**Sygn. akt: KIO 2809/15**

**WYROK**
**z dnia 13 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o., ul. Słowackiego 82, 32-400 Myślenice, 2) Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., ul. Barska 12, 30-307 Kraków,**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Miasta Zakopane, ul. Kościuszki 13, 34-500 Zakopane,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) „TESKO" Tatrzańska Komunalna Grupa Kapitałowa Sp. z o.o., ul. Szymony 17a, 34-500 Zakopane, 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL" Sp. z o.o., os. Rzeka 133, 34-451 Tylmanowa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego,**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego,** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.



---

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

**Przewodniczący: ……..**



---

**Sygn. akt: KIO 2809/15**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Zakopane – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie wszystkich stałych odpadów komunalnych nieruchomości:
- na których zamieszkują mieszkańcy,
- na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne,
- na których w części zamieszkują mieszkańcy a w części nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne,
- na których znajdują się domki letniskowe lub inne nieruchomości wykorzystywana na cele rekreacyjno-wypoczynkowe wykorzystywana jedynie przez część roku na terenie miasta Zakopane".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod nr: 2015/S 203-369040.

Pismem z dnia 18 grudnia 2015 r., Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawiadamiając jednocześnie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o., ul. Słowackiego 82, 32-400 Myślenice, 2) Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., ul. Barska 12, 30-307 Kraków o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, oraz o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 28 grudnia 2015 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o., ul. Słowackiego 82, 32-400 Myślenice, 2) Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., ul. Barska 12, 30-307 Kraków – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1) bezprawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania, czym naruszono przepisy art 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy;
2) wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty złożonej przez Odwołującego, która w przypadku poddania jej ocenie, musiałaby zostać uznana za



najkorzystniejszą, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że w dniu 18 grudnia 2015 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wynikach postępowania, w treści którego zawarł informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Uzasadniając wykluczenie Zamawiający stwierdził:

*„Złożyliście Państwo nieprawdziwe informacje składając oświadczenie, że wykazana przez Państwa baza wyposażona jest zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra* Środowiska *z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości a zgodnie z wiedza zamawiającego w oparciu o dokonaną wizje tej bazy, nie spełnia ona wymagań przedmiotowego rozporządzenia:*

*1) Teren bazy magazynowo - transportowej nie jest właściwie zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;*

*2) Miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów nie są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;*

*3) Miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych nie mają zabezpieczenia przed działaniem czynników atmosferycznych;*

*4) Teren bazy magazynowo - transportowej nie jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i* ścieków *przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 roku Prawo wodne (Dz. U z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21).*

*Ponadto informuje, że Państwa oferta podlega też odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy - jej treść nie odpowiada treści siwz. Zamawiający w pkt 3.29 opisu przedmiotu zamówienia zawarł zapis: „Regionalna instalacja przetwarzania odpadów komunalnych, do której będą przekazywane wszystkie odebrane zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z podczyszczania odpadów komunalnych selektywnie zebranych, przeznaczonych do składowania, musi posiadać wymagane prawem pozwolenia zintegrowane, które należy załączyć do oferty." Państwo nie załączyli do oferty wymaganegopozwołenia zintegrowanego."*



Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał dowodów, na których oparł decyzję o wykluczeniu z postępowania, stwierdzając, że wymieniona w uzasadnieniu „wizja

tej bazy" takim dowodem być nie może. Czynność owa została dokonana przez nieznane osoby. Osoby te weszły na teren Bazy w Skomielnej za zgodą znajdującego się na jej terenie właściciela. Nie podały właścicielowi swoich nazwisk, nie wskazały celu swojej wizyty ani nie dokonały fachowej oceny pod kątem spełniania warunków, o których mowa w treści uzasadnienia wykluczenia. Przybyłe rzekomo „z Zakopanego" osoby, rozejrzały się po terenie Bazy i odjechały. Nie wykonano żadnego protokołu. Nie zadano żadnych zapytań o lokalizację, wyposażenie i działanie elementów Bazy. Przysłowiowy „rzut oka" niezidentyfikowanych z nazwiska osób stał się podstawą do wykluczenia Odwołującego z postępowania za złożenie nieprawdziwych informacji, które wywarły lub mogły wywrzeć wpływ na jego wynik. Zgodny pogląd doktryny i orzecznictwa wskazuje, że Zamawiający nie ma prawa bez przeprowadzenia dowodu, jednostronnie przyjąć, że złożona informacja jest informacją nieprawdziwą. Odwołujący argumentował przy tym, że dowód zaistnienia wyżej wskazanych przesłanek spoczywa w całości na stronie, która z faktu tego wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, a zatem na zamawiającym, który podejmuje decyzję o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu, (tak wyrok z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 998/13).

Odwołujący argumentował następnie, że w myśl art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z regulacji tej wynika, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia, przyjęcie przez zamawiającego nieprawdziwości złożonych przez wykonawcę informacji może mieć dla niego daleko idące negatywne konsekwencje w postaci wykluczenia z tego postępowania. Stosownie do treści art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy, to na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia tego faktu. W celu zaś dokonania w powyższym zakresie przez Zamawiającego ustaleń ustawodawca przewidział dla niego stosowne instrumenty prawne, które pozwalają przeprowadzić specjalne postępowanie wyjaśniające. Stosownie bowiem do treści art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Zgodnie z tą regulacją żądanie wyjaśnień może dotyczyć oświadczeń i dokumentów odnoszących się zarówno do potwierdzenia spełnienia warunków podmiotowych, jak też do potwierdzenia spełnienia warunków przedmiotowych zamówienia. Ponadto w myśl art. 87 ust. 1 cytowanej ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od



wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (tak wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2012 r., sygn. akt II Ca 1285/12).

