iż cena oferowana przez Przystępującego odbiega od realiów rynkowych. Oferta została rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Odwołujący formułuje zarzut rażąco niskiej ceny opierając się wyłącznie na swoich domysłach i przypuszczeniach co do kosztów ponoszonych przez Przystępującego, nie przedstawia jednak rzetelnej kalkulacji, z której wynikałoby z czego wynika taki, a nie inny poziom zakładanych kosztów. Odwołujący nie wyjaśnia, czym są koszty zmienne, koszty operacyjne, koszty administracyjne czy koszty finansowe ani czego dotyczy pozycja roczna amortyzacja. Odwołujący czyni założenia o kosztach realizacji usługi nie odnosząc się do sytuacji Przystępującego, a jedynie odnosząc je do kosztów własnej działalności. Każdy z wykonawców dokonuje zaś szacunków co do oferowanej ceny uwzględniając specyfikę swojego przedsiębiorstwa. Każdy z nich może też, biorąc pod uwagę indywidualne uwarunkowania, odmiennie rozkładać koszty związane z realizacją usługi. Koszty przedsiębiorstwa rozkładane są na pełen zakres prac objętych przedmiotem zamówienia, tj. 11 cen jednostkowych. Zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący ogranicza jednak do stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych oraz odbiór i zagospodarowanie bioodpadów. Nie wyjaśnia przy tym, dlaczego w jego ocenie minimalny koszt zbierania i logistyki zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji wynosi 178 zł, co jeszcze należy w jego ocenie powiększyć o koszty dodatkowe związane z zagospodarowaniem w dalej położonych instalacjach.

W swoich wyliczeniach Odwołujący nie przedstawia wszystkich instalacji komunalnych położonych w województwie śląskim, tak, by zmanipulować zasadność twierdzeń o tym, że jedynie skorzystanie z instalacji MPGK w Zabrze pozwala zaoferować najniższą cenę. Na podstawie art. 17 ust. 4 w związku z art. 6 pkt 17 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, które nadały aktualne brzmienie art. 38b ustawy o odpadach Marszałek Województwa w Biuletynie Informacji Publicznej prowadzi listę funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów, o których mowa w art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach oraz listę instalacji komunalnych planowanych do budowy, rozbudowy lub modernizacji. Lista ta obejmuje 17 instalacji komunalnych do mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (dowód:

lista instalacji

komunalnych wydana przez Marszałka Województwa Śląskiego). Odwołujący pomija więc 11 instalacji położonych na terenie województwa śląskiego, w których wykonawca ma możliwość zagospodarowania odpadów. 9 z nich położonych jest bliżej Zabrze niż instalacja w Konopiskach czy we Wrzosowej.

Sprzeczne z zasadami logiki jest także kwestionowanie przez Odwołującego określenia ceny za odbiór bioodpadów od właścicieli nieruchomości oraz odbiór bioodpadów odbieranych w stacjonarnym PSZOK na tym samym poziomie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie świadczy to o braku kalkulacji kosztów logistyki w ramach pozycji odbiór bioodpadów, a o odmiennym kalkulowaniu zakładanego zysku. Odwołujący przedstawił zestawienie kosztów nie wyjaśniając, jakiego rodzaju koszty kryją się pod pojęciem kosztów zmiennych, kosztów operacyjnych, kosztów

administracyjnych, czy kosztów finansowych. Nie precyzuje także, czego dotyczy roczna amortyzacja. Tym samym przedstawia abstrakcyjnie przyjęte wyliczenie kosztów, którego nie sposób zweryfikować.

Twierdzenia Odwołującego o rzekomo rażąco niskiej cenie zaoferowanej przez Przystępującego nie mogą się ostać w zestawieniu z ceną ofertową Odwołującego w umowach zawartych z wolnej ręki 23 marca 2020 r., w których za odbiór i zagospodarowanie bioodpadów w Sektorze Południowym zaoferowało cenę 645 zł, a w Sektorze Północnym 633 zł, a więc zaledwie o 3 zł więcej niż cena zaoferowana przez Przystępującego w przetargu. W przypadku ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych różnica między ofertą Przystępującego a cenami, za jakie Odwołujący wykonywał usługę, również nie jest tak znacząca jak w przypadku cen z przetargu: w Sektorze Południowym za 665 zł, a w Sektorze Północnym za 656 zł, wobec 604 zł zaoferowanych w przetargu przez Przystępującego. Oznacza to, że ceny rynkowe kształtują się na znacznie niższym poziomie niż twierdzenia Odwołującego. Długoletnie doświadczenie Przystępującego pozwala również stwierdzić, że wykonawcy dotychczas świadczący usługi w danej gminie zakładają wyższy zysk niż wykonawcy walczący o zdobycie określonego rynku. Cena ofertowa Odwołującego jest jedynie o 3,71% wyższa niż cena Przystępującego, obie ceny przewyższały zaś szacunek dokonany przez Zamawiającego (dowód: umowa nr CRU/681/2020 z 23 marca 2020 r. - zadanie nr 1 Obszar Północ, umowa nr CRU/682/2020 z 23 marca 2020 r. - zadanie nr 2 Obszar Południe).

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu Przystępujący wskazał, że nie można uznać, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zachodzą więc przesłanki do uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący też błędnie powołuje art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, miałby on bowiem zastosowanie w postępowaniach etapowych, gdzie podstawa wykluczenia zaistniałaby na etapie zaproszenia do składania ofert.

Zamawiający nie dopuścił się także naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przyznał bowiem poszczególnym ofertom punkty zgodnie z określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobem oceny ofert. W sposób prawidłowy ustalił ranking ofert biorąc pod uwagę kryterium ceny oraz kryterium aspektów środowiskowych - pojazdy spełniające normę EURO 6. Nie można więc uznać, że naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej na skutek nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego i w konsekwencji przyznanie mu zawyżonej, maksymalnej ilości punktów w zakresie kryterium oceny ofert aspekty środowiskowe, pomimo że nie wykazał 16 i więcej pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6 Przystępujący wskazał, że Zamawiający w sposób rzetelny dokonał oceny ofert złożonych w postępowaniu. Przyznał poszczególnym ofertom punktację zgodnie z zasadami, które sformułowane zostały w rozdziale 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W okolicznościach sprawy nie może być jakichkolwiek wątpliwości co do tego, że Przystępujący bezpośrednio dysponuje wszystkimi pojazdami, które zostały wskazane w jego ofercie i bezzasadne są zarzuty Odwołującego, że nie dysponuje pojazdami o numerach rejestracyjnych: DW 1...6, DW 1...5, DW 2...X, DW 5...0, DW 5... 6, DW 5... 8, DW 6.2, DW 7.4, DW 7.5, DW 8.5, DW 9.2 na potrzeby niniejszego postępowania. Nie polega na prawdzie twierdzenie Odwołującego, że pojazd o numerze rejestracyjnym DW 5.4 nie jest sprawny technicznie ani że pojazdy DW 6.2 oraz DW 7G. nie spełniają wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia dla pojazdów do świadczenia usługi MPSZOK. Gołostownie jest także twierdzenie Odwołującego, że pojazdy o numerach rejestracyjnych: DW 6.2, DW 2.1, DW 5.7, DW 7.7, DW 5.0 oraz DW 9.2 nie były przystosowane do odbioru odpadów. Rodzaje pojazdów określił w punkcie 5.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia sam Zamawiający. Z § 3 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wynika, że w zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić, aby w