Odwołujący wskazał więc, że powziąwszy zatem jakiekolwiek wątpliwości, Zamawiający winien był zwrócić się w pierwszej kolejności o wyjaśnienie do Odwołującego. Okoliczność taka nie miała miejsca. Zamiast tego Zamawiający w sposób nie opisany przepisami prawa ani nie umieszczony w treści SIWZ, uczynił próbę dokonania ustaleń na szkodę Odwołującego. Okoliczność ta stanowi odrębne naruszenie prawa. Zamawiający jest zobowiązany dokonywać oceny ofert zgodnie z treścią SIWZ. Wszelkie procedury badania i oceny powinny w treści SIWZ zostać opisane. Jeżeli Zamawiający zamierzał weryfikować złożone informacje poprzez wizję lokalną u wykonawców powinien o tym fakcie uprzedzić w SIWZ podając zakres i program takich badań (wizji). Dokonując czynności badania ofert w sposób nie opisany w SIWZ, a także dokonując czynności wobec tylko jednego z wykonawców, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 a także art. 14 ustawy w związku z art. 70 (1) § 4 kc.

Podkreślono równiez, że do oferty Odwołującego zostało załączone oświadczenie o udostępnieniu przedmiotowej bazy przez jej właściciela, którym jest firma: Usługi Transportowe G. & K. Spółka Jawna. W treści oświadczenia znajduje się stwierdzenie, że Baza ta jest wyposażona zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący podniósł następnie, że za wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 roku Sygn. akt XII Ga 420/09 należy stwierdzić, że przesłanki wynikające z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy winny być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie nie zostaną zachowane zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Przesłanka wykluczenia wykonawcy z udziału w

postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zachodzi wówczas, gdy wykonawca w sposób umyślny przekazuje zamawiającemu nieprawdziwe informacje, wprowadzające go w błąd co do faktów i mające na celu wywrzeć wpływ na wynik postępowania. Twierdzenie takie zostało wyrażone w wyrokach: Sądu Okręgowego Warszawa - Praga z dnia 19 lipca 2012 roku, sygn. akt IV Ca 683/12, Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013, sygn. akt II Ca 1285/12 a także Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 roku, sygn. akt VI Ga 134/12. W przywołanych orzeczeniach sądy wyraziły pogląd, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, które zostało podjęte z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego



błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Złożenie nieprawdziwych informacji, skutkujące wykluczeniem z udziału w postępowaniu to czynność dokonana z winy umyślnej, a nie w wyniku błędu czy niedbalstwa. Zatem, jeżeli ze stanu faktycznego sprawy wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Takie rozumienie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest ponadto zgodne z treścią Dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, która w art. 45 ust. 2 lit g przewiduje możliwość wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji.

Odwołujący potwierdził jednocześnie, że wskazana Baza Magazynowo - Transportowa w Skomielnej Białej 613 w pełni odpowiada wymaganiom rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Co istotne, nawet gdyby doszło do odmiennych ustaleń, nie można w przedmiotowym zakresie przypisać winy Odwołującemu. W chwili składania ofert Odwołujący oparł się o wspomniane już wyżej oświadczenie Spółki udostępniającej przedmiotową bazę. Jest to kolejna okoliczność wyłączająca możliwość zastosowania wobec Odwołującego sankcji wykluczenia z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący w dalszej również końcowa konkluzja wskazał kolejności, że Zamawiającego: „Państwa oferta podlega też odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy -jej treść nie odpowiada treści siwz. Zamawiający w pkt 3.29 opisu przedmiotu zamówienia zawarł zapis: „Regionalna instalacja przetwarzania odpadów komunalnych, do której będą przekazywane wszystkie odebrane zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z podczyszczania odpadów komunalnych selektywnie zebranych, przeznaczonych do składowania, musi posiadać wymagane prawem pozwolenia zintegrowane, które należy załączyć do oferty." Państwo nie załączyli do oferty wymaganego pozwolenia zintegrowanego." jest nietrafna.

W przypadku gdyby nastąpiła czynność odrzucenia oferty Odwołującego doszłoby do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wraz z ofertą, Odwołujący złożył dokument pod nazwą: „Decyzja Zezwolenie Zintegrowane" datowany w Krakowie na dzień 23 stycznia 2012 roku, numer SR-III.7222.4.2011.AS. Dokument ten potwierdza posiadanie wymaganych przez Zamawiającego uprawnień. W przypadku wątpliwości co do jego treści



Zamawiający winien skorzystać z instrumentów jakie dają mu przepisy art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy.