posiadaniu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości znajdowały się co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a także co najmniej jeden pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej. Pojazdy takie jak hakowiec, bramowiec czy pojazd skrzyniowy są to pojazdy bez funkcji kompaktującej - pojazdy wymagane do odbioru odpadów komunalnych zgodnie z rozporządzeniem. Okoliczność, że nie są to śmieciarki, nie jest dyskwalifikacją do takiej funkcji.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób uznać, by to oferta Odwołującego miała być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie zwrócenia się do Przystępującego o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej) lub braku podstaw do wykluczenia lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie Przystępujący wskazał, że Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakich oświadczeń i dokumentów będzie żądał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego oraz braku podstaw wykluczenia. Nie polega na prawdzie twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający naruszył ww. przepisy przez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów, gdyż Przystępujący złożył komplet dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które nie zawierały błędów ani nie rodziły żadnych dalszych wątpliwości po stronie Zamawiającego. W zakresie zaś, w jakim po stronie Zamawiającego powstały wątpliwości, Zamawiający wezwał wykonawcę trzykrotnie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, wszelkie żądania odrzucenia oferty Przystępującego i wykluczenia go z postępowania, jak i żądanie ponownego zbadania i dokonania ocen złożonych w postępowaniu ofert nie znajdują uzasadnienia, a odwołanie jest bezzasadne i jako takie winno zostać oddalone.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przesłanka taka, w ocenie Izby, nastąpiła jednak w stosunku do zarzutu 1. dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie skuteczności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wskazanych w ofercie instalacji, pomimo iż nie wykazał on, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie tego zarzutu stan faktyczny sprawy nie był sporny i przedstawia się następująco. Otwarcie ofert odbyło się 12 maja 2020 r. Przystępujący zastrzegł w ofercie, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wymagane przez Zamawiającego informacje o instalacjach, do których zamierza przekazywać odpady w ramach realizacji niniejszego zamówienia.

Odwołujący, pismem z 13 maja 2020 r., wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu oferty Przystępującego „wraz ze wszystkimi załącznikami do oferty oraz całą ewentualną korespondencją z zamawiającym w ramach postępowania (np. wezwania zamawiającego, informacje o poprawieniu omyłek, odpowiedzi wykonawcy, uzupełnienia i inne składane pisma).” W odpowiedzi Zamawiający, 18 maja 2020 r., przekazał Odwołującemu treść oferty za wyjątkiem ww. części oferty, która została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także treści samej klauzuli zastrzegającej poufność ww. informacji z uzasadnieniem Przystępującego w tym zakresie.

W związku z powyższym Odwołujący, 20 maja 2020 r., zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie pozostałej części oferty Przystępującego, w tym przedstawienie treści klauzuli zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz o wyjaśnienie, czy Zamawiający ocenił złożone zastrzeżenie jako skuteczne w świetle postanowień art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odpowiedzi Zamawiający, 25 maja 2020 r., przekazał Odwołującemu klauzulę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wskazał, że „nie może udzielać informacji w trakcie toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp oferty można udostępnić od chwili ich

otwarcia. Jednocześnie informuję, że zgodnie z treścią w/w przepisu prawnego załączniki do protokołu udostępnia się od momentu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnienia postępowania. Wobec powyższego załączniki do protokołu nie podlegają ujawnieniu na tym etapie postępowania.” W ocenie Zamawiającego i Przystępującego oznaczało to, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego Zamawiający uznał za skuteczne.

W zakresie zastrzeżonej w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa termin na wniesienie odwołania - w zależności od stanu faktycznego sprawy - określa się w dwojaki sposób, odnosząc go do art. 182 ust. 1 lub ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Zatem, jeśli dany zamawiający przed dokonaniem czynności, o której mowa w art. 182 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w tym przypadku informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie odmówił wykonawcy udostępnienia treści zastrzeżonych dokumentów (z tego powodu, że wykonawca o to nie wnosił lub zamawiający wskazał, że rozważa jeszcze zasadność utajnienia), termin na wniesienie odwołania obliczany jest od dnia opublikowania ww. informacji. Jeśli natomiast dany wykonawca wcześniej o przekazanie/ujawnienie mu tych informacji wnosił, a zamawiający takiego przekazania/ujawnienia odmówił, zachodzi sytuacja, w której wykonawca ten w chwili odmowy powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Jak można wnosić z samej treści odwołania, tj. wskazania w niżej, że Odwołujący poprosił o wyjaśnienie, czy Zamawiający ocenił złożone zastrzeżenie jako skuteczne w świetle postanowień art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący zdawał sobie sprawę z powyżej wskazanego sposobu obliczania terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący od 13 maja 2020 r. wnosił o przekazanie mu pełnej treści oferty Przystępującego, czego Zamawiający nie uczynił. Tym samym od 25 maja 2020 r. Odwołujący powziął lub mógł powziąć informację, że Zamawiający tej części oferty nie zamierza ujawnić.

Przy tym, w ocenie Izby, wątpliwości może budzić nie tyle sam termin na złożenie odwołania, lecz treść odpowiedzi Zamawiającego z 25 maja 2020 r., tj. czy była to odmowa, czy też wskazanie, że Zamawiający nie podjął jeszcze decyzji w tym zakresie. Zamawiający bowiem wskazał jednocześnie, że nie może udzielać informacji w trakcie toczącego się postępowania, ale że oferty można udostępnić od chwili ich otwarcia, natomiast załączniki do protokołu udostępnia się od momentu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnienia postępowania, nie udostępni więc załączników do protokołu na tym etapie postępowania.

W zestawieniu jednak z treścią wniosku Odwołującego odnoszącego się do udostępnienia mu oferty Przystępującego wraz z załącznikami oraz całej korespondencji z zamawiającym - wezwań, informacji o poprawieniu omyłek, odpowiedzi wykonawcy, uzupełnień i innych składanych pism, w najbardziej logiczny sposób odpowiedź tę należy interpretować, że ofertę mógłby udostępnić, a innych wnioskowanych dokumentów nie. Jako że Zamawiający jednak całości oferty nie udostępnił ani nie wskazał, że robi to w późniejszym terminie, odpowiedź tę należy interpretować jako odmowę udostępnienia zastrzeżonej części oferty innej niż klauzula zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym samym 10-dniowy termin na wniesienie odwołania w tym zakresie rozpoczął się 25 maja 2020 r. i upłynął 4 czerwca 2020 r., zatem odwołanie złożone 22 czerwca 2020 r. jest odwołaniem wniesionym po terminie.

Zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu

określonego w ustawie (Prawo zamówień publicznych). Terminy na wniesienie odwołania określa art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w niniejszej sprawie jego ust. 3 pkt

1.Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się co prawda do całego odwołania, lecz jego utrwalona wykładnia „z większego na mniejsze” przesądziła, że w przypadku więcej niż jednego zarzutu w nim podniesionego, dyspozycję art. 189 ust. 2 odnosi się odrębnie do każdego z zarzutów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji i odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu 1. (opisanego w punkcie II podpunkt 1 odwołania).

Izba umorzyła także postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w punkcie II podpunkt 6. litera a odwołania, to jest zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na wskazanie instalacji, do których zamierza przekazywać odpady, a które nie mają możliwości przyjęcia strumienia odpadów w ilości wynikającej ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na jego cofnięcie przez Odwołującego.

Zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 8 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Przepis art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych również odnosi się do całego odwołania, lecz jego utrwalona wykładnia „z większego na mniejsze” także i tutaj przesądziła, że w przypadku więcej niż jednego zarzutu podniesionego w odwołaniu, dyspozycję art. 187 ust. 8 odnosi się odrębnie do każdego z zarzutów lub części zarzutu. Odwołujący wycofał odwołanie we wskazanym zakresie, zatem Izba orzekła jak w sentencji i umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

W stosunku do pozostałych zarzutów Izba oddaliła odwołanie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie (dla zachowania porządku numeracji, z pominięciem numeru 1.):

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo iż nie wykazał on wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania oznaczonym przez Zamawiającego sprzętem, tj. pojazdami, ewentualnie także naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a, art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez uznanie warunku dysponowania pojazdami za spełniony mimo nieudowodnienia przez Wykonawcę, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów trzecich i nieprzedstawienia wobec nich wymaganych dokumentów,

3.art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na nieposiadanie wymaganych zdolności, tj. dysponowania określonymi pojazdami, mimo że zaangażowanie zasobów technicznych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia,

4.art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia Wykonawcy (realizowanego w ramach konsorcjum) oraz dysponowania wymaganym potencjałem technicznym (pojazdami), a także w zakresie informacji ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert (pojazdy spełniające normę Euro 6) i sposobu wykonania zamówienia przy wykorzystaniu określonego potencjału technicznego (w tym spełnienia przez pojazdy wymaganych parametrów) oraz określonych instalacji,

5.art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo że w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego rzetelność i uczciwość, realizując obowiązki wynikające z umów o zamówienie publiczne w sposób nienależyty, w tym naruszając przepisy o ochronie środowiska, co skutkowało nałożeniem kar z tego tytułu,

6.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu w szczególności do zaoferowanych pojazdów niezapewniających dysponowania w odpowiednim zakresie i parametrach wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprzętem umożliwiającym odbiór odpadów zgodnie z wymogami,

7.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w ww. przepisach,

8.art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo iż cena oraz jej istotne części składowe mają rażąco niski charakter, względnie zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny,

9.art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który podlega także wykluczeniu z udziału w postępowaniu,

10.ewentualnie naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej na skutek nieprawidłowej oceny oferty Wykonawcy i w konsekwencji przyznanie Wykonawcy zawyżonej, maksymalnej ilości punktów w zakresie kryterium oceny ofert aspekty środowiskowe (AS) - pojazdy spełniające normę Euro 6, pomimo że Wykonawca nie wykazał 16 i więcej pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6,

11.ewentualnie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej) lub braku podstaw do wykluczenia lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie.

Przywołane przepisy stanowią, co następuje.

Art. 7 ust. 1: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

17) 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.

Art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

2) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych,

4) który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Dodatkowo, ust. 7 pkt 3 tego przepisu wskazuje, że wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 18 i 20 lub ust. 5 pkt 2 i 4, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Art. 22a: 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących

go z nim stosunków prawnych.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

5. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Art. 22d ust. 2: Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Art. 25a ust. 3 pkt 1: Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Art. 26 ust. 3: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 26 ust. 4: Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w

Art. 89 ust. 1 pkt 2-5: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaprośzonego do składania ofert.

Zgodnie z przywołanym art. 87 ust. 2 pkt 3 zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe oraz ich konsekwencje rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 90 ust. 1-3: 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r.;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 91 ust. 1: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

§ 9 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia: W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w ustawie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

2. Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9.

3. Zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9, dotyczących podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, a który nie jest podmiotem, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w ustawie.

Art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Czynem nieuczciwej konkurencji jest nakłanianie osoby świadczącej na rzecz przedsiębiorcy pracę, na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego, do

niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych albo innych obowiązków umownych, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów, w szczególności treść złożonej przez Przystępującego oferty oraz innych złożonych w postępowaniu dokumentów, treść wezwań do wyjaśnień i treść udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień, nie jest sporny między Stronami i Przystępującym. Ze względu na to, że nie jest on sporny oraz został obszernie opisany w przytoczonych stanowiskach

Stron i Przystępującego, nie będzie po raz kolejny powtarzany w niniejszej części uzasadnienia.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego

przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron

i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, pomimo iż nie wykazał on wymaganego doświadczenia oraz dysponowania oznaczonymi przez Zamawiającego pojazdami, ewentualnie także naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a, art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez uznanie warunku dysponowania pojazdami za spełniony mimo nieudowodnienia przez Przystępującego, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów trzecich i nieprzedstawienia wobec nich wymaganych dokumentów, Izba stwierdziła, co następuje. Przede wszystkim Izba przyjęła wyjaśnienia Przystępującego, iż nie zamierza on korzystać z potencjału innych podmiotów - co zostało ujawnione w treści oferty - zatem niezasadne są wszystkie założenia Odwołującego i jego zarzuty w tym zakresie, odnoszące się do braków udokumentowania sytuacji związanej z udziałem podmiotów trzecich.