Konkludując, Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów. Dokonał bezprawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Czynność Zamawiającego podjęta z naruszeniem prawa nie może wywoływać negatywnych skutków po stronie Wykonawcy. Maiąc na uwadze powyższe należy stwierdzić, że dokonując czynności wykluczenia Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności prawem przepisanych, do

wykonania których był zobowiązany. Odwołujący złożył ofertę, która w przedmiotowym postępowaniu powinna zostać uznana za najkorzystniejszą Wykonanie przez Zamawiającego żądań odwołania może doprowadzić do uzyskania zamówienia przez Odwołującego. W obecnym stanie sprawy Odwołujący może ponieść szkodę, wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samum nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty złożonej przez Odwołującego. Powyższe wyczerpuje materialno - prawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu zajętego stanowiska Zamawiający wskazał, iż wykluczył Odwołującego z postępowania ponieważ stwierdził, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje składając oświadczenie, że wykazana przez niego w ofercie przetargowej baza wyposażana jest zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U z 2013 r. poz. 122), a zgodnie z wiedzą Zamawiającego w oparciu o dokonaną wizję tej bazy, nie spełnia ona wymagań przedmiotowego rozporządzenia:

1) teren bazy magazynowo-transportowej nie jest właściwie zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;
2) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów nie są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;
3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych nie mają zabezpieczenia przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczenia przed działaniem czynników atmosferycznych;



4) teren bazy magazynowo-transportowej nie jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145,951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21).

Na powyższe okoliczności Zamawiający powołał dowód z notatki służbowej z dnia 14 grudnia 2015 r. sporządzonej przez pracowników Zamawiającego - członków komisji przetargowej powołanej do przeprowadzenia przedmiotowego zamówienia - Pana A.R i Panią A.M. - Inspektorów Wydziału Ochrony Środowiska z dokonanej wizji bazy magazynowo-transportowej pod adresem 32-432 Skomielna Biała 613. Podczas wizji sporządzono zdjęcia przedmiotowej bazy i są one załącznikiem do notatki służbowej.

Argumentowano następnie, że w oparciu o analizę przedmiotowych zdjęć Zamawiający stwierdził, że baza nie spełnia wymagań obowiązującego rozporządzenia. Nie prawdą jest jak stwierdzono w odwołaniu, że Zamawiający nie próbował uzyskać wyjaśnień dotyczących przedmiotowej bazy. Zamawiający wystosował w dniu 15 grudnia 2015 r. pismo do Odwołującego się, w którym poinformował, że dokonał wizji wykazanej bazy magazynowo-transportowej i powziął wątpliwości co do tego, że baza ta spełnia wymagania rozporządzenia i prosił Odwołującego o złożenie wyjaśnień pozwalających na rozwianie wątpliwości Zamawiającego, co do prawdziwości złożonego przez Odwołującego oświadczenia, że baza jest wyposażona zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. Na powyższą okoliczność, Zamawiający powołał dowód z pisma z dnia 15 grudnia 2015 r. o wyjaśnienie treści dokumentów i treści oferty.

Poinformowano dalej, że w odpowiedzi na powyższe pismo Odwołujący w wymaganym terminie złożył pismo w którym zapisał, że w uzupełnieniu oświadczenia dotyczącego posiadania odpowiedniej do przedmiotu zamówienia bazy magazynowo-transportowej przedkłada kopie decyzji Starosty Myślenickiego z dnia 4 maja 2015 r. GM.6233.19.2015 zezwalającej Firmie Usługi Transportowe G.&RK. Spółka Jawna (firma, która użycza Odwołującemu przedmiotowa bazę ) na transport odpadów oraz decyzji Wójta Gminy Lubień z dnia 3 czerwca 2014 r. OSG.6220.4.2014 o braku konieczności opracowania raportu oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, wydanej po rozpatrzeniu wniosku Firmy Usługi Transportowe G.&K. Spółka Jawna. Na powyższą okoliczność Zamawiający złożył dowód z pisma Odwołującego z dnia 18.12.2015 r.

Zamawiający wskazał, że zapoznań się z przedmiotowymi wyjaśnieniami i

dołączonymi do nich dokumentami i stwierdził, że dotyczą one firmy użyczającej Odwołującemu bazy -- firma ta jest firmą transportową i przedłożone dokumenty odnoszą się



do prowadzonej przez nią działalności transportowej. Natomiast brak jest dokumentów potwierdzających, że wykazana przez Odwołującego baza spełnia wymogi rozporządzenia. Wskazane dokumenty w żaden sposób, zdaniem Zamawiającego, nie potwierdzają iż:

1) teren bazy magazynowo-transportowej jest właściwie zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;
2) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;
3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych;
4) teren bazy magazynowo-transportowej jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21).

Podkreślono także, że Zamawiający, z terenu którego będą odbierane odpady nie chce dopuścić do sytuacji, aby mieszkańcy innego miasta mieli ponosić negatywne konsekwencje związane z emisją nieczystości odbieranych z Zakopanego, dlatego w ślad za ustawodawcą mającym na celu ochronę środowiska, który nałożył na przedsiębiorców odbierających odpady wymagania zawarte między innymi w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U z 2013 r. poz. 122) jest zobowiązany do sprawdzania, czy wykonawca spełnia wymagania objęte przepisami. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje składając oświadczenie, że posiada bazę magazynowo-transportową spełniającą rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U z 2013 r. poz, 122).