Co do doświadczenia wykonawcy Izba stwierdziła: Zgodnie z punktem 5. ppkt 5.2.1 lit. B specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, miał przedstawić, w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wykaz usług wykonanych, 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, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Jeśli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie wskazać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych usług nada!

wykonywanych; referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Na potwierdzenie spełnienia warunku wykonawca był zobowiązany wykazać się nie mniej niż dwiema wykonanymi usługami, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, o łącznej wartości 40.000.000,00 PLN (każda o wartości minimum 10.000.000,00 PLN) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączyć dowody, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dla potwierdzenia spełnienia tego warunku Przystępujący wskazał dwie usługi świadczone dla Gminy Wrocław: 1) odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych w obrębie sektora I - Stare Miasto i Śródmieście o wartości 137.375.807 zł i okresie świadczenia od 1 stycznia 2017 r. do 31 stycznia 2020 r. oraz 2) odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych w obrębie sektora IV - Psie Pole, o wartości

91.020.578 zł i okresie świadczenia od 1 stycznia 2017 r. do 31 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał go do wyjaśnienia m.in. jaka była wartość usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert w odniesieniu do zakresu usług realizowanych przez Przystępującego jako członka konsorcjum oraz do jednoznacznego wyjaśnienia faktycznego udziału poprzez wykazanie rzeczywistych czynności Przystępującego przy realizacji tych usług. Przystępujący takich wyjaśnień nie przedstawił.

Przystępujący oświadczył, że umowy są w toku, lecz, zdaniem Odwołującego, nie doprecyzował, jaka jest dokładna wartość usług zrealizowanych w okresie oznaczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Odwołującego Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku z punktu 5.2.1. lit. B, gdyż obie umowy realizowane były przez konsorcja, o czym nie poinformował Zamawiającego, a na wezwanie oświadczył, że w ramach wskazanych usług pełnił funkcję lidera konsorcjum oraz realizował wszystkie usługi, a „pozostali Konsorcjanci pełnią funkcję zabezpieczającą ciągłość wykonania usług na wypadek zdarzeń wynikających z okoliczności nieprzewidzianych, np. siły wyższej, przestoju lub awarii instalacji WPO ALBA S.A. Łączna wartość usług świadczonych przez pozostałych członków konsorcjum nie przekracza 1% wartości zrealizowanych usług.” Zdaniem Odwołującego twierdzenia te prowadziły do błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Przystępujący spełnił warunek legitymowania się doświadczeniem, a podana wartość usług obejmowała w zasadzie wyłącznie usługi realizowane przez Przystępującego. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem, że udział pozostałych członków konsorcjum w realizacji umów był marginalny, a Przystępujący może się legitymować całością doświadczenia w ich wykonaniu. Zdaniem Odwołującego dla sektora IV - Psie Pole, Przystępujący nie tylko nie realizował objętych tym zamówieniem usług w całości samodzielnie, a wartość świadczonych przez niego usług nie równała się wskazanej przez niego wartości, ale zakresem jego obowiązków nie było w ogóle zagospodarowanie odpadów, które wykonywała spółka Chemeko.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił słuszności postawionego zarzutu, a same jego wątpliwości i fakt, że nie zgadza się z twierdzeniami Przystępującego, nie jest wystarczający. Po pierwsze, poza przywołaniem treści umów zawartych pomiędzy konsorcjantami, Odwołujący nie wskazał, jak w rzeczywistości kształtowały się obowiązki poszczególnych konsorcjantów przy realizacji tych umów - a to realnie uzyskane doświadczenie jest oceniane.

Po drugie, warunek udziału w postępowaniu odnosił się do dość niskich kwot w porównaniu ze wskazaną wartością kontraktów dotyczących Gminy Wrocław. Przystępujący musiał wykazać wykonanie dwóch kontraktów, każdy o wartości minimum 10.000.000 złotych, a łącznie minimum 40.000.000 złotych. Zatem wartość każdego z kontraktów musiała wynosić proporcjonalnie od 10 do 30 milionów złotych (np. 10-30, 12-28, 15-25, 20-20 mln). Przystępujący wskazał wartość kontraktów na kwoty 137.375.807 zł oraz 91.020.578 zł.

Tym samym, by spełnić warunek udziału w postępowaniu wystarczyło, by Przystępujący wskazał, że realizował jedynie stosunkowo niewielką część każdego z kontraktów (o wartości 10 lub 30 milionów złotych), a nie prawie 100%. W związku z tym Izba nie widzi konkretnego celu, dla którego Przystępujący miałby aż w tak poważnym zakresie przeinaczać fakty. Odwołujący nie wykazał też, że przedstawione przez Przystępującego informacje są nieprawdziwe, a konsorcjanci realizowali usługi o wartości odpowiednio od 107 do 127 milionów złotych oraz od 61 do 81 milionów złotych (różnica 10 i 30 milionów, o których mowa powyżej). Okoliczność tę Odwołujący powinien udowodnić, skoro *de facto* w zarzucie tym nie tyle zarzucił Zamawiającemu nieprawidłową weryfikację dokumentów z przyczyn formalnych, co Przystępującemu złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym nawet gdyby Przystępujący nie doprecyzował, jaka jest dokładna wartość usług zrealizowanych w okresie oznaczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - co mu zarzuca Odwołujący - to ów brak precyzji nie ma istotnego znaczenia dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do chwili, kiedy wartość usług wykonanych przez Przystępującego nie będzie mniejsza niż odpowiednio 10 i 30 milionów (jak też odpowiednio 12-28, 15-25, 20-20 mln itd.).

Co do wskazania przez Odwołującego, że usługi te nie powinny być uznane przez Zamawiającego za wykonane należycie z uwagi na „publicznie dyskutowane i medialne kontrowersje zaistniałe w związku z ich wykonywaniem, w zakresie składowania i przetwarzania odpadów w miejscu do tego nieprzeznaczonym” Izba - choć jest daleka od ignorowania tego typu przewinień wykonawców - musiała zgodzić się z Zamawiającym, że pierwszeństwo, jeśli chodzi o wiarygodność, ma w tym wypadku poświadczenie prawidłowego wykonania usługi wystawione przez odbiorcę usługi, zwłaszcza że jest nim podmiot niejako publiczny, gdyż działający na rzecz jednostki samorządu terytorialnego (miasta

Wrocław). Sam fakt zaś wyemitowania reportażu, w szczególności w programie, którego już sam tytuł („Alarm”) może świadczyć o pewnej sensacyjności przedstawianych tam materiałów - nawet przy prawdziwości postawionych tam zarzutów - nie stanowi jeszcze wiarygodnego dowodu, na którym w myśl przepisów mógłby się oprzeć Zamawiający. Odwołujący, pomimo wcześniejszej znajomości treści rzeczonego materiału medialnego, takiego wiarygodnego dowodu również nie przedstawił. Jak również nie przedstawił konkretnych informacji o konkretnych przypadkach składowania i przetwarzania odpadów w miejscu do tego nieprzeznaczonym. Sam zaś fakt występowania przez zainteresowanych do miasta Wrocław o udzielenie informacji publicznej może dowodzić wzmożonego zainteresowania tą kwestią, nie stanowi jednak dowodu na nieprawidłowe wykonywanie usługi przez Przystępującego i może świadczyć raczej o niepokoju pytających niż prawdziwości zarzutów. Gdyby były to, przykładowo, liczne skargi mieszkańców, sytuacja byłaby odmienna.

Co zaś do naliczonych kar umownych należy wskazać, że, choć faktowi temu Przystępujący nie przeczył, wątek ten nie pojawił się w odwołaniu w ramach zarzutu. Na marginesie więc można tylko wskazać, że samo naliczenie kar umownych bez ich analizy co do przyczyn ich naliczenia, jest niewystarczające dla uznania należytego wykonania umowy - zwłaszcza w przypadku przedmiotu zamówienia obarczonego tak licznymi karami umownymi jak odbiór odpadów, z których nie wszystkie związane są z zawinieniem wykonawcy usługi. Poza tym, pomimo naliczenia kar, odbiorca usługi uznał ją za należycie wykonaną, co nie jest sytuacją wyjątkową w ramach zamówień publicznych, a w procedurze udzielania zamówień - ze względu właśnie na bardzo częste i obowiązkowe naliczanie kar umownych - samo naliczenie kar nie jest podstawą do kategoriernego stwierdzenia, że zamówienie nie zostało wykonane należyście. W związku z powyższym zarzut ten został oddalony.

Co do zarzutów dotyczących wskazanych przez Przystępującego pojazdów Izba stwierdziła, że zgodnie z punktem 5. ppkt 5.2.1 lit. C specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, miał przedstawić, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, zgodnie z treścią załącznika przygotowanego przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał nie mniej niż:

1) minimum 14 śmieciarek o ładunku nie mniejszym niż 12 m³ z funkcją kompaktującą do prowadzenia zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odpadów selektywnie zbieranych frakcji papier, metale i tworzywa sztuczne, bioodpad,

2) minimum 2 śmieciarki o ładunku nie mniejszym niż 12 m³ z możliwością wyłączenia lub bez funkcji kompaktującej do prowadzenia zbiórki odpadów selektywnie zbieranych frakcji szkło,

3) minimum 1 śmieciarka z żurawiem do obsługi pojemników podziemnych i półpodziemnych

O ładunku nie mniejszym niż 12 m³,

4) minimum 1 samochód specjalistyczny do obsługi kontenerów KP-5, KP-7, KP-10,

5) minimum 3 śmieciarki małogabarytowe (niskotonażowe), które są przystosowane do odbioru odpadów z rejonu posesji o utrudnionym dojeździe i ograniczeniach tonażowych ulic DMC nie większej niż 7,5 tony,

6) minimum 1 pojazd z HDS o nośności minimum 1,5 tony,

7) minimum 2 pojazdy przystosowane do odbioru odpadów wielkogabarytowych,

8) minimum 2 śmieciarki z myjką o zamkniętym obiegu wody, przystosowane do mycia

1 dezynfekcji pojemników w miejscu odbioru odpadów,

9) minimum 2 pojazdy do świadczenia usługi MPSZOK o ładowności minimum 1 tony,

10) minimum 1 pojazd do zbiórki zużytych baterii i akumulatorów oraz leków.

Minimum 15 z tych pojazdów powinno spełniać normę emisji spalin nie mniejszą niż Euro 5.

Z kolei w punkcie 13 ppkt 13.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że kryteriami oceny ofert będzie cena (60%) oraz pojazdy spełniające normę Euro 6 (40%), dalej opisane jako aspekty środowiskowe (AS) - pojazdy spełniające normę Euro 6. W podpunkcie 13.2.2 Zamawiający wyjaśnił, że są to pojazdy, o których mowa w punkcie 5.2.1 lit. C specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku zobowiązania się wykonawcy do realizacji usługi pojazdami spełniającymi normę emisji spalin Euro 6 i wyżej Zamawiający przyzna wykonawcy następującą

punktację:

- poniżej 3 pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6 - 0 pkt,
- od 4 do 7 pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6 - 10 pkt,
- od 8 do 11 pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych dla każdego zadania oddzielnie spełniających normę EURO 6 - 20 pkt, - od 12 do 15 pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6 - 30 pkt,
- 16 i więcej pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6 - 40 pkt.

W celu otrzymania punktów wykonawca miał wpisać deklarowaną liczbę pojazdów spełniających normę EURO 6 w punkcie 4. formularza oferty i wypełnić zawartą w tym punkcie tabelę.

Przystępujący w „Wykazie urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego” wskazał 29 pojazdów, z czego 12 jako „własność”, 15 jako „leasing” oraz 2 jako „dzierżawa” (śmieciarka do 7,5 Mg oraz śmieciarka myjka).

W zakresie tej części zarzutu Odwołujący podniósł wątpliwości co do dwóch pojazdów wskazanych przez Przystępującego jako przedmiot dzierżawy, gdyż Przystępujący nie wskazał podstawy prawnej do możliwości jej wykorzystania oraz czy dysponowanie tymi pojazdami ma charakter stały, czy też jest korzystaniem z potencjału podmiotów trzecich.

Jak wskazał Przystępujący w swoim stanowisku i co wynika z części II lit. C formularza JEDZ, gdyż Przystępujący w punkcie dotyczącym informacji na temat polegania na zdolności innych podmiotów zaznaczył odpowiedź „Nie”, nie będzie on korzystał z zasobów podmiotów trzecich. Zaś w „Wykazie urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego” w kolumnie „Informacja o podstawie dysponowania pojazdem” wskazał odpowiednio „własność”, „leasing” lub „dzierżawa”. Identyczne wskazania (własność, leasing, dzierżawa) zawarł w punkcie 4. formularza oferty.

Podobnie zresztą dokumenty te wypełnił Odwołujący, dodając tylko, którego z konsorcjantów własność lub leasing dotyczy. Taki też sposób wypełniania podobnych wykazów jest ogólnie stosowany w postępowaniach, a Zamawiający nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że wymaga podania dokładniejszych informacji. Zatem to Odwołujący, stawiając zarzut niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien wykazać, że Przystępujący nie będzie mógł w pełni dysponować wskazanymi pojazdami.

Jak wskazano powyżej, Przystępujący wyraźnie oświadczył, że nie zamierza korzystać z potencjału innych podmiotów, zatem niezasadne są zarzuty Odwołującego odnoszące się do braków udokumentowania sytuacji związanej z udziałem tych podmiotów.

Co do „złego stanu technicznego oraz braku gotowości do świadczenia usługi” przez śmieciarkę o numerze rejestracyjnym DW 5...4 z powodu „zdarzenia ubezpieczeniowego”, które miało miejsce w lutym 2020 r. - podczas rozprawy Izba ustaliła, że rzeczywiście zdarzenie takie miało miejsce, a pojazd wymagał naprawy. Fakt ten Przystępujący potwierdził. Jak wskazał, naprawa została dokonana przed 12 maja 2020 r. (terminem składania ofert), lecz z przyczyn organizacyjnych pojazd poddano badaniom technicznym dopiero w czerwcu 2020 r.