Ponadto Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego podlega także odrzuceniu ponieważ jej treść nie odpowiada treści siwz. Zamawiający w pkt. 3.29 opisu przedmiotu zamówienia zawarł zgodnie z Art.6d. ust 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz.U. z 2013, poz. 1399 z późn. zm.).zapis „Regionalna instalacja przetwarzaniu odpadów komunalnych, do której będą przekazywane wszystkie odebrane zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z podczyszczania odpadów komunalnych selektywnie zebranych przeznaczonych do składowania, musi



posiadać wymagane prawem pozwolenie zintegrowane, które należy załączyć do oferty." Wykonawca Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o z siedzibą w Myślenicach (czyli Lider wykonawców składających odwołanie) na etapie postępowania przetargowego złożył w dniu 02 listopada 2015 r. wniosek do zamawiającego o wykreślenie tego punktu z siwz. Zamawiający tego nie uczynił, a wnioskodawca nie złożył odwołania na tą czynność Zamawiającego. Tym samym zobowiązany był do załączenia do oferty pozwolenia zintegrowanego. Odwołujący wraz z ofertą złożył m.in. następujące dokumenty:

- Decyzję znak SR-III.7221.58.2014.LB z dnia 30.06.2015 r. wydaną przez Marszałka Województwa Małopolskiego udzielającą Zakładowi Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. ul. Słowackiego 82, 32-400 Myślenice pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania i zbierania odpadów w szczególności w związku z eksploatacją regionalnej instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych,
- Decyzję - Pozwolenie Zintegrowane znak SR-III.7222.4.2011.AS z dnia 23.01.2012 r. wydaną przez Marszałka Województwa Małopolskiego udzielającą Zakładowi Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. ul. Słowackiego 82, 32-400 Myślenice, pozwolenia zintegrowanego dla składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne (instalacja do składowania odpadów, z wyłączeniem odpadów obojętnych, o zdolności przyjmowania ponad 10 ton odpadów na dobę lub całkowitej pojemności ponad 25 000 ton) wchodzącego w skład

Zakładu Zagospodarowania Odpadów, zlokalizowanego w Myślenicach....".

Oba ww. dokumenty nie spełniają warunku określonego przez Zamawiającego w pkt 3.29 SIWZ, gdyż zdaniem Zamawiającego, zgodnie z opinią prawną radcy prawnego Zamawiającego, jak również z opinią przystępującego do odwołania po stronie zamawiającego. W odniesieniu do decyzji znak SR-III.7221.58.2014.LB z dnia 30.06.2015 r., argumentowano, że w następstwie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 11 lipca 2014 r. o zmianie ustawy Prawo ochrony środowiska oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2014, poz. 1101), a w szczególności z zapisami art. 28 ust. 3 oraz wejściem w życie rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 sierpnia 2014 r. w sprawie rodzajów instalacji mogących powodować znaczne zanieczyszczenie poszczególnych elementów przyrodniczych albo środowiska jako całości (Dz.U z 2014 r., poz. 1169), eksploatacja instalacji wymaga pozwolenia zintegrowanego. W związku z powyższym, zgodnie z art. 193 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, pozwolenia o których mowa w art. 183 ust. 1 pkt 2-4 (w tym przypadku pozwolenie na wytwarzanie odpadów) wygasają w części dotyczącej instalacji wymagającej pozwolenia zintegrowanego z chwilą upływu terminu, w którym prowadzący instalację powinien uzyskać pozwolenie zintegrowane, chyba że prowadzący instalację uzyskał pozwolenie zintegrowane przed tym terminem. Skoro zatem w



---

ww. ustawie z dnia 11 lipca 2014r., o zmianie ustawy Prawo ochrony środowiska oraz niektórych innych ustaw, termin uzyskania pozwolenia zintegrowanego określono na 1 lipca 2015r., a pozwolenia takiego Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. ul. Słowackiego 82 w Myślenicach nie uzyskał, to udzielone pozwolenie na wytwarzanie odpadów w części wymagającej uzyskania pozwolenia zintegrowanego tj. obejmującej eksploatację regionalnej instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych wygasło z chwilą upływu tego terminu, tj. z dniem 1 lipca 2015 r. W odniesieniu do decyzji/pozwolenia zintegrowanego znak SR-III.7222.4.2011.AS z dnia 23.01.2012 r., Zamawiający argumentował, że decyzja ta nie dotyczy Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych czyli mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, a jedynie instalacji do składowania odpadów, czyli procesu będącego efektem końcowym po mechaniczno-biologicznym przetworzeniu odpadów i dotyczy wyłącznie odpadów nie nadających się do dalszego zagospodarowania. Podkreślić należy, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był odbiór i zagospodarowanie wszystkich stałych odpadów komunalnych z nieruchomości: - na których zamieszkują mieszkańcy, - na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne, - na których w części zamieszkują mieszkańcy a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, - na których znajdują się domki letniskowe lub inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe wykorzystywane jedynie przez część roku na terenie miasta Zakopane, a nie wyłącznie składowanie odpadów. Na powyższą okoliczność Zamawiający złożył dowód z opinii prawnej dotyczącej pozwolenia zintegrowanego w ofercie Odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) „TESKO" Tatrzańska Komunalna Grupa Kapitałowa Sp. z o.o., ul. Szymony 17a, 34-500 Zakopane, 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL" Sp. z o.o., os. Rzeka 133, 34-451 Tylmanowa. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**



---

Zgodnie z pkt 3.31 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wykonawca musi posiadać odpowiednią do przedmiotu zamówienia bazę magazynowo – transportową, usytuowaną na terenie Gminy Miasto Zakopane lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Miasto Zakopane wyposażoną zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Środowiska z

dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący w treści oferty złożył oświadczenie następującej treści: „Oświadczam, że posiadam odpowiednią do przedmiotu zamówienia, bazę magazynowo – transportową, usytuowaną 32-432 Skomielna Biała 613, wyposażoną zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości".

Przedmiotowa baza została użyczona Odwołującemu przez firmę Usługi Transportowe G. § K. Spółka Jawna, 32 – 432 Skomielna Biała 613 (str. 26 oferty, zobowiązanie podmiotu trzeciego).

W dniu 14 grudnia 2015 r., pracownicy Zamawiającego przeprowadzili wizję w terenie na okoliczność złożenia przez Odwołującego oświadczenia o posiadaniu bazy transportowo – magazynowej pod adresem 32-342 Skomielna Biała 613. Wizję odbyła się za zgodą właścicieli firmy Usługi Transportowe G. § K. Spółka Jawna, 32 – 432 Skomielna Biała 613.

Podczas wizji stwierdzono:

1. Teren nieruchomości Skomielna Biała 613 jest terenem nachylonym ze spadkiem w kierunku południowo-zachodnim. Teren ukształtowany jest poprzez wykonanie tarasów gruntowych. Teren znajduje się pomiędzy budynkami mieszkalnymi w większości jednorodzinnymi. W znacznej części teren ten jest zadrzewiony i zakrzewiony. Poniżej wskazanego terenu znajduje sie ciek wodny.
2. Na przedmiotowym terenie znajduje się budynek mieszkalny, budynek gospodarczy - warsztat naprawczy, garaż blaszany.
3. Właściciele terenu wskazali: budynek gospodarczy jako budynek przeznaczony do bieżącej konserwacji i napraw pojazdów, na tarasie gruntowym miejsce przeznaczone do parkowania pojazdów, w budynku mieszkalnym na najniższej kondygnacji pomieszczenia socjalne dla pracowników, a kontenery (w chwili wizji, brak na terenie bazy] do czasowego magazynowania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych.
4. Teren nieruchomości nie jest ogrodzony. Brak jest znaków ostrzegawczych - zabraniających wejścia na teren nieruchomości.
5. Dojście do nieruchomości jest możliwe praktycznie z każdej strony. Dojście i dojazd do nieruchomości odbywa się poprzez główny wjazd na nieruchomość przed budynkiem



gospodarczym - warsztatem naprawczym, następnie drogą dojazdową do miejsc parkowania pojazdów i przez garaż blaszany i do budynku mieszkalnego, w którym mają znajdować się pomieszczenia socjalne dla pracowników.
6. Dojście i dojazd do budynku mieszkalnego i garażu blaszanego odbywa się tym samym dojściem i dojazdem określonym w pkt. 5.
7. Część drogi dojazdowej na terenie nieruchomości jest wykonana jako ubity grunt, bez nawierzchni (czy to betonowej, czy asfaltowej). Na części drogi przez garażem blaszanym i przed budynkiem mieszkalnym droga jest wykonana z nawierzchni asfaltowej.

8. Miejsca postojowe wykonane są w znacznej części z tłucznia łamanego, a część na skraju skarpy (górna część skarpy) wyłożona płytami betonowymi.
9. Góra skarpy (skraj miejsc do parkowania pojazdów) nie jest zabezpieczony krawężnikiem ani tez barierami ochronnymi.
10. Obok budynku gospodarczego - miejsca napraw pojazdów znajduje sie podnośnik najazdowy przeznaczony do napraw pojazdów.
11. Na terenie miejsc postojowych znajduje się kilkanaście pojazdów będących własnością właściciela terenu.
12. Na terenie dróg dojazdowych i miejsc parkowania pojazdów nie stwierdzono kratek odwadniających.
13. Na terenie nieruchomości brak jest miejsca do mycia i dezynfekcji pojazdów oraz wagi najazdowej.
14. Wskazane przez właścicieli w budynku mieszkalnym pomieszczenie socjalne znajduje się w suterenie budynku i ma wysokość około 180crn.

Na miejscu wykonano dokumentację fotograficzną.

Pismem z dnia 15 grudnia 2015 r., Zamawiający w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, zwrócił się do Odwołujący z prośbą o wyjaśnienie treści oferty w zakresie złożonego oświadczenia o posiadaniu odpowiedniej do przedmiotu zamówienia, bazy magazynowo-

transportowej, usytuowaną 32-432 Skomielna Biała 613 wyposażanej zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zamawiający w piśmie wskazał, że dokonał wizji wykazanej przez Odwołującego bazy magazynowo-transportowej i powziął wątpliwości co do tego, że wykazana baza spełnia wymagania rozporządzenia tj.
1) teren bazy magazynowo-transportowej ma być zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;



2) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów maja być zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;
3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych maja' zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych;
4) teren bazy magazynowo-transportowej ma być wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz, U. z 2012 r. poz. 145,951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21);
5) baza magazynowo-transportowa ma być wyposażona w:

a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,
b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,
c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,
d) legalizowaną samochodową wagę najazdową – w przypadku, gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów.

Zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień pozwalających na rozwianie wątpliwości, co do prawdziwości złożonego oświadczenia, że wykazana baza magazynowo transportowa jest wyposażana zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

W odpowiedzi pismem z dnia 18 grudnia 2015 r., Odwołujący wskazał, że w uzupełnieniu oświadczenia dotyczącego posiadania odpowiedniej do przedmiotu zamówienia bazy magazynowo-transportowej, przedkłada na potwierdzenie spełnienia wymagań SIWZ w tym zakresie, potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie decyzji Starosty Myślenickiego z dnia 4 maja 2015 r. GM.6233.19.2015 zezwalającej Firmie Usługi Transportowe G.&K. Sp. j. na transport odpadów oraz decyzji Wójta Gminy Lubień z dnia 3 czerwca 2014 r. OŚG.6220.4.2014 o braku konieczności opracowania raportu oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

W pkt 3.29 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł zapis: „Regionalna instalacja przetwarzania odpadów komunalnych, do której będą przekazywane wszystkie odebrane zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z podczyszczania odpadów komunalnych selektywnie zebranych, przeznaczonych do



składowania, musi posiadać wymagane prawem pozwolenia zintegrowane, które należy załączyć do oferty."

Pismem z dnia 2 listopada 2015 r. Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o modyfikację specyfikacji i wykreślenie pkt 3.29 SIWZ. W treści wniosku podano m.in., że zawężenie możliwości ubiegania się o zamówienie tylko do podmiotów posiadających zezwolenie zintegrowane na eksploatację instalacji RIPOK jest bezpodstawne i narusza uczciwą konkurencję. Zamawiając podtrzymał zapisy specyfikacji.

Odwołujący wraz z ofertą złożył m.in. następujące dokumenty: Decyzję znak SR-III.7221.58.2014.LB z dnia 30.06.2015 r.; Decyzję - Pozwolenie Zintegrowane znak SR-III.7222.4.2011.AS z dnia 23.01.2012 r. W toku postępowania Zamawiający uzyskał opinię prawną, w której stwierdzono, że oferent mimo obowiązku nie wylegitymował się pozwoleniem zintegrowanym.

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała,** że **odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba uznaje zasadność zastosowania przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Powyższe stanowisko Izby uzasadnione jest tym, że oświadczenie z treści oferty Odwołującego o posiadaniu bazy magazynowo - transportowej, która spełnia wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, pozostaje w sprzeczności ze stanem rzeczywistym. Oświadczenie to w



konsekwencji zawiera nieprawdziwe informacje, które mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wykazał w sposób należyty podstawy swojej oceny. Izba w pełni uznaje wartość i doniosłość dowodów przedstawionych przez Zamawiającego. Twierdzenia Odwołującego, iż w specyfikacji nie przewidziano możliwości przeprowadzania wizji lokalnej, jako czynności służącej weryfikacji treści oferty, pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i co istotne w żaden sposób nie stanowią argumentu mogącego przesądzać o braku wartości i doniosłości dowodowej m.in. notatki sporządzonej z przedmiotowej wizji oraz zdjęć dokumentujących zastany przez pracowników Zamawiającego stan rzeczy. Zamawiający ma prawo oceny i weryfikowania treści otrzymanych ofert, jest to wręcz jego obowiązek, którego rzetelna realizacja pozwala na przeprowadzenie postępowania w sposób uczciwy i zgodny z zasadami równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Nie sposób uznawać, by zamawiający miał obowiązek podawania w treści specyfikacji, jakie działania będzie podejmował, gdy przykładowo uzna możliwość złożenia przez oferenta nieprawdziwych informacji. Nie sposób też uznawać, że jeżeli określone działania, w tym przypadku przeprowadzenie wizji bazy, nie zostały w treści specyfikacji przewidziane, to tym samym zamawiający nie może na etapie prowadzonego postępowania ich podejmować w celu weryfikacji prawdziwości oświadczeń wykonawcy oraz, by dowody uzyskane z tych czynności były dowodami niedopuszczalnymi, które czy to zamawiający, czy Izba, miałaby obowiązek pomijać przy rozstrzyganiu sprawy.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że w tym zakresie Odwołujący nie postawił żadnych rzeczowych zarzutów. Ograniczenie się w uzasadnieniu odwołania do ogólnego przytoczenia art. 7 ust. 1, art. 14 w zw. z art. 70 (1) § 4 Kc, nie można uznać za rzeczywiste stawiania odrębnego zarzutu odnoszącego się do okoliczności „wyjścia" przez Zamawiającego poza zakres specyfikacji w ramach badania i oceny ofert. Wszelkie zarzuty Odwołującego w tym zakresie, niezależnie od tego, jak zostałyby sformułowane, należałoby przy tym uznać za zarzuty spóźnione. O fakcie przeprowadzenia wizji Odwołujący powziął wiedzę już w dniu 15 grudnia 2015 r. z treści wezwania Zamawiającego.

Analiza materiału dowodowego zgromadzonego przez Zamawiającego, w szczególności notatki i zdjęć zadeklarowanej bazy, nie pozostawia wątpliwości, że baza ta nie spełnia wymogów wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania. Ciężar dowodu przeciwnego spoczywał na etapie rozprawy już na Odwołującym, który w ocenie Izby nie sprostał mu, gdyż złożone dowody nie mogły zostać uznane za materiał, który potwierdzałby, że wskazana w ofercie baza faktycznie spełnia zakwestionowane przez Zamawiającego wymagania oraz, że jest

bazą odpowiednią do przedmiotu zamówienia. M.in. wyjaśnienia współwłaściciela tej bazy, pełnomocnika Odwołującego, odnośnie kwestii zabezpieczenia bazy przed wstępem osób nieupoważnionych, nakazywały krytyczną ocenę stanowiska Odwołującego, także w świetle zasad doświadczenia życiowego. Oświadczenie złożone na rozprawie w formie pisemnej mogło zostać uznane jedynie za stanowisko i argumentację Odwołującego, a nie jako oddzielny, obiektywny, dowód. Następnie, niezależnie od braku dowodów na zatrudnienie pracownika nocnej ochrony, to nie może budzić żadnych wątpliwości, że wersja przedstawiona przez pełnomocnika odnosząca się do pilnowania bazy w trakcie dnia, nie może zostać uznana za wiarygodną i przemawiającą za uznaniem, że baza ta faktycznie jest w ciągu dnia, w sposób nieprzerwany i rzeczywisty chroniona przed dostępem osób nieupoważnionych. Nawet, jeżeli taki dozór, czy to ze strony pracownika ochrony, czy ze strony współwłaścicieli bazy, jest to i tak tego rodzaju sposób organizacji zabezpieczenia (gdy sam teren nie jest w ogóle ogrodzony, a tym samym potencjalnie dostępny jest dla każdego z każdej strony, brak jest nawet znaków ostrzegawczych zakazujących wstępu) nie może zostać uznany za zabezpieczenie, które w sposób rzeczywisty, efektywny i trwały (na każdym odcinku terenu i to w jednym czasie) uniemożliwia osobom nieupoważnionym wstęp na teren bazy. Podobnie pozostałe punkty wskazane przez Zamawiającego nie zostały podważone przez Odwołującego, którego argumentację w tym zakresie należy uznać za ogólnikową. Wykonane zdjęcia potwierdzają, że występuje praktyka parkowania pojazdów na miejscach, które nie są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu. Odwołujący nie wykazał przy tym, że sam drenaż, który ma istnieć pod wyłożonym tłuczniem, jest rozwiązaniem w pełni wystarczającym i chroniącym przed tym, by wszystkie zanieczyszczenia faktycznie nie przenikały do gruntu. Przebieg rozprawy nakazuje krytyczne spojrzenie na okoliczność istnienia na terenie bazy miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, zabezpieczonego przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczonego przed działaniem czynników atmosferycznych. Pełnomocnik wskazał, że *"przy realizacji dotychczasowych zleceń odpady od razu były transportowane do instalacji przetwarzania i nie było konieczności ich składowania, natomiast potencjalnie istnieje możliwość wstawiania kontenerów do budynków zadaszonych. Jest to 1 budynek, do tej pory pełnił funkcję warsztatu naprawczego"* (vide: protokół z rozprawy). Przedmiotowy warsztat nie został zlikwidowany, należy uznać, że taka jest główna funkcja tego budynku, i miało to miejsce zarówno na etapie składania oferty, jak i na etapie kontroli. To, że do tego warsztatu można wstawić kontener z odpadami (jest to fizycznie wykonalne) nie może jeszcze świadczyć o tym, że zostaje zachowany wymóg zabezpieczenia przed emisją

do przed zanieczyszczeń gruntu oraz zabezpieczenia działaniem czynników



atmosferycznych. Odwołujący nie wykazał tej okoliczności w sposób przekonujący, tym bardziej, że posiadana baza (a więc i funkcjonujące w niej rozwiązania) musiały być odpowiednie do przedmiotu zamówienia. Zdjęcie istnienia jednej kratki ściekowej oraz włazu zbiornika na odpady płynne, także nie świadczy o właściwym wyposażeniu bazy w urządzenia i systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy, zgodnie ze stosownymi przepisami prawa.

Za chybione Izba uznała także argumenty Odwołującego dotyczące ogólnej treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 15 grudnia 2015 r. Odwołujący nie kwestionował wezwania, ani nie zgłaszał w odpowiedzi, że jest ono niezrozumiałe. Zamawiający szczegółowo podał wykonawcy, w zakresie jakich wymogów oczekuje potwierdzenia, że zadeklarowana baza spełnia wymogi rozporządzenia. Odwołujący zamiast podjąć działania dla wykazania, że dane konkretne wymogi są spełnione i z czego to wynika, ograniczył się do dołączenia dokumentów nie odnoszących się do istoty wątpliwości i wezwania Zamawiającego. Niezależnie do tego, wszelkie zarzuty dotyczące treści wezwania byłyby na tym etapie postępowania niedopuszczalne, jako zarzuty spóźnione. Ponadto, o ile na etapie składania oferty Odwołujący uznał za wystarczające oparcie się na oświadczeniu kontrahenta, którego wybrał do współpracy, to po otrzymaniu wezwania Zamawiającego (skoro wiedział już wówczas o wątpliwościach Zamawiającego, co do prawdziwości złożonych informacji oraz o konkretnych zastrzeżeniach i punktach rodzących wątpliwości, co do zgodności z wymogami prawa), winien w sposób szczególnie ostrożny i dokładny

zweryfikować spełnianie przez użyczoną mu bazę wyspecyfikowanych przez Zamawiającego punktów, gdyż, jako profesjonalny wykonawca musiał zdawać sobie sprawę, że kolejne jego oświadczenia, oparte na samych oświadczeniach kontrahenta, których rzetelności i zgodności z rzeczywistością w sposób obiektywny wykonawca nie weryfikował, mogą jego samego, jako oferenta w tym postępowaniu, narazić na negatywne konsekwencje.

Dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

W kwestii nieprawdziwych informacji i podnoszonej przez Odwołującego konieczności zaistnienia i udowodnienia winy umyślnej, warto w tym miejscu wskazać na stanowisko, jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w



Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na postawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż *pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia" odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości.* (…) *Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego…* (por. pkt 75 i 119 wyroku).

Powyższy wyrok dotyczył przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wina, o której mowa w obu tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna być interpretowana w taki sam sposób.

Powyższe pozwala na przyjęcie, że dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, wystarczające jest to, by podanie obiektywnie niezgodnych ze stanem rzeczywistym informacji (a więc informacji nieprawdziwych) wynikało z niedbalstwa wykonawcy. W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności



oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających

w błąd informacji. Na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Powyższe stanowisko Izba szczegółowo przedstawiła w wyroku z dnia 11 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 177/15.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania ww. przepisów w odniesieniu do Odwołującego i złożonego przez Odwołującego w treści oferty oświadczenia o posiadaniu odpowiedniej do przedmiotu zamówienia bazy magazynowo – transportowej, wyposażonej zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. W niniejszej sprawie, o ile brak jest dowodów na winę umyślną, to wykonawcy można z pewnością przypisać rażące niedbalstwo. Baza magazynowo – transportowa została udostępniona (użyczona) Odwołującemu przez podmiot trzeci (vide: zobowiązanie podmiotu trzeciego, str. 26 oferty). Odwołujący argumentował, że w chwili składania ofert oparł się o oświadczenie podmiotu udostępniającego przedmiotową bazę. Nie dyskwalifikuje to jednak możliwości zastosowania wobec Odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 3



Pzp. To Odwołujący decydował o doborze kontrahenta i nawet jeżeli działał w zaufaniu do tego podmiotu, to nie może to zmieniać faktu, że informacje podane w treści oferty są informacjami nieprawdziwymi (informacjami, które obiektywnie nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy). Należy uznać, że Odwołujący odpowiada za stan rzeczy wywołany przez podmioty, które włączył – czy to pośrednio czy bezpośrednio – w proces konstruowania swojej oferty, tym bardziej, że od przedsiębiorców wymaga się podwyższonej staranności w prowadzeniu swoich spraw. Można tu też mówić o swoistej „winie w wyborze", czy braku odpowiedniej staranności (a więc o niedbalstwie), czy to w wyborze kontrahenta, czy we wcześniejszym (przed złożeniem własnego oświadczenia) zweryfikowaniu informacji, stanowiących podstawę oświadczeń składanych następnie przez wykonawcę w treści oferty. W tym zakresie to wykonawca przyjmuje więc na siebie ryzyko i odpowiedzialność i jeżeli w wyniku weryfikacji zamawiającego ujawnione zostaje, że stan rzeczy przedstawiany w treści oferty jest niezgodny ze stanem rzeczywistym, to wykonawca jest podmiotem ponoszącym za to odpowiedzialność i konsekwencje związane z możliwością zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzut dotyczący art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Odwołujący zgłosił jako ewentualny. Skoro nie potwierdził się główny zarzut dotyczący wykluczenia, zarzut ten pozostawał bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a w dodatku, skoro został postawiony, jako zarzut ewentualny (aktualizujący się w istocie dopiero w sytuacji potwierdzenia zasadności zarzutu dotyczącego wykluczenia z postępowania) Izba w zasadzie nie była obowiązana do jego rozpoznania. Niezależnie od tego, Izba przeanalizowała argumentację i stanowisko Zamawiającego oparte na opinii prawnej sporządzonej na etapie badania i oceny ofert, oraz skonfrontowała to z argumentacją Odwołującego. W wyniku tego Izba w pełni uznaje trafność stanowiska i wniosków Zamawiającego. Opinia prawna, na podstawie której Zamawiający oparł się w swojej decyzji, sporządzona została w sposób rzetelny, kompleksowy i uwzględniający przepisy prawne istotne dla analizowanego zagadnienia. Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wnioskom tej opinii trafności i zgodności z przepisami

prawa. W kwestii posiadania pozwolenia zintegrowanego znamienny jest także fakt, że jeden z podmiotów współtworzących konsorcjum Odwołującego występował o modyfikację specyfikacji i odstąpienie od wymogu zawartego w pkt 3.29 SIWZ, co już może świadczyć o tym, że Odwołujący nie dysponował pozwoleniem wymaganym przez Zamawiającego. Trudno uznawać, by w przypadku jego posiadania wykonawca domagał się zniesienia wymogu przedłożenia tego rodzaju pozwolenia. Izba wskazuje jednocześnie, że pkt 3.29 SIWZ odnosił się do opisu przedmiotu zamówienia. Argumentacja Odwołującego dotycząca



zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w kwestiach odnoszących się do zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia, a więc zgodności z SIWZ, była chybiona, ponadto zarzuty te nie zostały objęte treścią odwołania.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Izba nie miała możliwości uwzględnienia wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Pełnomocnik nie złożył faktury, ani żadnego innego rachunku określającego wysokość żądanych kosztów wynagrodzenia. Należy wskazać, że przepisy ww. rozporządzenia przewidują maksymalną wysokość wynagrodzenia pełnomocnika (§ 3 ust. 2 lit. b - „wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł") co jednak nie oznacza, że kwota maksymalna może być zasądzana automatycznie, jeżeli brak jest rachunku od pełnomocnika, w którym wykazana jest wysokość kosztów żądanych do zwrotu. Przepis § 3 ust. 2 rozporządzenia stanowi o zwrocie kosztów – cytując – na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Dla zasądzenia kosztów niezbędne jest więc złożenie przez pełnomocnika rachunku, na podstawie którego Izba może przyznać koszty. W tej sprawie pełnomocnik nie złożył żadnego rachunku. Izba nie miała więc podstaw, by nakładać na Odwołującego obowiązek zwrotu kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Wniosek Przystępującego o zwrot kosztów tytułem zastępstwa procesowego był niedopuszczalny w układzie procesowym niniejszej sprawy. Zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia, Izba może, oddalając odwołanie, zasądzić koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli miało miejsce uwzględnienie odwołania i wniesienie sprzeciwu wobec tego uwzględnienia przez przystępującego. W tej sprawie Zamawiający nie uwzględnił odwołania, konsekwentnie wnosił o jego oddalenie.

**Przewodniczący: ……**