Na wstępie należy wskazać, że zarzut Odwołującego sprowadził się do stwierdzenia, że „zważywszy na koszt naprawy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że skala napraw może skutkować brakiem gotowości pojazdu w wymaganym terminie”. Odwołujący nie udowodnił jednak, że Przystępującego nie stać na pokrycie kosztów tych napraw, co powinno towarzyszyć tego typu „zarzutowi”.

Przystępujący dokonał naprawy przedmiotowego pojazdu, co świadczy o tym, że go posiada i może nim dysponować - a jako że Odwołujący nie wykazał, że istniało rzeczywiste niebezpieczeństwo stałego lub długotrwałego wyłączenia tego pojazdu z użytkowania, nie ma też powodu do uznania, że Przystępujący nie mógł tego pojazdu wykazać w złożonej ofercie. Poza tym pojazd ten został wskazany w ww. „Wykazie urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu

wykonania zamówienia publicznego” jako pojazd w leasingu, a sam Odwołujący posłużył się określeniem „zdarzenie ubezpieczeniowe”, co pozwala zakładać, że pojazd ten był ubezpieczony, co przynajmniej częściowo powinno pokryć koszty naprawy.

Co zaś do stwierdzenia, że badania techniczne pojazdu zostały przeprowadzone dopiero w czerwcu - zdaniem Izby wynikało to wprost z okoliczności mających miejsce w maju i czerwcu 2020 r. - nie tylko spowolnienia działalności gospodarczej w tych miesiącach, ale głównie z prostego faktu, że gdyby Przystępujący tego pojazdu w tamtym okresie potrzebował, badania przeprowadziłby wcześniej.

Co do zarzutu w zakresie pojazdów do obsługi MPSZOK, z ramach którego Odwołujący wskazał, że dwa pojazdy: skrzyniowy pojazd do świadczenia usług MPSZOK o ładowności minimum 1 tony (nr rej. DW 6... 2) oraz bramowiec - pojazd do świadczenia usług MPSZOK

o ładowności minimum 1 tony (nr rej. DW 7.4) nie spełniają warunków określonych w punktach 2.3 i 2.4 opisu przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości wyposażenia w pojemniki do zbiórki poszczególnych frakcji odpadów oraz worków BIG-BAG, a także konstrukcja tych pojazdów uniemożliwia zabezpieczenie odpadów i pojemników przed warunkami atmosferycznymi, Izba stwierdziła, że Zamawiający słusznie uznał, iż Odwołujący błędnie z proceduralnego punktu widzenia utożsamia wymóg opisu przedmiotu zamówienia z opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami dotyczącymi spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych pojazdów, które są odmienne. Nawet jeśli było to niedopatrzenie Zamawiającego, zasady wyrażone w art. 7 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zakaz zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert, wynikający z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie pozwala na rozszerzanie wymogów warunku udziału w postępowaniu (czy kryteriów oceny ofert). Tym samym nawet jeśli dany pojazd/pojazdy nie spełniają wymogu punktu 2.4 opisu przedmiotu zamówienia ze względu na brak konstrukcji samego pojazdu umożliwiającej właściwe zabezpieczenie odpadów i pojemników przed warunkami atmosferycznymi, to wymóg ten nie był ujęty w warunku udziału w postępowaniu. Natomiast nie było wątpliwości, że pojazdy spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie punktu 5.2.1 lit. C pkt 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który w ramach pojazdów przeznaczonych do MPSZOK wskazuje jedynie na dwa pojazdy o ładowności minimum 1 tony. Tym samym Przystępujący do wykonywania usługi będzie musiał przeznaczyć inny pojazd, natomiast nie zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia czy wezwania do uzupełnienia „Wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego” w tym zakresie. Natomiast samą luźną myśl „rzuconą” przez Odwołującego w ramach przypisu dolnego nr 4 na str. 15 odwołania w ogóle trudno uznać za zarzut z powodu nie tylko braku jakiegokolwiek uzasadnienia, ale w ogóle braku sprecyzowania tej uwagi.

W związku z powyższym zarzut ten został oddalony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nieposiadanie wymaganych zdolności, tj. dysponowania określonymi pojazdami, mimo że zaangażowanie zasobów technicznych Przystępującego w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, Izba zgodziła się z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego i Przystępującego.

W ocenie Izby sam fakt, że dane pojazdy były w chwili składania ofert wykorzystywane do realizacji usług dla innych odbiorców, czy też że są lub będą tak wykorzystywane do chwili rozpoczęcia świadczenia usługi dla Zamawiającego, nie stanowi sam w sobie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy też stwierdzenia, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący bowiem przedstawił w „Wykazie urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego” listę pojazdów, którymi dysponuje i które potencjalnie może przeznaczyć do realizacji niniejszego zamówienia.

Oczywiste jest, że wykonawca prowadzący działalność w celu osiągnięcia zysku będzie swój sprzęt wykorzystywał i nikt nie oczekuje od niego jego „zamrożenia” pomiędzy dniem składania ofert a dniem zawarcia umowy z danym zamawiającym.

Także dyspozycja art. 22d ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazuje na zakaz zaangażowania się w inne przedsięwzięcia, zwłaszcza „w międzyczasie”, lecz wyraźnie odnosi się do tego, że zaangażowanie zasobów

technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Taki realny, negatywny wpływ nie został przez Odwołującego wykazany, który jedynie stwierdził, że „istnieje uzasadniona wątpliwość wykorzystywania tych samych pojazdów także przy realizacji innych usług” oraz „istotne ryzyko negatywnego wpływu na realizację zamówienia”.

Co do podniesionej przez Odwołującego okoliczności rozbieżnych informacji dotyczących wskazania przez Przystępującego podstawy dysponowania pojazdami o numerach rejestracyjnych DW 6...2, DW 8...5 i DW 1...5 w tym i w innych postępowaniach, Izba stwierdziła, że również w tym zakresie Odwołujący *de facto* nie sformułował zarzutu, lecz co najwyżej luźną myśl. Odwołujący nie wskazał - ani tym bardziej nie wykazał - że przedstawione w niniejszym postępowaniu informacje o podstawie dysponowania wskazanymi pojazdami są nieprawdziwe i jaki mają wpływ na uznanie warunku dysponowania pojazdami za spełniony lub nie - zwłaszcza że własność i leasing traktowanie są w tym zakresie właściwie równorzędne.

W związku z powyższym zarzut ten został oddalony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia Przystępującego (realizowanego w ramach konsorcjum) oraz dysponowania wymaganym potencjałem technicznym (pojazdami), a także w zakresie informacji ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert (pojazdy spełniające normę Euro 6) i sposobu wykonania zamówienia przy wykorzystaniu określonego potencjału technicznego (w tym spełnienia przez pojazdy wymaganych parametrów) oraz określonych instalacji Izba stwierdziła, że zarzut ten nie jest zarzutem samodzielnym, lecz odnoszącym się do zarzutów wymienionych w jego uzasadnieniu. Ze względu więc na to, że zarzuty wskazane w uzasadnieniu niniejszego zarzutu nie potwierdziły się, również ten zarzut się nie potwierdził i podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, pomimo że w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego rzetelność i uczciwość, realizując obowiązki wynikające z umów o zamówienie publiczne w sposób nienależyty, w tym naruszając przepisy o ochronie środowiska, co skutkowało nałożeniem kar z tego tytułu, Izba dokonała ustaleń podobnych jak Zamawiający oraz Przystępujący, tj. że zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadkach, o których mowa w przywołanym przez Odwołującego jako podstawa prawna art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Co do wydarzeń z lat 2013 i 2014, okres wykluczenia już minął, także ostatni wskazany przez Odwołującego wyrok NSA był datowany na 2016 rok.

Natomiast co do wydarzeń późniejszych, to po pierwsze, nie zostały one opisane w odwołaniu, trudno bowiem za taki opis uznać wskazanie, że „w 2019 r. działalność Wykonawcy znalazła się w ogniu krytyki mieszkańców miasta Wrocław, a także organizacji środowiskowych” w związku ze składowaniem i przetwarzaniem odpadów w miejscu do tego nieprzeznaczonym, zamiast w instalacji RIPOK, że osoby „zwróciły się z licznymi wnioskami o udostępnienie informacji publicznej” lub że wydarzenia te stały się przedmiotem reportażu w programie „Alarm”.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 2) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych lub 4) który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Odwołujący nie wykazał spełnienia powyższych przesłanek wykluczenia, a Zamawiający - jak słusznie wskazał, potrzebuje „stosownych środków dowodowych” dla wykazania podstaw wykluczenia, nie tylko w zakresie punktu 2., w którym jest wyraźnie

O tym mowa, ale także punktu 4., gdyż także i w tym przypadku musi uzasadnić podstawę wykluczenia wykonawcy, podobnie jak Izba. W związku z powyższym zarzut ten został oddalony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu w szczególności do zaoferowanych pojazdów niezapewniających dysponowania w odpowiednim zakresie 1parametrami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprzętem umożliwiającym odbiór odpadów zgodnie z wymogami Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut ten Odwołujący odniósł do pozostałych zarzutów odwołania, w szczególności dotyczących braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu i relacji warunków z opisem przedmiotu zamówienia, pkt VI ppkt 1.1-1.4, punktu 13.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryterium oceny ofert aspekty środowiskowe - pojazdy spełniające normę Euro 6 oraz rozdziału VIII pkt 2.1, 2.2. i 2.3 opis przedmiotu zamówienia oraz załącznika nr 9 do opis przedmiotu zamówienia dotyczących PSZOK i MPSZOK. Odwołujący, poza wskazaniem, do czego się odnosi, nie opisał jednak tego zarzutu. Tym samym, o ocenie Izby, zarzutu tego nie da się potraktować jako osobnego zarzutu, lecz dzieli on los zarzutów wcześniejszych, do których Odwołujący się odnosi. W związku z powyższym również podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w ww. przepisach Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego i stwierdziła, że dyspozycja przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie odnosi się do sytuacji opisanej w przedmiotowym zarzucie. Przepis ten wskazuje bowiem wyraźnie, że to złożenie oferty ma stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, a nie jakiegokolwiek działanie wykonawcy - w tym wypadku nawet nie podjęte bezpośrednio w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Co zaś do samego faktu zaoferowania pracy pracownikom konsorcjanta Odwołującego, Izba przyjęła wyjaśnienia Przystępującego i zgodziła się z jego stanowiskiem, że samo oferowanie pracy cudzym pracownikom, nawet konkurentów, jeszcze nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż jest to zachowanie standardowe na rynku pracy. Odwołujący nie udowodnił także, że oferta dotyczyła tak dużej liczby pracowników, jak wskazywał podczas rozprawy (kilkudziesięciu lub więcej jednocześnie). Z drugiej strony poszukiwanie pracowników, zwłaszcza na danym terenie przy świadczeniu usług lokalnych, przez przedsiębiorcę, który zamierza na tym terenie rozpocząć działalność, również jest sytuacją często spotykaną i zrozumiałą. Podobnie jak fakt, że w związku z brakiem działalności w danym rejonie, nie dysponuje lokalnymi pracownikami.

Z samego przebiegu zdarzenia opisanego w odwołaniu, jak też nagrania rozmowy z rzeczonym pracownikiem, któremu proponowano pracę, odtworzonego podczas rozprawy, nie wynika, że było to coś więcej niż ogólna i niezbyt konkretna propozycja ze strony domniemanego pracownika Przystępującego oraz, by rozmowa miała przebieg niestandardowy dla wstępnego etapu rozmów o zatrudnieniu. W szczególności Izba nie stwierdziła znamion czynu opisanego w art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w postaci nakłaniania osoby świadczącej na rzecz przedsiębiorcy pracę do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych albo innych obowiązków umownych, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy. Sama zmiana pracy przez pracownika nie jest bowiem niewykonaniem lub nienależytym wykonywaniem obowiązków pracowniczych.

Z rzeczonej rozmowy nie wynika także, by Przystępujący miał zamiar zatrudnić pracowników Odwołującego natychmiastowo, „w toku wykonywania przez nich obowiązków służbowych” na rzecz Odwołującego, gdyż - jak wynika nawet ze stanu przedstawionego w stanowisku Odwołującego - niewątpliwie chodziło o ich zatrudnienie w momencie zmiany wykonawcy usług w gminie Zabrze. Z przedstawionego stanu faktycznego sprawy nie wynika także, by domniemany pracownik Przystępującego odnosił się do przejęcia „biznesu”, a jedynie zmiany wykonawcy do realizacji usług w Zabrzu, co - po pierwsze, nie stanowiło nieprawdy, a po drugie - nie musiało także być tajemnicą dla osób zainteresowanych sytuacją związaną z odbiorem odpadów w tym rejonie, także pracowników Odwołującego.

Chęć i możliwości zapewnienia pracy pracownikom obsługującym dany kontrakt po jego zakończeniu jest cechą

indywidualną poszczególnych przedsiębiorców. W wielu przypadkach sytuacja przejmowania pracowników wykonujących daną usługę przez kolejnych wykonawców jest wręcz korzystna dla przedsiębiorców, którzy nie muszą martwić się o konieczność utrzymywania pracowników w momencie, gdy tracą dany kontrakt. W niektórych zamówieniach jest to nawet częścią wymagań zamawiających zawieranych w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w szczególności przy usługach utrzymywania czystości w szpitalach oraz usługach ochrony obiektów).

W związku z powyższym zarzut ten został oddalony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo iż cena oraz jej istotne części składowe mają rażąco niski charakter, względnie zaniechanie zwrócenia się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, Izba stwierdziła, co następuje.

Niesporne w orzecznictwie i przy stosowaniu ustawy Prawo zamówień publicznych jest, że podstawy odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stosuje się bez wcześniejszego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeśli zaś zamawiający takowych wyjaśnień poziomu ceny kwestionowanej oferty przed złożeniem odwołania nie żądał, rolą odwołującego jest wykazanie, że zaszły przesłanki do żądania takowych wyjaśnień poprzez uprawdopodobnienie, że oferta może być obciążona wadą rażąco niskiej ceny, a tym samym zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania zamówienia za tę kwotę, a tym samym brak wezwania do stosownych wyjaśnień był ze strony zamawiającego zaniechaniem.

W niniejszym stanie faktycznym niesporne jest, że nie zaszły przesłanki opisane w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż ceny obu złożonych ofert były porównywalne kwotowo, tj. oferta Przystępującego opiewała na 66.365.425,44 zł brutto, a oferta Odwołującego na 68.830.084,80 zł brutto. Jednocześnie Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia podstawowego na 59.472.831,69 zł netto, tj. brutto 64.230.658,22 zł i wstępnie przeznaczył na realizację zamówienia 64.230.658,22 zł brutto, którą to kwotę następnie zwiększył, po otrzymaniu ofert.

Tym samym Odwołujący musiał uprawdopodobnić, że spełniły się przesłanki art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaoferowana przez Przystępującego cena powinna budzić wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami. Zdaniem Izby Odwołujący tego nie uprawdopodobnił.

Nawet pomijając kwestię dużego podobieństwa wskazanych powyżej kwot, które - jak słusznie wskazał Odwołujący - same w sobie nie muszą być wystarczającym wskaźnikiem prawidłowości ceny każdego z wykonawców, gdyż mogą ich różnić cechy własne kosztów ponoszonych przez przedsiębiorstwo, już same wywody zawarte w odwołaniu budzą w tym zakresie wątpliwości. Odwołujący wskazał bowiem, że różnica cen pomiędzy wykonawcami to 2.282.092,80 zł, zaś oferta Przystępującego powinna być droższa o co najmniej 4.218.679 zł. Wskazał ponadto, że sam nie ponosi kosztów zakupu i rozstawienia pojemników na odpady, organizacji PSZOK oraz biura obsługi klientów oraz może przekazywać odpady do pobliskiej instalacji. Trudno jednak stwierdzić, czy powyższe okoliczności są „warte” aż 2 miliony złotych (różnica pomiędzy wskazanymi 4.218.679, o które oferta Przystępującego jest niedoszacowana według Odwołującego a 2.282.092,80 zł różnicy pomiędzy ofertami) lub też więcej, jeżeli uznać konieczność skorzystania z innej instalacji. Dalsze rozważania zaś Odwołującego, zdaniem Izby, są zbyt hipotetyczne i „uśrednione”, a przy tym wykazują zbyt mało powiązań z warunkami charakterystycznymi dla samego Przystępującego.

W ocenie Izby Zamawiający, wobec takiej zbieżności cen ofert oraz wartości szacunkowej zamówienia, miał prawo nie mieć wątpliwości w zakresie poziomu ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Argumentacja Odwołującego nie przekonała również Izby, dlatego zarzut ten został oddalony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który podlega także wykluczeniu z udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania

ofert. Przepis ten jednak nie odnosi się do przetargu nieograniczonego, lecz do trybów dwu- lub wieloetapowych, w których wykonawcy oceniani są pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu lub podstaw wykluczenia przed składaniem ofert, jak też trybów, w których wykonawcy są indywidualnie zapraszani do składania ofert. Ma to odzwierciedlenie w opisie tych trybów, np. „Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert.” - art. 47 ustawy Prawo zamówień publicznych, „Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert.” - art. 54 ustawy Prawo zamówień publicznych, „Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert.” - art. 60a ustawy Prawo zamówień publicznych, „Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do- art. 61 ustawy Prawo zamówień publicznych, „Zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert.” - art. 69 ustawy Prawo zamówień publicznych, „Partnerstwo innowacyjne to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza do składania ofert (...)”.

Wskazanie, że „oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, oznacza jego uprzednie wykluczenie, przed złożeniem oferty i dotyczy tylko postępowań, w których składanie ofert jest kolejnym etapem postępowania. Odpowiednikiem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w przetargu nieograniczonym jest art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. uznanie przez ustawodawcę, że oferta wykonawcy wykluczonego (jednocześnie) jest odrzucona.

Niemniej jednak, z powodu stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Przystępującego, Izba nie stwierdziła także podstaw do odrzucenia jego oferty z powodu wykluczenia z postępowania. W związku z powyższym zarzut ten został oddalony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej na skutek nieprawidłowej oceny jego oferty i w konsekwencji przyznanie mu zawyżonej, maksymalnej liczby punktów w zakresie kryterium oceny ofert aspekty środowiskowe (AS) - pojazdy spełniające normę Euro 6, pomimo że nie wykazał on 16 i więcej pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę EURO 6 Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego i stwierdziła, że - wobec kierunku rozstrzygnięcia wcześniejszych zarzutów - w konsekwencji należy uznać, że Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Przystępującego w ramach kryteriów oceny ofert przyznając jej 40 punktów.

Przystępujący zadeklarował w punkcie 4. formularza oferty wykonanie zamówienia pojazdami spełniającymi normę Euro 6 w ilości 17 sztuk, zgodnie z wykazem również zawartym w punkcie 4., w którym wymienił 17 pojazdów, co spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarte w punktach 13.1.1 i 13.1.2. Odwołujący nie zakwestionował, by któryś z tych pojazdów nie spieniał normy Euro 6, a zarzuty co do dysponowania pojazdami zostały uznane za nieuzasadnione, co Izba opisała powyżej.

W związku z powyższym zarzut ten został oddalony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie zwrócenia się do Przystępującego o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej lub braku podstaw do wykluczenia lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego i stwierdziła, że - wobec kierunku rozstrzygnięcia wcześniejszych zarzutów - również nie widzi podstaw do dalszego wzywania Przystępującego do wyjaśnień, a tym bardziej uzupełniania złożonych dokumentów. W związku z powyższym zarzut ten został oddalony.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Przewodniczący: