

WYROK

z dnia 15 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum FCC Polska Sp. z o. o. w Zabrze, FCC Lubliniec Sp. z o. o. w Lublińcu i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. w Zabrzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kluczbork

przy udziale wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania, względnie zaniechania uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia, w zakresie innych kodów odpadów niż wymienione w pkt 2 petitum odwołania - z uwagi na jego wycofanie,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie:

2.1. zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania, pomimo braku aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia, wydanego na podstawie przepisów ustawy o odpadach - brak zezwolenia wydanego przez Starostę miejscowo właściwego dla wykonania przedmiotu zamówienia,

2.2. częściowo zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania, pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia, w zakresie odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01 oraz odpadów wielkogabarytowych o kodzie 20 03 07 i podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie,

2.3. zarzutu zaniechania zwrócenia się do wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we

Wrocławiu o udzielenie wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny, pomimo, iż cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,

i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania,

3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Kluczbork i:

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum FCC Polska Sp. z o. o. w Zabrze, FCC Lubliniec Sp. z o. o. w Lublińcu i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. w Zabrzu,

4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Kluczbork na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum FCC Polska Sp. z o. o. w Zabrzu, FCC Lubliniec Sp. z o. o. w Lublińcu i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. w Zabrzu kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Opolu.

Przewodniczący:

do wyroku z dnia 15 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1946/18

Zamawiający Gmina Kluczbork, ul. Karłowicka 1, 46 - 200 Kluczbork, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork”, o numerze nadanym przez zamawiającego GM.271.19.2018.MC, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 czerwca 2018 r. pod numerem 2018/S 111-252990, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 17 września 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. W dniu 27 września 2018 r. środek ochrony prawnej, wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum

FCC Polska Sp. z o. o., ul. Lecha 10, 41 - 800 Zabrze, FCC Lubliniec Sp. z o. o., ul. Przemysłowa 5, 42 - 700 Lubliniec i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o., ul. Lecha 10, 41 - 800 Zabrze, dalej zwani jako „odwołujący.”

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Komunalnik z Postępowania

pomimo braku aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydanego na podstawie przepisów ustawy o odpadach - brak zezwolenia wydanego przez Starostę właściwego miejscowo dla wykonania niniejszego przedmiotu zamówienia;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia

Komunalnik z Postępowania pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia w zakresie odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01 oraz odpadów wielkogabarytowych o kodzie 20 03 07 i podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12, względnie art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Komunalnik z Postępowania, względnie zaniechanie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia w zakresie innych kodów odpadów niż wymienione powyżej w pkt 2 petitum odwołania;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Komunalnik z Postępowania pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonywaniu wymaganych dwóch usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - wykazanie wykonywania obu usług na terenie tej samej gminy;

5. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Komunalnik z Postępowania pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonywaniu wymaganych usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - brak należytego wykonania usług podanych w wykazie doświadczenia przez Komunalnik i podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie;

6. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Komunalnik z Postępowania pomimo podania przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w przedmiocie dysponowania odpowiednią do przedmiotu zamówienia bazą transportową;

7. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Komunalnik, pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Komunalnik o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, pomimo, iż cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

8. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419) przez zaniechanie odrzucenia oferty Komunalnik, pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty Komunalnik, ponownego badania i oceny ofert i wykluczenia z postępowania wykonawcy Komunalnik oraz odrzucenia jego oferty. Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych na rozprawie - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz na rozprawie.

W zakresie zarzutu z pkt 1 petitum odwołania - naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.,

przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Komunalnik z postępowania, pomimo braku aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych będących przedmiotem

zamówienia wydanego na podstawie przepisów ustawy o odpadach - brak zezwolenia

wydanego przez Starostę właściwego miejscowo dla wykonania niniejszego przedmiotu zamówienia, odwołujący podniósł co następuje.

W rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) zamawiający, w ramach warunków udziału w postępowaniu, wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że posiadają aktualne zezwolenie

na zbieranie odpadów oraz zezwolenie na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach, w przypadku gdy wykonawca zamierza prowadzić przetwarzanie odpadów we własnym zakresie.

W przypadku gdy wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich przetwarzania, umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2018 r., wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 p.z.p., wykonawca Komunalnik, pismem z dnia 22 sierpnia

2018 r. przedstawił kopię decyzji na zbieranie odpadów wydaną przez Starostę S. (sygn.

OS.6233.7.2016.WS1.4 z dnia 28 kwietnia 2016 r. - w dokumentacji postępowania). W związku z powyższym zamawiający, pismem z dnia 31 sierpnia 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., wezwał Komunalnik do uzupełnienia aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów od organu właściwego ze względu na miejsce zbierania odpadów, tj. Starosty Kluczborskiego, zgodnie z brzmieniem art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach. Pismem z dnia 4 września 2018 r. wykonawca Komunalnik odmówił przedstawienia takiego zezwolenia, argumentując przy tym, iż dla magazynowania odpadów selektywnie zebranych na terenie Gminy Kluczbork konieczne oczywiście będzie uzyskanie zezwolenia przez organ właściwy dla miejsca zbieranych odpadów, tj. Starostę Kluczborskiego, jednakże obecnie wykazuje jedynie spełnianie warunków udziału w postępowaniu - do czego wystarczająca jest decyzja wydana przez Starostę S..

W ocenie odwołującego z zaprezentowaną w piśmie z dnia 4 września br. przez Komunalnik interpretacją postanowień SIWZ - warunków udziału w tym zakresie - nie sposób

się zgodzić. Zamawiający podał wyraźnie, iż wymaga oraz będzie egzekwował, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, posiadania zezwoleń dotyczących odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia, wydanych na podstawie przepisów ustawy o odpadach - czyli odpadów komunalnych stanowiących własność zamawiającego, a nie odpadów takich jak będące przedmiotem zamówienia (np. zbieranych na terenie innych gmin, powiatów czy województw).

Zdaniem odwołującego w ww. piśmie Komunalnik słusznie wskazuje się, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być interpretowane ściśle - taką interpretację postuluje też odwołujący. Natomiast dla odwołującego z cytowanego warunku literalnie wynika, iż ma to być zezwolenie do zbierania odpadów będących przedmiotem zamówienia, wydane na podstawie przepisów ustawy o odpadach.

Następnie, według odwołującego, przepisy ustawy z dnia z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. (Dz. U. z 2018 r. poz. 992), konkretnie przepisy art. 41 ust. 2 i 3, przewidują, iż zezwolenie na zbieranie odpadów wydaje, w drodze decyzji, organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów. Tym samym ww. ustawa zna tylko jeden rodzaj zezwoleń na zbieranie odpadów - zezwolenia wydane przez organ właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów, co w ocenie odwołującego oznacza, iż referując do zezwolenia wydanego na podstawie przepisów ustawy o odpadach zamawiający wskazał na zezwolenie wydane przez starostę Kluczborskiego, jako właściwego miejscowo dla odpadów będących przedmiotem zamówienia. Do takiej konstatacji sprowadza się literalna wykładania i odczytanie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu. Natomiast dla przyjęcia odmiennej interpretacji - np. prezentowanej przez Komunalnik w piśmie z dnia 4 września br. -

1 dopuszczenia wykazania warunku przez przedłożenie zezwoleń odnoszących się do innych odpadów niż będące przedmiotem zamówienia, w treści SIWZ winno znajdować się wyraźne wskazanie na taką możliwość.

Reasumując swoją argumentację odwołujący stwierdził, iż wykonawca Komunalnik nie wykazał spełniania warunku posiadania wskazanych uprawnień do prowadzenia działalności

- zezwolenia na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Zaś w związku z powyższym oraz w związku wyczerpaniem w tym zakresie procedury uzupełniania dokumentów, określonej w art. 26 ust. 3 p.z.p., wykonawca ten winien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Komunalnik z postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia w zakresie odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01 oraz odpadów wielkogabarytowych o kodzie 20 03 07 i podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie, podniesiony w pkt

2 petitum odwołania, odwołujący uzasadnił w sposób następujący.

Odwołujący ponownie zacytował treść warunku, określonego w lit. d pkt 2.2 pkt 2 rozdziału VI SIWZ i wskazał, że pismem z dnia 14 sierpnia 2018 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 p.z.p., wezwał wykonawcę Komunalnik do przedłożenia zezwolenia

na przetwarzanie odpadów komunalnych, będących przedmiotem zamówienia lub umów z podmiotami posiadającymi zezwolenia w tym zakresie. Termin przedstawienia dokumentów określono jako 10 dni od dnia otrzymania wezwania. W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 22 sierpnia 2018 r. wykonawca Komunalnik przedstawił kopie umów z podmiotami, którym zamierza powierzyć przetwarzanie odpadów będących przedmiotem zamówienia (umowy wymienione w pkt 5 pisma). Żadna z przedłożonych umów nie dotyczyła przetwarzania odpadów wielkogabarytowych o kodzie 20 03 07 oraz odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01.

W związku z powyższym zamawiający, pismem z dnia 31 sierpnia 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., wezwał wykonawcę Komunalnik do uzupełnienia dokumentów, m.in. o aktualne zezwolenie na przetwarzanie ww. odpadów lub umowę na wskazany zakres, z podmiotem posiadającym stosowne zezwolenie - jeśli wykonawca zamierza przetwarzać odpady przy pomocy innego podmiotu. Pismem z dnia 4 września 2018 r. (wpływ do zamawiającego w dniu 11.09.2018 r.) odnośnie potwierdzenia możliwości

przetwarzania odpadów biodegradowalnych o kodzie 20 02 01 wykonawca Komunalnik przedstawił umowę z dnia 23 sierpnia 2018 r. zawartą ze spółką EKO-REGION Sp. z o. o. w Bełchatowie, prowadzącą RIPOK w Gotartowie. Ponadto według § 8 ust. 1 umowa obowiązuje od dnia 23.08.2018 r. do 31.12.2018 r.

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę, iż ww. umowa jest jedynym dokumentem przedłożonym przez wykonawcę Komunalnik w trakcie postępowania, potwierdzającym możliwość przetwarzania odpadów biodegradowalnych o kodzie 20 02 01, należy przyjąć, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VI pkt 2 pkt 2.1 lit. d) SIWZ (w zakresie odnoszącym się do przetwarzania odpadów 20 02 01) na dzień składania ofert - który przypadał 23 lipca 2018 r. Zdaniem odwołującego przedmiotowa umowa z EKO - REGION została zawarta znacznie później, tj. dopiero 23 sierpnia 2018 r.

Ponadto odwołujący argumentował, że rzeczona umowa obejmuje zobowiązanie do przetwarzania odpadów przez instalację w Gotartowie w okresie do 31 grudnia 2018 r., czyli nie odnosi się do odpadów będących przedmiotem zamówienia. Zgodnie z rozdz. VI SIWZ oraz § 2 załącznika nr 8 do SIWZ wzór umowy termin realizacji zamówienia przypada od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia 31 grudnia 2022 r. Tym samym, w ocenie odwołującego, odpady objęte przedmiotem zamówienia będą odbierane i przetwarzane w tym okresie, a ww. umowa Komunalnik z EKO - REGION dotyczy odbierania odpadów w okresie wcześniejszym. Tego typu umowa nie może więc być uznana za potwierdzającą spełnienie przedmiotowego warunku (w przypadku gdy wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich przetwarzania, umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie). W opinii odwołującego wykonawca Komunalnik sam nie posiadając stosownego, aktualnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów będących przedmiotem zamówienia, winien przedstawić umowę na wskazany zakres z podmiotem, który posiada takie zezwolenie. Spółka EKO-REGION takie zezwolenie posiada (czego odwołujący nie kwestionuje), jednakże z pewnością zawarta z nią umowa - jak wykazano powyżej - zakresowo nie dotyczy odpadów będących przedmiotem zamówienia. Zatem, według odwołującego, wykonawca Komunalnik winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Dalej odwołujący zwrócił uwagę, iż przy ww. piśmie z dnia 4 września 2018 r. odnośnie potwierdzenia możliwości przetwarzania odpadów wielkogabarytowych o kodzie 20 03 07 wykonawca Komunalnik przedstawił umowę z dnia 7 września 2018 r., zawartą ze spółką EKO - REGION Sp. z o. o. w Bełchatowie, prowadzącą RIPOK w Gotartowie (według

§ 7 ust. 1 umowa obowiązuje od dnia 07.09.2018 r., do 31.12.2018 r.), a także umowę z dnia 1 marca 2016 r., zawartą ze spółką Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów Sp. z o. o. w Zawiszowie oraz umowę z dnia 20 kwietnia 2018 r. z przedsiębiorstwem FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Ścinawce Dolnej.

W opinii odwołującego umowa ze spółką EKO - REGION, prowadzącą Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Gotartowie, położoną ok. 1 kilometra od granic miasta Kluczborka i na terenie Gminy Kluczbork, została zawarta w dniu 7 września br. - nie może więc być uznana za potwierdzającą spełnianie warunków w zakresie przetwarzania odpadów wielkogabarytowych na datę składania ofert, a nawet na datę pierwszego uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Ponadto, analogicznie jak umowa z EKO - REGION z 23 sierpnia 2018 r., również umowa z 7 września 2018 r., nie odnosi się do odpadów będących przedmiotem zamówienia, ponieważ jej obowiązywanie kończy się przed rozpoczęciem realizacji tego zamówienia.

Natomiast umowa z Przedsiębiorstwem Utylizacji Odpadów Sp. z o. o. w Zawiszowie, w ocenie odwołującego, jakkolwiek zawarta przed datą składania ofert oraz na czas nieokreślony, nie może stanowić potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego przetwarzania odpadów będących przedmiotem zamówienia z innych powodów. Jak bowiem wynika z treści tej umowy, RIPOK prowadzona przez Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów Sp. z o. o. w Zawiszowie jest uprawniona do odbioru odpadów komunalnych z Regionu Południowego Województwa Dolnośląskiego (§ 1 umowy), a przedmiotem tej umowy jest odbiór odpadów odbieranych przez wykonawcę Komunalnik z terenu Miasta Jedlina Zdrój (§ 3, § 4 ust. 3 umowy).

Umowa z FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Ścinawce Dolnej, jakkolwiek zawarta przed datą składania ofert, zdaniem odwołującego, nie może stanowić potwierdzenia

spełniania warunku dotyczącego przetwarzania odpadów będących przedmiotem zamówienia z podobnych powodów. Mianowicie jej przedmiotem jest przyjmowanie przez RIPOK wyłącznie odpadów pochodzących z terenu Miasta Kłodzka (§1 umowy), ponadto została zawarta na czas oznaczony do 31 grudnia 2018 r. (§ 7 ust. 1 umowy). Przedmiotowa

umowa nie może się więc odnosić do odpadów zamawiającego.

Następnie odwołujący stwierdził, że niezależnie od powyższego, odpady z odbierane z terenu Gminy Kluczbork nie mogłyby być transportowane i przetwarzane w instalacjach ww. podmiotów ze względu na zasadę bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach. Jak wynika z umów ze spółką EKO - REGION, przedłożonych przez samego wykonawcę

Komunalnik, istnieje możliwość zapewnienia przetwarzania odpadów w położonej na terenie zbierania odpadów instalacji w Gotartowie. Ponadto na terenie województwa opolskiego,

w którym położona jest gmina Kluczbork, a także na terenie województw dolnośląskiego i śląskiego, znajduje się co najmniej kilkanaście RIPOK położonych znacznie bliżej obszaru zbierania odpadów niż instalacje w Zawiszowie i Ścinawce Dolnej (położone 160 - 170 km od

Kluczborka).

Reasumując - w ocenie odwołującego wykonawca Komunalnik nie wykazał

prawidłowo spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do przetwarzania

odpadów wielkogabarytowych o kodzie 20 03 07, objętych przedmiotem tego zamówienia, a tym samym winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Przy czym w związku z wypracowaną w orzecznictwie zasadą jednokrotności wezwania do uzupełnienia

dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., dokumenty potwierdzające spełnianie warunków w wyżej opisywanym zakresie nie mogą być ponownie uzupełnione.

Ponadto odwołujący zaznaczył, że z powyższych okoliczności wynika, że wykonawca

Komunalnik złożył nieprawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału

w postępowaniu w zakresie przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia (a więc również odpadów biodegradowalnych i wielkogabarytowych), gdy w rzeczywistości w dacie składania ofert nie spełniał tych warunków. Z tego powodu wykonawca winien zostać wykluczony również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 z petitum odwołania - naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., względnie art. 26 ust. 3 p.z.p., przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Komunalnik z postępowania, względnie zaniechanie uzupełnienia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia w zakresie innych kodów odpadów niż wymienione powyżej w pkt 2 petitum odwołania - odwołujący podniósł, że wykonawca Komunalnik, w ramach ww. złożenia dokumentów z 22 sierpnia 2018 r. nie potwierdził spełniania warunku dotyczącego możliwości przetwarzania następujących frakcji odpadów składających się na przedmiot zamówienia: zmieszane odpady komunalne, papier i tektura, tworzywa sztuczne, metale, odpady wielomateriałowe, szkło, odpady zielone, odpady remontowe i rozbiórkowe, przeterminowane leki.

W ocenie odwołującego przedłożone w tym zakresie przez wykonawcę umowy - z podmiotami posiadającymi zezwolenia na przetwarzanie odpadów, nie mogą być uznane za dotyczące odpadów będących przedmiotem zamówienia, z następujących powodów:

- PROiB Sp. z o.o. Janowiec Wlk. z 04.05.2016 r. - nie ma zastosowania w tym postępowaniu, ponieważ dotyczy odbioru odpadów z terenu firmy Komunalnik,
- BIO - SYSTEM z 12.03.2015 r. - umowa kupna - sprzedaży, a nie w sprawie przetwarzania odpadów, ponadto nie ma zastosowania w postępowaniu ponieważ dotyczy odpadów wysortowanych z frakcji szkło,
- BIO - SYSTEM z 16.08.2018 r. - zawarta po terminie składania ofert.

Natomiast umowy z EKO - REGION, Przedsiębiorstwem Utylizacji Odpadów

Sp. z o. o. oraz z FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o. o., w zakresie dotyczącym odpadów innych niż opisywane we wcześniejszej części uzasadnienia, nie mogą odnosić się do odpadów stanowiących przedmiot zamówienia z tych samych powodów, co opisywane w uzasadnieniu zarzutu z pkt 2 odwołania.

Kolejny zarzut - nr 4 z petitum odwołania - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Komunalnik z postępowania, pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonywaniu wymaganych dwóch usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - wykazanie wykonywania obu usług na terenie tej samej gminy, został oparty przez odwołującego na następujących okolicznościach.

Odwołujący zacytował ppkt 2.3.2 pkt 2 rozdz. VI SIWZ i wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27 lipca 2018 r., na potwierdzenie spełnienia rzeczowego warunku, pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. wykonawca Komunalnik przedłożył wykaz usług, gdzie wykazano wykonanie dwóch usług świadczonych na rzecz Gminy Wałbrzych od 30.06.2016 - usługi dotyczyły odbierania i zagospodarowania odpadów z dwóch różnych sektorów miasta.

W ocenie odwołującego powołany warunek należy interpretować w ten sposób, iż wymaga się tam wykazania wykonania dwóch różnych rzeczowo usług, o określonej ilości odpadów zebranych z terenu jednej gminy. Zamawiający sprawdza w ten sposób powtarzalne doświadczenie w realizacji więcej niż jednego zamówienia określonego typu. Ponadto według odwołującego, zgodnie z SIWZ, powinny to być usługi zrealizowane na

terenie innych gmin. Tymczasem wykonawca Komunalnik wykazuje realizację dwóch części

tego samego zamówienia zrealizowanego na terenie jednego miasta, o dokładnie takim

samym zakresie rzeczowym.

W związku z powyższym, zdaniem odwołującego należy uznać, iż Komunalnik nie wykazała spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., przez

zaniechanie wykluczenia wykonawcy Komunalnik z postępowania pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonywaniu wymaganych usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - brak należytego wykonania usług podanych w wykazie doświadczenia przez Komunalnik i podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie, zawarte w pkt 5 petitum odwołania, uzasadniono jak niżej.

Odwołujący ponownie zacytował ppkt 2.3.2 pkt 2 rozdz. VI SIWZ i podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27 lipca 2018 r., na potwierdzenie

spełniania przedmiotowego warunku, pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. Komunalnik Sp. z o. o. przedłożyła wykaz usług, gdzie wykazała wykonanie dwóch usług świadczonych na rzecz Gminy Wałbrzych od 30.06.2016 (i nadal), wraz z dwoma poświadczeniami z dnia 5 czerwca 2018 r. (oddzielnie dla każdego sektora), w których zamawiający, Gmina Wałbrzych, potwierdza, iż usługi wykonywane na podstawie umowy z dnia 6 października 2016 r. są wykonywane terminowo, a warunki określone w umowie dotrzymywane.

Tymczasem, w ocenie odwołującego, we wskazanym okresie ww. usługi były wykonywane niezgodnie z obowiązującym prawem, a więc nie mogą być uznane za usługi

wykonywane należycie. Mianowicie Komunalnik Sp. z o. o. dopuściła się w ich trakcie i w związku z ich wykonywaniem naruszenia przepisów ustawy o odpadach, jak też warunków decyzji Prezydenta Miasta Wałbrzycha z dnia 10 listopada 2016 r., znak: BOŚ.6233.27.2016. zezwalającej Komunalnik na zbieranie odpadów w posiadanej bazie - Stacji Przeładunkowej Odpadów Komunalnych zlokalizowanej przy ul. Uczniowskiej 21. Fakt ww. naruszeń został potwierdzony Decyzją Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska we Wrocławiu z dnia 24 czerwca 2017 r., znak: DW-DI.7062.2.2017.id oraz wydaną w drugiej instancji, ostateczną decyzją Głównego Inspektora Ochrony Środowiska w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2018 r., znak: DKG0420/475/2017/ge, utrzymującą w mocy decyzję Dolnośląskiego Inspektora Ochrony Środowiska w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Komunalnik (dowód: Informator dla gmin i instytucji o przykładach łamania prawa w gospodarce odpadami „Jak uniknąć skandalu? - wydawany

przez Fundację Eko Patrol Dolny Śląsk, kopia decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2018 r., znak: DKG0420/475/2017/ge i kopia

Decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska we Wrocławiu z dnia 24 czerwca 2017 r., znak: DW-DI.7062.2.2017.id).

W związku z powyższym według odwołującego należy uznać, iż wykonawca Komunalnik nie wykazał należytego wykonania usług niezbędnych dla wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, a nawet podał zamawiającemu nieprawdziwe informacje w tym zakresie - wprowadził zamawiającego w błąd, co do należytego ich wykonania, pomimo, iż jako adresat ww. decyzji administracyjnych zdawał sobie sprawę z naruszeń przepisów prawa, które w trakcie wykonywania usług popełnił.

Powyższe dla odwołującego oznacza, iż wykonawca Komunalnik podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p. Ponadto w związku z podaniem informacji wprowadzających w błąd, zgodnie z ustalonym orzecznictwem Izby, wykonawca nie może zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.

W uzasadnieniu zarzut nr 6 z petitum odwołania - naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Komunalnik z postępowania, pomimo podania przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w przedmiocie dysponowania odpowiednią do przedmiotu zamówienia bazą transportową - odwołujący podniósł następujące okoliczności.

Odwołujący przytoczył treść lit. e) ppkt 2.3.1 pkt 2 rozdz. VI SIWZ oraz stwierdził, że w pkt 6 ppkt 8) załącznika nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, wskazano, iż wykonawca jest zobowiązany spełniać warunki określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013r., poz. 122). Ponadto, w opinii odwołującego, zamawiający w stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ wzorze formularza oferty, w pkt 17, wymagał złożenia oświadczenia o dysponowaniu ww. bazą, a także potwierdzenia powyższego w wykazie sprzętu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 2 ppkt 2.9 lit. e) SIWZ.

Według odwołującego wykonawca Komunalnik w pkt 17 swojej oferty (formularza ofertowego) złożył takie oświadczenie i potwierdził powyższe w wykazie sprzętu do wykonania przedmiotu zamówienia (poz. 5), który złożono przy piśmie z dnia 2 sierpnia 2018 r., jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 27 lipca 2018 r. Następnie, pismem z dnia 6 sierpnia 2018 r., zamawiający wezwał wykonawcę Komunalnik do wyjaśnień w przedmiocie, czy oferowana baza spełnia wymagania SIWZ i wskazanych przepisów prawa, a także o podanie adresu bazy. Pismem z dnia 8 sierpnia 2018 r. wykonawca Komunalnik wyjaśnił, iż do obsługi Gminy Kluczbork zamierza wykorzystywać bazę przy ul. Kochłowice, gmina Byczyna, a także oświadczył, iż przedmiotowa baza spełnia wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia oraz przepisach

Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

w szczególności, że zagospodarowanie wód opadowych i ścieków odbywa się zgodnie z przepisami prawa wodnego.

Dalej odwołujący wskazał, że zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4 ww. rozporządzenia w zakresie wyposażenia bazy magazynowo - transportowej należy zapewnić, aby teren bazy magazynowo - transportowej był 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. W związku z powyższą regulacją, całość terenu, który jest przeznaczony na bazę magazynowo - transportową, nawet jeśli nie dochodzi na niej faktycznie do magazynowania odpadów (przy czym należy przez to rozumieć również czasowe magazynowanie odpadów nawet na pojazdach parkujących na terenie bazy, co jest równoznaczne ze zbieraniem odpadów, w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, i w konsekwencji koniecznością posiadania pozwolenia administracyjnego na zbieranie odpadów na danej nieruchomości), w zakresie zagospodarowania opadów i ścieków musi być zabezpieczony zgodnie z przepisami prawa. Celem powyższego, według odwołującego, jest zapewnienie, aby prawidłowemu zagospodarowaniu podlegały odcieki z odpadów wydostające się z pojazdów przeznaczonych do zbierania odpadów (powstające między innymi w wyniku przedostawania się przez pojazdy opadów atmosferycznych, ale również odcieków z samych odpadów o charakterze płynnym, które znajdują się w odpadach komunalnych), a także wydostające się z pojazdów (choćby w minimalnych ilościach) paliwa, oleje i smary. Z uwagi na konieczność zapewnienia szczelnego podłoża w miejscu parkowania pojazdów, odcieki te (ścieki i wody opadowe) powinny gromadzić się w urządzeniach kanalizacyjnych bazy i być przekazywane bezpośrednio (odpowiednim połączeniem) lub pośrednio (za pomocą wozów asenizacyjnych) do instalacji kanalizacyjnych innego podmiotu, gwarantującego odpowiednie oczyszczenie tych ścieków i wód opadowych.

Następnie, zdaniem odwołującego, na podstawie ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (dalej: Prawo wodne), zgodnie z art. 16 pkt 63 ustawy, przez pojęcie "ścieków przemysłowych" rozumie się ścieki niebędące ściekami bytowymi albo wodami opadowymi lub roztopowymi, powstałe w związku z prowadzoną przez zakład działalnością handlową, przemysłową, składową, transportową lub usługową, a także będące mieszaniną ze ściekami innego podmiotu, odprowadzane urządzeniami kanalizacyjnymi tego zakładu. Powyższe dla odwołującego oznacza, że wystarczające jest prowadzenie którejkolwiek z ww. działalności, aby uznać, iż ścieki pochodzące z danego terenu, zgromadzone w urządzeniach kanalizacyjnych danego zakładu (czyli prowadzącego bazę magazynowo - transportową) mają charakter ścieków przemysłowych.

W opinii odwołującego zauważyć również należy, że obecnie obowiązujące Prawo wodne (w przeciwieństwie do Prawa wodnego z roku 2001) nie zalicza do "ścieków" wód opadowych lub roztopowych. Zgodnie bowiem z art. 16 pkt 69 Prawa wodnego pod pojęciem "wód opadowych lub roztopowych" rozumie się wody będące skutkiem opadów atmosferycznych. Zaś, zgodnie z art. 35 ust. 3 pkt 7 Prawa wodnego, w obecnym stanie prawnym, odprowadzanie wód opadowych lub roztopowych stanowi "usługę wodną" (usługą wodną jest m.in. odprowadzenie do wód lub do urządzeń wodnych wód opadowych lub roztopowych, ujętych w otwarte lub zamknięte systemy kanalizacji deszczowej służące do odprowadzania opadów atmosferycznych albo w systemy kanalizacji zbiorczej w granicach administracyjnych miast). Zgodnie z art. 389 Prawa wodnego pozwolenie wodnoprawne jest wymagane m.in. na usługi wodne oraz szczególne korzystanie z wód. "Szczególnym korzystaniem z wód" (art. 34 pkt 3 Prawa wodnego) jest korzystanie z wód wykraczające poza powszechne korzystanie z wód oraz zwykle korzystanie z wód, obejmujące m.in. wprowadzanie do urządzeń kanalizacyjnych będących własnością innych podmiotów ścieków przemysłowych zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego określone w przepisach wydanych na podstawie art. 100 ust. 1 Prawa wodnego. Co istotne, według odwołującego, nie musi odbywać się to w sposób bezpośredni (poprzez przyłącze), ale dotyczy to każdego wprowadzania do urządzeń kanalizacyjnych innych podmiotów, w tym także do stacji zlewnych lub do oczyszczalni ścieków za pośrednictwem wozów asenizacyjnych. Nie ma bowiem znaczenia, zdaniem odwołującego, czy ścieki te zostaną wprowadzone w miejscu połączeniu zakładu do siebie kanalizacyjnej, czy też w innym, dalej położonym miejscu (w stacji zlewni), o czym świadczą choćby cele, jakimi kierować musiał się ustawodawca wydając rozporządzenie w oparciu o art. 45a Prawa wodnego z 2001 r. (obowiązujące - na podstawie art. 566 ust. 1 Prawa wodnego do czasu wydania rozporządzenia na podstawie art. 100 ust. 1 przedmiotowej ustawy) - miejsce wprowadzenia ścieków przemysłowych do urządzeń kanalizacyjnych innego podmiotu jest pod tym względem całkowicie irrelewantne.

Zatem - w opinii odwołującego - aby pozwolenie wodnoprawne było konieczne do uzyskania w przypadku wprowadzania ścieków przemysłowych do urządzeń kanalizacyjnych innych podmiotów, wystarczające jest wystąpienie (w jakiegokolwiek ilości) substancji,

o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego, których wprowadzenie w ściekach przemysłowych do urządzeń kanalizacyjnych wymaga uzyskania pozwolenia wodnoprawnego. Katalog zawarty w ww. rozporządzeniu wymienia między innymi te substancje, które każdorazowo znajdują się w ściekach, pochodzących z terenów

baz transportowych i parkingów. Przedmiotowe rozporządzenie, chociaż wydane w oparciu

o przepisy Prawa wodnego z 2001 r, na podstawie art. 566 ust. 1 Prawa wodnego, jest

aktem prawnym nadal obowiązującym (do czasu wydania stosownego rozporządzenia

w oparciu o art. 100 ust. 1 Prawa wodnego).

Odwołujący stoi na stanowisku, że w aktualnym stanie prawnym (w szczególności

w związku z utratą mocy Prawa wodnego z 2001 r. i wejściem w życie Prawa wodnego z 2017 r.) posiadanie pozwolenia wodnoprawnego na szczególne korzystanie z wód w zakresie odprowadzania wód opadowych i roztopowych do rowu drogi publicznej jest niewystarczające (nie spełnia wymogów wynikających z przepisów Prawa wodnego). Odprowadzanie wód opadowych i roztopowych stanowi bowiem wykonywanie usługi wodnej, nie przypadek szczególnego korzystania z wód. Ponadto, takie pozwolenie wodnoprawne nie obejmuje zakresem zastosowania wprowadzania do urządzeń kanalizacyjnych będących własnością innych podmiotów ścieków przemysłowych zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego (które to ścieki powstają w związku z prowadzeniem działalności bazy magazynowo - transportowej). Istotne jest również, by decyzja (pozwolenie wodnoprawne) wydane zostało dla całości terenu bazy magazynowo -

transportowej (obejmowało wszystkie działki wchodzące w skład terenu bazy).

Odwołujący argumentował dalej, że wskazana przez wykonawcę Komunalnik baza nie spełnia opisywanych wyżej wymogów - nie posiada stosownych decyzji administracyjnych w zakresie zagospodarowania wód opadowych i ścieków. Ponadto, zdaniem odwołującego, baza ta nie posiada stosownego, wymaganego przepisami, zaplecza socjalnego dla pracowników odpowiadającego liczbie zatrudnionych osób (§ 2 ust. 2 pkt 5 lit. b ww. rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r.).

W związku z powyższym odwołujący wskazał, iż wykonawca Komunalnik nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania bazy zgodnej z przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w szczególności, że zagospodarowanie wód opadowych i ścieków odbywa się zgodnie z przepisami prawa wodnego oraz wprowadził zamawiającego w błąd składając

nieprawdziwe oświadczenie w tym zakresie. Z tego względu wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie wskazanych w petitum odwołania przepisów p.z.p.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komunalnik, pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie art. 90 ust. 1 p.z.p. przez zaniechanie zwrócenia się do Komunalnik o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, pomimo, iż cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia - z pkt 7 petitum wniesionego środka zaskarżenia, odwołujący uzasadnił następująco.

W świetle ustalonego orzecznictwa sądów okręgowych i KIO cena rażąco niska, to cena nierealistyczna, która nie pokrywa kosztów wykonania zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 240/13). Natomiast w świetle normy art. 90 ust. 1 p.z.p., w przypadku powstania wątpliwości, co do charakteru oferowanej ceny („wydaje się rażąco niska”), zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy w celu przeprowadzenia dowodu, iż oferowana przezeń cena rażąco niska jednak nie jest.

W ocenie odwołującego w odniesieniu do oferty wykonawcy Komunalnik takie wątpliwości zachodzą i zostaną wykazane w odwołaniu i na rozprawie. Natomiast zamawiający, pomimo wystąpienia okoliczności wskazujących na rażące zaniżenie cen oferowanych przez ww. wykonawcę, zaniechał wezwania wykonawcy do przedłożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. Rzeczowa analiza kosztów i nakładów niezbędnych do wykonania zamówienia powinna doprowadzić do powstania domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, które w przypadku niewykazania przez wykonawcę Komunalnik jakichś szczególnych, dostępnych mu indywidualnych okoliczności pozwalających wykonać zamówienie poniżej cen i kosztów rynkowych, winno doprowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W postępowaniu złożono cztery oferty, których łączne ceny brutto kształtowały się następująco: a) 27 710 727,12 zł - Komunalnik, b) 39 990 365,64 zł, c) 33 414 952,38 zł - odwołujący, d) 34 294 694,72 zł. Wskazuje to na ok. 6 000 000,00 zł różnicę cenową pomiędzy ofertą Komunalnik, a ofertami c) i d), których ceny są do siebie zbliżone.

Według odwołującego o rażąco niskiej cenie, a więc cenie, która zgodnie z ustalonym orzecznictwem ma być ceną niegwarantującą wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty i prawidłowy oraz - jak już wskazano - nieuwzględniającą i niepokrywającą wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, świadczy nie tylko porównanie cen sumarycznych w złożonych ofertach, ale również wysokość i porównanie ryczałtowych cen jednostkowych, według których rozliczany będzie przedmiot zamówienia oraz według których należało obliczyć sumaryczną cenę ofertową (rozdz. XIV SIWZ).

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ - wzór oferty, usługi objęte przedmiotem zamówienia podzielono na 4 części, opisane w zał. nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia: część A - odbiór i zagospodarowanie odpadów, część B - wyposażenie nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki odpadów, część C - usługi dodatkowe, część D - dzierżawa pojemników. W ofercie należało odrębnie wycenić poszczególne pozycje usług składających się na ww. części zamówienia i podać ryczałtowe ceny jednostkowe dla danych usług. Natomiast powyższe znajduje odzwierciedlenie w postanowieniach § 8 załącznika nr 8 do SIWZ - wzór umowy, gdzie przewidziano odrębne rozliczanie ww. części zamówienia (odrębnie ustalane będzie wynagrodzenie umowne za poszczególne części na podstawie obmiaru zleconych i rzeczywiście wykonanych usług i według ryczałtowych cen jednostkowych za poszczególne pozycje usług podanych w ofercie).

Zdaniem odwołującego w przypadku niektórych pozycji oraz części usług składających się na przedmiot zamówienia wykonawca Komunalnik drastycznie zaniżył ich cenę, w sposób niegwarantujący pokrycia nawet podstawowych kosztów ich realizacji, np. takich jak ceny zagospodarowania odpadów w RIPOK i kosztów transportu odpadów do instalacji. W szczególności dotyczy to właściwie całej części C zamówienia, a także większości pozycji z części A - w załączeniu odwołujący przedłożył tabelaryczne zestawienia cen zaoferowanych przez Komunalnik (dla części A i C) oraz kosztów wykonywania usług w tym zakresie. Dalej odwołujący podkreślił, iż ceny wykonawcy Komunalnik nie pokrywają kosztów zagospodarowania odpadów, jak też takich kosztów niezbędnych do poniesienia przy wykonywaniu zamówienia jak: wynagrodzenie personelu, utrzymanie i ubezpieczenie środków transportu, koszty paliwa oraz obciążenia publicznoprawne. Ponadto, odwołujący stwierdził, iż poszczególne pozycje obmiarowe są rozliczane oddzielnie, według przypisanych im cen jednostkowych, które powinny pokrywać przynajmniej podstawowe koszty wykonania usług nimi objętych.

Powyższe okoliczności, w ocenie odwołującego dowodzą, iż ceny Komunalnik w wysokości zaoferowanej nie mogą pokryć wszystkich kosztów wykonania zamówienia, ergo ceny te mają charakter rażąco niskich. Pociąga to za sobą konieczność unieważnienia czynności oceny oferty wybranej i wyczerpania procedury wyjaśnienia zaoferowanej ceny

przewidzianej w art. 90 ust. 1 p.z.p. przed odrzuceniem oferty. Przy czym w przypadku uznania przez Izbę, iż wyjaśnienia i dowody składane w trakcie postępowania odwoławczego przez przystępującego lub zamawiającego (na których, na zasadzie art. 190 ust. 1a p.z.p., ciążył będzie obowiązek wykazania okoliczności, iż oferowana przez Komunalnik cena rażąco niska nie jest), nie dają szansy na wykazanie realnej możliwości obniżenia ceny ofertowej dostępnej dla tego wykonawcy oraz wszystkie okoliczności związane z wyceną są już jasne, możliwe jest natychmiastowe nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., jako zawierającej ceny rażąco niskie w obu objętych odwołaniem częściach zamówienia. Nakazywanie wezwania do wyjaśnień w postępowaniu o udzielenie zamówienia byłoby w takim wypadku jedynie zbędnym formalizmem, a rezygnacja z procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 90 ust. 1 p.z.p. jest w takim przypadku uzasadniona i konieczna. Tak zdaniem odwołującego wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 34/14.

Ostatni zarzut - naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

(Dz. U. z 2018 r. poz. 419), przez zaniechanie odrzucenia oferty Komunalnik, pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia, określony w pkt 8 odwołania, odwołujący uzasadnił tak jak następuje.

Odwołujący przytoczył treść art. 89 ust. 1 p.z.p. oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i stwierdził, że przez sformułowaną przez doktrynę definicję za „dobre obyczaje” uważa się zachowanie „zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne

i niezafalszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi [...] cechami oferowanych towarów i usług" (A. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Komentarz, C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 157).

W związku z tym zakazy zawarte w przedmiotowej ustawie mają za cel przeciwdziałanie posługiwania się przez przedsiębiorców nieuczciwymi praktykami, które pozwoliłyby im osiągnąć lepszą pozycję na rynku kosztem konkurentów (por. m. in. wyrok SN z dnia 2 lutego 2001 r. IV CKN 255/00, OSNC 2001, nr, poz. 137).

W tym kontekście, w opinii odwołującego, zaoferowanie przez wykonawcę Komunalnik poszczególnych cen jednostkowych, które nie pokrywają kosztów wykonania usług, których dotyczą i za które będą rozliczane, a tym samym, za wykonanie których zapłatę stanowią - przy jednoczesnym zamiarze pokrycia strat z tym związanych zapłatą za wyceniane i rozliczane oddzielnie inne usługi - należy uznać za niedozwolone manipulowanie oferowanymi cenami dokonywane na szkodę klienta (zamawiającego) oraz konkurentów (pozostałych wykonawców składających oferty w postępowaniu).

Według odwołującego powyższe stanowi działanie mające na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej na właściwym rynku, który stanowi przedmiotowe postępowanie. Następnie odwołujący zacytował fragment wyroku Izby z 16.06.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1059/10 i stwierdził, że w oferta Komunalnik podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej do protokołu wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

W toku postępowania odwoławczego, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p., dopuszczono do udziału w sprawie - po stronie zamawiającego - wykonawcę PHU KOMUNALNIK - Sp. z o. o., ul. Św. Jerzego 1a, 50 - 518 Wrocław (dalej zwanego jako „przystępujący”), co nadaje wykonawcy status uczestnika postępowania odwoławczego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym, złożonym na posiedzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią siwz, złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący podtrzymał stanowisko złożone pisemnie, oprócz zarzutu oznaczonego nr 3, który wycofał, zamawiający przedstawił ustną odpowiedź na odwołanie, zaś przystępujący poparł twierdzenia zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony oraz dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby

Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego. Jak podniósł odwołujący jego interes kwalifikowany jest możliwością uzyskania zamówienia w przypadku realizacji, wynikającego z przepisów prawa, wykluczenia i odrzucenia oferty przystępującego. Odwołujący złożył drugą najkorzystniejszą ofertę i w przypadku nakazania zamawiającemu wnioskowanych w odwołaniu czynności, zamówienie powinno przypaść odwołującemu. Szkoda odwołującego polega w tym przypadku na utracie możliwości

zawarcia umowy o zamówienie publiczne, utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania, dodatkowo odwołujący ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w postępowaniu.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, przejawiający się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p., stanowiący legitymację materialną wymaganą do wniesienia środka ochrony prawnej.

Zarzut oznaczony nr 3 w petitum odwołania, dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., względnie art. 26 ust. 3 p.z.p. - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania, względnie zaniechanie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia w zakresie innych kodów odpadów niż wymienione w pkt 2 petitum odwołania - został przez odwołującego skutecznie cofnięty na rozprawie, zatem orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie z powodu:

- zaniechania wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy PHU Komunalnik -

Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania, pomimo braku aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia, wydanego na podstawie przepisów ustawy o odpadach - brak zezwolenia wydanego przez Starostę miejscowo właściwego dla wykonania przedmiotu zamówienia,

- zaniechania wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy PHU Komunalnik -

Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania, pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia, w zakresie odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01 oraz odpadów wielkogabarytowych o kodzie 20 03 07 i podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie,

- zaniechania zwrócenia się zamawiającego do wykonawcy PHU Komunalnik -

Sp. z o. o. we Wrocławiu o udzielenie wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny, pomimo, iż cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,

co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wadliwie wybrał ofertę przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą, kiedy wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania.

Konsekwencją uwzględnienia odwołania jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie wykluczenia przystępującego z postępowania.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania

odwoławczego:

I. Zgodnie z rozdziałem III SIWZ - opis przedmiotu zamówienia i ppkt 1 pkt 2.4 sekcji

II ogłoszenia o zamówieniu - przedmiotem zamówienia jest realizacja usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork:

- a. z wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy,
- b. z wszystkich nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne,
- c. z wszystkich nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne
- d. z terenu nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe lub innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe (w tym rodzinne ogrody działkowe).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 1 do SIWZ.

II. Zamawiający w pkt 2 rozdziału VI SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu, co

również wynika z sekcji III ogłoszenia o zamówieniu.

1. Zgodnie z lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ - kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że posiadają aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów oraz zezwolenie na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia

wydane na podstawie ustawy o odpadach, w przypadku gdy wykonawca

zamierza prowadzić przetwarzanie odpadów we własnym zakresie. W przypadku gdy wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich przetwarzania, umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym

zezwolenie w tym zakresie.

Warunek ten został również wskazany w lit. d pkt 1.1 sekcji III ogłoszenia o zamówieniu - zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego.

2. Zgodnie z lit. e pkt 2.3.1 rozdziału VI SIWZ - zdolność techniczna lub zawodowa - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że dysponują do realizacji zamówienia odpowiednią do przedmiotu zamówienia, bazą transportową z zapleczem techniczno - biurowym, które ma umożliwić codzienny kontakt wykonawcy z przedstawicielem zamawiającego oraz właścicielami nieruchomości z terenu Miasta i Gminy Kluczbork.

Warunek ten został również wskazany w lit. e ppkt 1 pkt 1.3 sekcji III ogłoszenia o zamówieniu - zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe.

3. Zgodnie z pkt 2.3.2 rozdziału VI SIWZ - zdolność techniczna lub zawodowa - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.: wykonywali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w sposób ciągły, przez okres co najmniej 12 miesięcy, w ilości minimum 10.000 Mg rocznie z terenu jednej gminy wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Warunek ten został również wskazany w ppkt 2 pkt 1.3 sekcji III ogłoszenia o zamówieniu - zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe.

III. Postępowanie zamawiającego w zakresie dokumentów i oświadczeń dotyczących

spełniania spornych warunków udziału w postępowaniu:

1. Pismem z 27.07.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., wskazanych w pkt 1 - 9 pisma. W tym co do spełnienia spornych warunków: w pkt 6 pisma zamawiający żądał - wykazu wykonanych usług, w pkt 7 - dowodów potwierdzających, że wskazane usługi w wykazie usług zostały należycie wykonane lub są należycie wykonywane, w pkt 9 wykazu sprzętu, który winien zawierać informacje dotyczące posiadania odpowiedniej do przedmiotu zamówienia bazy transportowej (lit. e pkt 9).

2. W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący przedłożył pismem z 02.08.2018 r.:

- a) co do pkt 6 - wykaz wykonanych dwóch usług,
 - b) co do pkt 7 - dwa poświadczenia z 05.06.2018 r.,
 - c) co do pkt 9 (lit. e) - wykaz sprzętu do wykonania przedmiotu zamówienia,
- gdzie w pkt 5 wskazano, że wykonawca dysponuje odpowiednią bazą.

3. Pismem z 14.08.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do przedłożenia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku posiadania odpowiednich kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności. W wezwaniu zażądano, w oparciu o art. 26 ust. 1 p.z.p., aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., w tym co do spełnienia spornego warunku w lit. d pisma wskazano, że wykonawca ma przedłożyć „aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów oraz zezwolenie na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach, w przypadku gdy wykonawca zamierza prowadzić przetwarzanie odpadów we własnym zakresie. W przypadku gdy wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich przetwarzania, umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie”.

4. W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiającego przystępujący - pismem z 22.08.2018 r., przedstawił oświadczenia i dokumenty dotyczące warunku z pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ.

Dokumenty wskazane w pkt 1 - 3 pisma dotyczą odpowiednio lit. a - c z wezwania, zaś dokumenty z pkt 4 i 5 dotyczą spornego warunku z lit. d wezwania - wykonawca przedstawił kopię decyzji na zbieranie odpadów wydaną przez Starostę S., znak OS.6233.7.2016.WS1.4 z 28.04.2016 r. oraz kopie następujących umów:

- a) umowa z 04.05.2016 r. z Przedsiębiorstwem Recyklingu Odpadów i Przetwarzania Sp. z o. o. w Świdnicy,
- b) umowa z 12.03.2015 r. Zakładem Gospodarki Komunalnej - Organizacją Odzysku BIOSYSTEM S.A. w Krakowie,
- c) umowa z 16.08.2018 r. z BIOSYSTEM S.A. w Krakowie wraz z załącznikiem,
- d) umowa z 04.11.2013 r. z INTEREKO Sp. z o.o. w Opolu.

5. Pismem z 31.08.2018 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., tj. zażądano:

- oryginału lub kopii umowy 24/2013 z 04.11.2013 r.,
- aktualnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów wielkogabarytowych - 20 03 07 i odpadów ulegających biodegradacji 20 02 01, będących przedmiotem zamówienia (...),
- aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów od organu właściwego ze względu na miejsce zbierania odpadów to jest Starosty Kluczborskiego, zgodnie

z brzmieniem art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach.

6. W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiającego przystępujący przedstawił pismo z 04.09.2018 r. Do pisma załączono kopie następujący umów:

- a) umowy z 23.08.2018 r. z „EKO - REGION” Sp. z o.o. w Bełchatowie,
- b) umowy z 07.09.2018 r. z „EKO - REGION” Sp. z o.o. w Bełchatowie,
- c) umowy 24/2013 z 04.11.2013 r. z INTERKO Sp. z o.o. w Opolu z dwoma aneksami,
- d) umowy z 01.03.2016 r. z Przedsiębiorstwem Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Świdnicy,
- e) umowy z 20.04.2018 r. z FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Ścinawce Dolnej.

A także pismo z 17.09.2018 r. przekazujące aneks z 13.09.2018 r. do umowy zawartej przez przystępującego w dniu 07.09.2018 r. z „EKO - REGION” Sp. z o.o. w Bełchatowie.

IV. Postępowanie wyjaśniające w zakresie bazy transportowej.

1. Pismem z 06.08.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, na kanwie art. 87 ust. 1 p.z.p., do złożenia wyjaśnień dotyczących bazy transportowej.
2. W odpowiedzi na powyższe przystępujący złożył wyjaśnienia z 08.08.2018 r., gdzie wskazano, że baza znajduje się pod adresem Kochłowice 6, gmina Byczyna i spełnia wymagania zamawiającego, szczegółowo wskazane w piśmie.

Przechodząc do omawiania zarzutów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będących minimalnymi poziomami zdolności, jakich zamawiający wymagał od wykonawców, w dokumentacji postępowania - zarzuty postawione w pkt 1, 2, 4, 5 i 6 petitum odwołania - należy wskazać kilka uwag natury ogólnej.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, zaś w oparciu o art. 22 ust. 1a p.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności

wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W postępowaniu zainicjowanym rozpoznawanym odwołaniem zamawiający, na kanwie art. 22 ust. 1b pkt 1 i 3 p.z.p., określił sporne warunki udziału w postępowaniu: a) w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych

przepisów - warunek wskazany w ppkt 1 pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia

sprawy, b) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - warunek wskazany w ppkt

2 i 3 pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Warto również zauważyć, że w odniesieniu do ewentualnych - pozornych bądź rzeczywistych - wątpliwości co do treści bądź zakresu stawianych przez zamawiającego wymogów, wykonawcy mają prawo zwrócić się do zamawiającego w trybie art. 38 p.z.p. o ich wyjaśnienie. Doktryna i orzecznictwo stanęło przy tym na stanowisku, nie budzącym obecnie żadnych wątpliwości praktyków, że w przypadku podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca działający na rynku, uprawnienie, o którym mowa w art. 38 ust. 1 p.z.p. przereadza się - przez pryzmat zasady zachowania należytej staranności w profesjonalnym obrocie - w obowiązek wykonawcy. Wykonawca, który wątpliwości co do treści SIWZ nie wyjaśni, utraci możliwość powoływania się z korzyścią dla siebie na te okoliczności niezależnie od tego, jak zostały by one rozstrzygnięte, gdyby faktycznie wystąpiły (por. wyrok Sądu Najwyższego z 05.06.2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 28.02.2018 r., sygn. akt VIII Ga 554/17). Mając ponadto na uwadze możliwość wniesienia środków ochrony prawnej, w odniesieniu do regulacji SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie od dalszych czynności zamawiającego wszelkie

zarzuty kierowane do treści SIWZ uznaje za spóźnione - nie jest bowiem możliwe obejście terminu na wniesienie odwołania, poprzez formułowanie zarzutów co do treści SIWZ na etapie, na którym wykonawca uzna, że zarzuty, które mógł zgłosić wcześniej (i na których zgłoszenie we właściwym trybie termin upłynął) stały się w jego subiektywnej ocenie istotne.

Następnie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p., zamawiający żądał od wykonawców oświadczeń i dokumentów, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia, zgodnie z pkt 1.7 rozdziału VIII SIWZ, jest prowadzone w procedurze określonej w art. 24aa p.z.p., zatem zamawiający najpierw dokonał oceny ofert, a następnie badał, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza - przystępujący, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Należy zaznaczyć, że obowiązkiem zamawiającego jest badanie i ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego, kiedy - przez pryzmat treści określonego warunku - weryfikuje się czy przedłożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego. Zaś niewykazanie przez wykonawcę, na którym spoczywa ciężar dowodowy, co do wykazania posiadania rzeczonych zdolności, jest podstawą do wykluczenia go z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Warto również dodać, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania jest czynnością ostateczną, a przed jej dokonaniem, na zamawiającym ciąży ustawowe obowiązki, zmierzające do ustalenia czy wykonawca rzeczonych zdolności nie posiada. W ustalonym stanie sprawy będą to obowiązki ustanowione w art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p., dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień co do przedłożonych dowodów, bądź ich uzupełnienia lub poprawienia.

Wskazać również należy, że w orzecznictwie Izby oraz Sądów powszechnych została ukształtowana zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia, w trybie 26 ust. 3 p.z.p. W ocenie składu rozpoznającego odwołanie ukształtowany zakaz ponownego wezwania do uzupełnienia środków dowodowych, co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, posiada zastosowanie gdy wykonawca - w wyniku odpowiedzi na precyzyjne i kompletne wezwanie zamawiającego, wskazujące braki i błędy dokumentów - ponownie przedstawia wadliwe dokumenty i w tej sytuacji, na kanwie zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p., zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy do ponownego uzupełnienia określonego w wezwaniu braku (por. wyrok Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z 18.04.2014 r. sygn. akt II Ca 238/14).

Postępowanie w sprawie oświadczeń i dokumentów, dotyczące potwierdzenia przez przystępującego wskazanych w SIWZ zdolności do wykonania zamówienia, które miało miejsce w postępowaniu wskazują pkt III i IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia.

Ponadto, przed przystąpieniem do analizy poszczególnych zgłoszonych zarzutów, warto wspomnieć o ukształtowanej w dorobku orzecznictwa i doktryny zasadzie pierwszeństwa wykładni językowej w procesie wykładni - kiedy w pierwszej kolejności należy zastosować dyrektywy wykładni językowej, a dopiero w przypadku dalszych wątpliwości, lub w celu wzmocnienia wyniku wykładni językowej, sięgać kolejno po następne rodzaje wykładni. Dopiero nie dające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się co do zasady na korzyść wykonawców (za linią orzecniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem - por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 16.05.2016 r., sygn. akt III Ca 224/16 oraz przywołane tam obszernie orzecznictwo).

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na wieloletnią linię orzecniczą Sądu Najwyższego, którą najlepiej podsumowano w wyroku z 21.06.2007 r., sygn. akt IV CSK 95/07. W orzeczeniu tym, odwołując się do ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli (w tym na potrzeby umów) zawartych w art. 65 k.c., Sąd Najwyższy przytoczył ewolucję tej wykładni od anachronicznej koncepcji nadawania absolutnego charakteru wykładni literalnej (w myśl zasady *clara non sunt interpretanda* - nie należy wyklądać tego, co jasne), poprzez stopniowe inkorporowanie dyrektyw interpretacyjnych, poprzez uchwałę składu siedmiu sędziów z 29.06.1995 r., III CZP 66/95, gdzie Sąd Najwyższy w sposób zdecydowany opowiedział się za przyjęciem na tle tego przepisu tzw. kombinowanej metody wykładni. Stanowisko to znalazło wielokrotnie poparcie w orzecznictwie - warto, za cytowanym orzeczeniem przywołać np. wyrok Sądu Najwyższego z 21.11.1997 r., I CKN 825/97 i z 20.05.2004 r., II CK 354/03, niepubl. Sądownictwo powszechne od tamtej pory wielokrotnie stawiało na stanowisku, że ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia

interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego.

W prawie zamówień publicznych powyższe reguły wzbogacić można o elementy wynikające z samego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia - wykonawcy dysponują bowiem narzędziami, które umożliwiają im zadawanie pytań zamawiającemu, a w konsekwencji usunięcie wszelkich niejasności (omówiony powyżej art. 38 ust. 1 p.z.p.), a także zasady naczelnie ustawy, uregulowane w art. 7 p.z.p.

W tak ustalonym stanie faktycznym i prawnym, w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., sformułowany w pkt 1 petitum odwołania, jako zaniechanie wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania, pomimo braku aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydanego na podstawie przepisów ustawy o odpadach - brak zezwolenia wydanego przez Starostę właściwego miejscowo dla wykonania niniejszego przedmiotu zamówienia, kwalifikując go dodatkowo przez przyzmat hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p.

Zgodnie z lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SMWZ - kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej (vide pkt II pkt 1 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że „posiadają aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów oraz zezwolenie na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach, w przypadku gdy wykonawca zamierza prowadzić przetwarzanie odpadów we własnym zakresie. W przypadku, gdy wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich przetwarzania, umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie.”

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że przedmiot zamówienia jest działalnością regulowaną, co wynika również z treści spornego warunku, bowiem zamawiający żądał od wykonawców wykazania się posiadaniem zezwoleń, odpowiednio na zbieranie i przetwarzanie odpadów, ponieważ wymóg ten wynika z ustawowego uregulowania posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej na rynku gospodarki odpadami.

W ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2018 r., poz. 992 ze zm.),

dalej jako „ustawa o odpadach”, która została wskazana w warunku przez zamawiającego, w art. 41 ust. 1 określono, że „Prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia.”, następnie w ust. 2 normy wskazano „Zezwolenie na zbieranie odpadów i zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydaje, w drodze decyzji, organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów.” Zatem opierając się na przepisach ustawy o odpadach, Izba wskazuje, że pozwolenie na zbieranie odpadów i pozwolenie na przetwarzanie odpadów są osobnymi typami pozwoleń - ustawodawca nadał obydwu tym pozwoleniom wymiar samodzielny.

Ponadto, należy zaznaczyć, że o ile wytworzenie odpadów nie wymaga uzyskania zezwolenia (przy określonych ilościach i rodzajach odpadów), to już przekazanie odpadów przez wytwórcę lub innego posiadacza kolejnemu gospodarującemu odpadami, może mieć miejsce tylko wtedy, kiedy dysponuje on odpowiednim uprawnieniem, w tym m.in. zezwoleniem na zbieranie odpadów lub zezwoleniem na przetwarzanie odpadów (zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach). Okoliczność tą, poza literalnym brzmieniem przywołanych przepisów ustawy o odpadach, potwierdza jednolita i dobrze uzasadniona linia orzeczeń Sądów administracyjnych, którą Izba w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podziela, za Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w Olsztynie w wyroku z 24.08.2017 r., sygn. akt II SA/OI 394/17: „Przetwarzanie odpadów nie jest pojęciem tożsamym z gospodarowaniem odpadami, ale stanowi jeden ze sposobów postępowania z odpadami, stosownie do art. 3 pkt 2 ustawy z 2012 r. o odpadach. Art. 27 ustawy z 2012 r. o odpadach stanowiąc w ust. 1, że wytwórca odpadów jest obowiązany do gospodarowania wytworzonymi przez siebie odpadami, jednocześnie wskazuje w ust. 2 pkt 1 tego artykułu, że wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom, które posiadają, zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów.” (por. także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 22.03.2017 r., sygn. akt II OSK 1841/15, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 22.09.2016 r., sygn. akt II SA/Kr 748/16 oraz

Należy zaznaczyć, że omawiany warunek, ustalony w dokumentacji przez zamawiającego, wymagał posiadania odpowiednich uprawnień w zakresie przedmiotu postępowania - zamawiający wymagał spełnienia wymogu posiadania aktualnych pozwoleń (obu) na zbieranie oraz na przetwarzanie odpadów komunalnych, i nie ulega żadnej

wątpliwości, że zamawiający wymagał nie tylko wpisu do rejestru działalności regulowanej, ale również obydwu pozwoleń. Jedynie w zakresie przetwarzania odpadów zamawiający dopuścił, aby czynność ta była realizowana przez inny podmiot na mocy umowy z wykonawcą, tym niemniej również podmiot ten zobligowany został przez zamawiającego do posiadania odpowiedniego zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Zatem, w ocenie Izby, zamawiający szczegółowo określił jakie wymagania w zakresie uprawnień, wymaganych ustawą o odpadach, muszą posiadać wykonawcy, którzy chcą się ubiegać o udzielenie im zamówienia. Warto zwrócić uwagę, że w warunku nie dopuszczono innych typów uprawnień np. pozwoleń na odbieranie odpadów, uregulowanego ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, żaden wykonawca też o to zamawiającego nie pytał, nie zaskarżono również SIWZ w tym zakresie. Warunek był dla wykonawców jasny i klarowny (vide uwagi wstępne dotyczące wykładni treści SIWZ, zastosowania art. 38 ust. 1 p.z.p. oraz obowiązków podmiotu profesjonalnie funkcjonującego na danym rynku).

Przystępujący, na wezwanie zamawiającego (vide pkt III ppkt 3 i 4 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) przedłożył decyzję na zbieranie odpadów, wydaną przez Starostę S., znak OS.6233.7.2016.WS1.4 z 28.04.2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentu „aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów od organu właściwego ze względu na miejsce zbiera odpadów to jest Starosty Kluczborskiego, zgodnie z brzmieniem art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach” (vide pkt III ppkt 5 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Przystępujący nie zaskarżył tego wezwania, w odpowiedzi złożono pismo z 04.09.2018 r.

Nie jest w sprawie sporne co do faktów, iż PHU Komunalnik - Sp. z o.o. pozwolenia

na zbieranie odpadów z terenu Gminy Kluczbork nie przedstawiła - strony postępowania różniły się jedynie prawną oceną tego faktu.

Skład rozpoznający sprawę podzielił w spornym zakresie stanowisko odwołującego, uznając, że złożona przez przystępującego decyzja na zbieranie odpadów nie potwierdza

spełniania warunku posiadania odpowiednich uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Przedłożenie decyzji Starosty S. nie stanowiło również wykonania wezwania zamawiającego.

Przystępujący podnosił, że zezwolenie to stanowi dokument wyłącznie na potwierdzenie określonego warunku, zaś żądanie decyzji wydanej przez Starostę

Kluczborskiego jest nieuprawnione. Powołano się na nieprecyzyjność SIWZ, którą należy rozstrzygać, w ocenie przystępującego, na korzyść wykonawcy i możliwość spełnienia warunku poprzez decyzję dla dowolnego miejsca zbierania odpadów.

Z taką interpretacją warunku nie sposób się zgodzić - została ona przez przystępującego poczyniona wyłącznie na użytek uzyskania zamówienia w sposób całkowicie nieuprawniony, poprzez wyrwanie fragmentu warunku z kontekstu całości SIWZ, oderwanie go od obowiązujących przepisów prawa i przedmiotu zamówienia, a nawet pozostałej części treści omawianego warunku i konstruowaniu w oparciu o ten fragment „wątpliwości”, które mogły zostać rozwiązane poprzez dokonanie wykładni jego całości. Zgodnie z art. 22 ust. 1a p.z.p. zamawiający określa warunki w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby postawiony warunek posiadania uprawnień, zgodnie z jego treścią dotyczył odpadów, będących przedmiotem zamówienia, którym jest realizacja usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork (zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) - a nie jakiś innych, z innego terenu, czy innego rodzaju, zgodnie również z brzmieniem ustawy o odpadach, którą w treści warunku wskazał zamawiający.

Gdyby przyjąć, że zezwolenie na zbieranie odpadów mogło dotyczyć jakichkolwiek odpadów, w tym jakiegokolwiek miejsca ich zbierania, ponieważ przystępujący uważa, że nie zostało to dookreślone, to skutkiem zgodzenia się z taką interpretacją byłoby zaprzeczenie, że zamawiający, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, w ogóle chciał zdolności wykonawcy w tym zakresie weryfikować, a więc, de facto, że warunku

w zakresie zbierania odpadów w rzeczywistości nie sformułował, a postanowienia co do warunków były ze sobą w sprzeczności - jeden bowiem był racjonalnie powiązany z przedmiotem zamówienia, a drugi rzekomo nie.

Przyjęcie stanowiska przystępującego, powodowałoby niezrozumiały dualizm w zakresie rozumienia jednego warunku dotyczącego posiadania uprawnień, bowiem zezwolenie na zbieranie odpadów dotyczyłoby jakichkolwiek odpadów, z jakiegokolwiek miejsca, natomiast wymagane w treści tego samego warunku drugie z zezwoleń na przetwarzanie odpadów, dotyczyłoby odpadów, będących przedmiotem zamówienia - czyli odpadów od właścicieli nieruchomości z Gminy Kluczbork. Zatem niezrozumiałym i nie wykazany na etapie postępowania przed zamawiającym, a następnie przed Izbą przez przystępującego pozostało, dlaczego według niego ten sam warunek dotyczy odpadów, będących przedmiotem zamówienia, a z drugiej strony, dlaczego tychże odpadów nie dotyczy.

Należy przy tym pamiętać, że sytuacja występująca w niniejszej sprawie jest sytuacją szczególną - nie ma tu wyrażeń, które można rozumieć w sposób różny, nie ma tu konstrukcji „otwartych” i wieloznacznych, nie można mieć wątpliwości co jest wymagane w warunku, bowiem mamy do czynienia z działalnością regulowaną, kiedy pozwolenia na wykonywanie działalności określił ustawodawca w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, zaś oferty składają podmioty na rynku gospodarowania odpadami działające.

Nie było również spornym, że przystępujący wystąpił do Starosty Kluczborskiego o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów, tym niemniej okoliczność, czy przystępujący pozwolenie otrzyma jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, bowiem brak jest gwarancji, kiedy i czy w ogóle wykonawca takim pozwoleniem nie dysponujący uzyska je od właściwego organu.

W ocenie składu orzekającego nie jest i nie było możliwe przyjęcie, że zezwolenie na zbieranie odpadów dotyczyć miało jakichkolwiek, dowolnych odpadów, ale już uregulowane w tym samym warunku zezwolenie na przetwarzanie odpadów dotyczy odpadów konkretnych, z terenu objętego przedmiotem zamówienia, a zatem, że warunek jest zupełnie odmiennie wykładany w zależności od tego, czy dotyczy pierwszego z wymaganych zezwoleń - na zbieranie odpadów, czy drugiego - na ich przetwarzanie, kiedy oba zezwolenia dotyczą uprawnień do gospodarowania odpadami, w ocenie Izby tymi samymi, zgodnie z brzmieniem warunku - będącymi przedmiotem zamówienia.

Jakakolwiek inna interpretacja omawianych regulacji SIWZ doprowadziłaby albo do ich sprzeczności z powszechnie obowiązującym prawem, albo do wyjścia poza spektrum postępowania - przy czym na zasadność kwestionowania racjonalności zamawiającego w zakresie formułowania tego warunku oraz konieczność przyjęcia jego treści, odmiennej od dyktowanej przez zestawienie przepisów prawa, wymagań SIWZ oraz przedmiotu zamówienia, nie wskazały żadne stwierdzone w toku postępowania okoliczności - warunek nie był przedmiotem wyjaśnień ani pytań, nie budził zatem po stronie wykonawców, prowadzących działalność na rynku gospodarowania odpadami, żadnych wątpliwości. Żaden z wykonawców nie wykorzystał trybu przewidzianego w art. 38 ust. 1 p.z.p. aby doprecyzować, ewentualnie wskazać na możliwość zmiany wymagań zamawiającego w omawianym zakresie. Przedmiotowe postanowienia SIWZ nie były również w zakresie objętym analizą zaskarżane.

Nie mogły zatem odnieść skutku twierdzenia przystępującego podnoszone w przedstawionym stanowisku procesowym, zmierzające do przeformułowania lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ i przemierzania wymagań zamawiającego w zakresie odbierania i zbierania odpadów oraz wskazania, jakoby zamawiający wymagał jakiegokolwiek pozwolenia na zbieranie odpadów, z pominięciem, że miały to być odpady stanowiące przedmiot zamówienia, który został określony w rozdziale III SIWZ opis przedmiotu

zamówienia - twierdzenia te, mające charakter polemiki, nie tyle ze stanowiskiem odwołującego, ile raczej z treścią SIWZ, na obecnym etapie, po złożeniu ofert, są działaniami późniejszymi i nieuprawnionymi w świetle jasnej treści warunku udziału w postępowaniu. Ponadto należy zaznaczyć, że wykonawca nie zaskarżył również czynności zamawiającego z dnia 31.08.2018 r., w postaci wezwania do przedłożenia dokumentu „aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów od organu właściwego ze względu na miejsce zbiera odpadów to jest Starosty Kluczborskiego, zgodnie z brzmieniem art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach” (vide pkt III ppkt 5 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Zatem podnoszenie twierdzeń co do możliwości przedstawienia innego pozwolenia niż te wskazane w warunku, zgodnie z ustawą o odpadach skorelowane z miejscem zbierania odpadów, jest na obecnym etapie późnione i jedynie ukierunkowane na poprawę własnej sytuacji procesowej przystępującego oraz podbudowanie tezy, jakoby treść lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ była inna niż w rzeczywistości.

Następnie Izba wskazuje, że z logiki i doświadczenia życiowego wynika, że wykonawcy działający na rynku gospodarowania odpadami, który jest szczegółowo uregulowany w powszechnie obowiązujących przepisach prawa - znają to prawo i potrafią je stosować. Jest to zwłaszcza aktualne w świetle notoryjnej okoliczności, że przystępujący, który na potrzeby „wykładni” warunku w sposób oczywiście nieprawidłowy, już przynajmniej w jednym przypadku przekonał się, że ferowana przez niego metoda „interpretacji” postanowień SIWZ tak, aby nakłonić zamawiającego do rezygnacji z egzekwowania tych postanowień, które uniemożliwiały mu uzyskanie zamówienia, nie znajduje żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa (por. uchwała KIO z dnia 27.05.2015 r., sygn. akt KIO/KD 29/15, gdzie stwierdzono, że zamawiający zobligowany był do wykluczenia PHU Komunalnik Sp. z o. o. z analizowanego tam postępowania z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu i gdzie wykonawca ten przekonał zamawiającego do wykładni postanowień SIWZ w sposób na tyle elastyczny, że prowadzący do rezygnacji z ich egzekwowania po terminie składania ofert).

Przyczynę zajęcia takiego stanowiska przez przystępującego wyjaśniają jednak inne okoliczności sprawy, które wskazują na fakt, iż stanowisko swoje sformułował on celem wprowadzenia zamawiającego w błąd co do faktu spełniania warunków postawionych w postępowaniu (o czym dalej).

Konsekwencją powyższego było przyjęcie przez Izbę, że jedynym uzasadnionym sposobem interpretacji warunku wyrażonego w lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ jest - zgodnie z jego treścią - ustalenie, iż zamawiający wymagał przedstawienia aktualnego pozwolenia na zbieranie odpadów z terenu Gminy Kluczbork oraz aktualnego pozwolenia na ich (odpadów z terenu Gminy Kluczbork) przetwarzanie albo - w formule alternatywy - umowy obligującej inny podmiot (dysponujący stosownym pozwoleniem na stosowny zakres) do wykonania przetwarzania na rzecz wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Istotne w zakresie ustalenia okoliczności sprawy było wezwanie zamawiającego z dnia 14.08.2018 r. (pkt III ppkt 3 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p., do przedłożenia aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów oraz zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach, w przypadku, gdy wykonawca zamierza prowadzić przetwarzanie odpadów we własnym zakresie. W przypadku, gdy wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich przetwarzania, umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie.

Wezwanie to w sposób jednoznaczny obligowało adresata - PHU Komunalnik Sp. z o.o., do przedstawienia pozwoleń dotyczących przedmiotu zamówienia (nie zaś decyzji o tej samej podstawie prawnej dotyczącej np. innego obszaru). W odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 22.08.2018 r. (pkt III ppkt 4 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), przystępujący przedstawił uwierzytelnioną kopię decyzji wydanej przez Starostę S. oraz kopie umów (które omówiono przy zarzucie ich dotyczącym). W reakcji na powyższe, zamawiający skierował do PHU Komunalnik Sp. z o. o. wezwanie z dnia 31.08.2018 r. (pkt III ppkt 5 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., w którym zażądał m.in. (w tirecie trzecim) aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów od organu właściwego ze względu na miejsce zbierania odpadów, to jest Starosty Kluczborskiego. Zamawiający zatem nie przyjął decyzji Starosty S. jako dowodu spełniania warunku z lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ i mając na uwadze wywiedzioną treść SIWZ oraz przywołane przepisy prawa należy uznać, że na tamtym etapie zachował się zgodnie z postawionymi w SIWZ wymaganiami.

Kluczowa dla uwzględnienia omawianego zarzutu odwołania oraz ustalenia, iż wyczerpana w sprawie została hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. była treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi na wezwanie z dnia 31.08.2018 r. - odpowiedź ta, datowana na dzień 04.09.2018 r. zawierała w ust. 4 wskazanie, iż „Aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów wydane przez Starostę S. na działce nr 65/14 w miejscowości (...). Należy w tym miejscu zaznaczyć, że przedkładana decyzja stanowi dokument potwierdzający warunki udziału w postępowaniu i nie ma uzasadnienia do żądania na tym etapie postępowania decyzji wydanej przez Starostę Kluczborskiego, bowiem zgodnie z informacjami zawartymi w dziale VI pkt 2 ppkt. d) SIWZ, wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu musiał wykazać się posiadaniem aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów (...)”. Po tym stwierdzeniu PHU Komunalnik - Sp. z o.o. przytoczył obszerną argumentację prawną.

Z niezrozumiałych przyczyn powyższe zostało przez zamawiającego zaakceptowane, pomimo braku przedłożenia dokumentu, do którego przedstawienia przystępujący został zobligowany w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Postępowanie to po stronie zamawiającego nie było prawidłowe, albowiem żądany w oparciu o jasne postanowienia SIWZ dokument potwierdzający spełnienie warunku nie został przedstawiony.

Izba, mając na uwadze powyższe, ustaliła, że przystępujący, odpowiadając na jednoznaczne i klarowne wezwanie do złożenia konkretnego dokumentu wskazał, iż go nie złoży, kwestionując jednocześnie możliwość wezwania go do złożenia tego dokumentu przez zamawiającego (ponownie warto zauważyć, iż czynność wezwania nie została, jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, zakwestionowana poprzez złożenie od niej odwołania). Przystępujący zatem z jednej strony oświadczył, że spełnia warunki do udziału w postępowaniu, powołał się na decyzję, która przedmiot postępowania nie dotyczyła, a z drugiej podtrzymał swoje stanowisko o tym, iż przedstawiony dokument jest wystarczający, przytaczając fragment treści SIWZ z pominięciem treści, która przywołany warunek wiązała z przedmiotem zamówienia (terenem Gminy Kluczbork) i nie zdecydował się na zaskarżenie wezwania pomimo, iż go nie zrealizował.

Powyższe wskazuje jednoznacznie na świadomość po stronie PHU Komunalnik - Sp. z o. o., że spółka w rzeczywistości nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, albowiem nie złożyła ona stosownego i wymaganego przez zamawiającego dokumentu. Zamiast tego, przystępujący zaofertował zamawiającemu inny dokument, nie dotyczący przedmiotu zamówienia, wiążąc go z oświadczeniem, że warunki udziału w postępowaniu spełnia. Jednocześnie pominięcie w piśmie datowanym na dzień 04.09.2018 r. tych elementów SIWZ, które dla ferowanej przez przystępującego interpretacji warunku, w sposób jaskrawo sprzeczny z jego treścią, były niekorzystne - w tym jakichkolwiek odniesień do samego wezwania z dnia 31.08.2018 r. oraz przedmiotu zamówienia i powiązania tego przedmiotu z wymaganiami zamawiającego, a także brak zaskarżenia wezwania, wskazują w sposób jednoznaczny na umyślne działanie - przystępujący „wyciął” z lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ - kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, elementy treściowe wskazujące na fakt, że zezwolenie na zbieranie odpadów oraz zezwolenie na przetwarzanie odpadów komunalnych ma dotyczyć odpadów będących przedmiotem zamówienia. Powyższe wskazuje jednoznacznie na fakt, iż stanowisko przystępującego nie było błędem, czy też zwyczajnie niezasadną interpretacją, a było skalkulowane na przekonanie zamawiającego do dokonania czynności sprzecznej z prawem. Ponadto nie było okolicznością sporną, że przystępujący wystąpił do Starosty Kluczborskiego o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów dotyczącego Gminy Kluczbork.

Dokonując kwalifikacji ustalonego na podstawie ww. dokumentów zachowania przystępującego, wypełniając wymóg wskazany w art. 196 ust. 4 p.z.p. Izba, zgodnie z jednolitą linią orzecniczą, celnie określoną m.in. w wyrokach z 14.03.2017 r. sygn. akt

348/17, z 18.04.2018 r. sygn. akt 576/18, z 12.05.2017 r. sygn. akt KIO 836/17, z 19.06.2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, z 10.07.2017 r. sygn. akt KIO 1257/17, wskazuje co

następuje.

Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu,
3. przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;

natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. dla jego zastosowania wymaga łącznego zaistnienia poniższych przesłanek:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Na wstępie rozważań prawnych odnoszących się do stwierdzonych okoliczności faktycznych skład orzekający w niniejszej sprawie stwierdza, co do interakcji pomiędzy mającymi zastosowanie podstawami wykluczenia, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., będąca kwalifikowanym wprowadzeniem zamawiającego w błąd, absorbuje hipotezę art.

24 ust. 1 pkt 17 ustawy p.z.p.

Następnie Izba przyjmuje, że pierwszą i wspólną przesłanką stwierdzenia, że

zastosowanie znajdzie sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy obu ww. przepisów jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, które polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

W ocenianym stanie faktycznym stan taki powstał z powodu wprowadzenia zamawiającego przez przystępującego w błąd co do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu - choć zamawiający wymagał (i wezwał do) złożenia dokumentu zezwolenia (decyzji) odnoszącej się do przedmiotu zamówienia, otrzymał od przystępującego inny dokument, do przedmiotu zamówienia się nie odnoszący (wydany przez inny organ, dotyczący innego obszaru), jednocześnie w formule kontestacji warunku, przy przytoczeniu jedynie części jego treści, połączonego z obszernie wyartykułowanym stanowiskiem, iż zamawiający naruszy prawo domagając się dokumentu określonego w SIWZ i wezwaniu (pomimo iż ani jedno, ani drugie nie zostało zaskarżone). Stanowisko to, jak wynika z dalszego rozwoju czynności zamawiającego (przyjęcie oświadczenia i dokumentu i przystąpienie do czynności oceny ofert) wywołało po stronie zamawiającego przekonanie, iż w istocie przystępujący spełnia warunek, a złożone przez niego w tym zakresie oświadczenie jest zgodne z prawdą - pomimo, iż wprost zgodne z prawdą nie było.

Stan błędu po stronie zamawiającego doprowadził finalnie do tego, iż przystępujący nie został wykluczony z postępowania pomimo, iż na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., które w odniesieniu do danego oświadczenia dokonywane jest jednokrotnie i nie może być powtórzone, o ile wezwanie było prawidłowe i kompletne (por. wywód zawarty na wstępie; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27.03.2018 r., sygn. akt KIO 493/18) nie przedstawił żadanego dokumentu, a w konsekwencji podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. („Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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”). Wezwanie zamawiającego do przedłożenia właściwej decyzji w sprawie było konkretne i jasne - precyzyjnie wskazywało na to, jakiego dokumentu zamawiający wymaga i znajdowało oparcie w treści SIWZ.

Należy przy tym zauważyć, że dla wyczerpania hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. nie jest istotne ani to, czy informacje wprowadzające w błąd były możliwe - względnie jak łatwe były - do wykrycia, nie jest również relewantne to, czy zamawiający dał się w błąd wprowadzić z uwagi na własne niedbalstwo, lub przyczynił się do zaistnienia błędu po swojej stronie - istotny jest jedynie stopień zawinienia wykonawcy, który polega na nieprawdziwej informacji celem wywołania tego błędu.

W niniejszej sprawie Izba ustaliła, iż przystępujący - wprowadzając zamawiającego w błąd co do spełniania warunku oraz braku podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, działał z najwyższym stopniem zawinienia - umyślnie. Wskazuje na to skalkulowany sposób formułowania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, intencjonalnie zafałszowujący zarówno stan faktyczny jak i treść SIWZ oraz obszerna argumentacja mająca przekonać zamawiającego, post factum, że stawianie kontestowanego warunku było nadmierne i bezprawne, a także, że sformułowania SIWZ wywołują „wątpliwości”, które zamawiający powinien „rozstrzygnąć” na korzyść wykonawcy pomimo, iż treść SIWZ, jak wywieziono, w rzeczywistości żadnych wątpliwości nie wywoływała, a powoływanie się na okoliczność przeciwną w sposób bezpośredni ujawniało świadomość przystępującego co do tego, że wymagań SIWZ nie spełnia - a pomimo tego przystępujący przekonywał zamawiającego, że spełniać ich w istocie nie musi.

Z powyższego, w zestawieniu z brakiem zaskarżenia treści spornego warunku, a także omówionym już brakiem zainicjowania jego jakiegokolwiek zmiany w trybie przewidzianym przepisami ustawy jednoznacznie wynika, że przystępujący dysponował wiedzą, że ustalonego przez zamawiającego warunku nie spełniał. Przystępujący jednak, choć był tego - jak wynika wprost z zacytowanej korespondencji, w pełni świadomy, zdecydował się na złożenie oświadczenia, że warunek spełnia - a więc nie tylko dysponowania zezwoleniem na zbieranie odpadów, ale zbieranie odpadów będących przedmiotem zamówienia (tj. z terenu Gminy Kluczbork). Dokonując tej czynności, rezygnując przy tym na etapie opublikowania SIWZ ze skorzystania ze środków ochrony prawnej oraz instrumentu przewidzianego w art. 38 ust. 1 p.z.p., a następnie rezygnując z zaskarżenia skierowanego do niego wezwania, przystępujący w sposób ewidentny zmierzał do wywołania u zamawiającego przeświadczenia, że przedłożona decyzja Starosty S. jest wystarczająca, z pełną świadomością, że tak nie jest.

Mając na uwadze całość zacytowanych oświadczeń, oraz wynikający z dokumentów

stan wiedzy przystępującego, z podjętych czynności w sposób jednoznaczny wynika, że przystępujący działał w pełni świadomie i w z góry podjętym zamiarze uzyskania zamówienia poprzez wywołanie u zamawiającego niezgodnego ze stanem faktycznym przekonania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i może - w dacie składania oświadczenia o tym, iż warunek spełnia i może zbierać odpady z terenu Gminy Kluczbork, podczas gdy z materiału dowodowego - w tym niespornego faktu braku stosownej decyzji obejmującej teren Gminy Kluczbork w sposób jednoznaczny wynikało, że tak nie jest. Przystępujący swój zamiar zrealizował i wywołał u zamawiającego przekonanie, że w istocie warunki określone w SIWZ spełnia - nigdy nie podejmując żadnych czynności, aby stan błędu wywołany po stronie zamawiającego uchylić, w tym do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Powyższe okoliczności wskazują, że fakt podania informacji nieprawdziwych w oświadczeniach przystępującego został wykazany w sposób niebudzący wątpliwości, zgodnie z wyżej wskazanymi dowodami wynikającymi z akt sprawy, ponadto charakter informacji wprowadzających zamawiającego w błąd dotyczy wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.), jak też mających wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu - na podstawie tychże informacji zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. (art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.). Ponadto jak już Izba stwierdziła powyżej przystępujący działał umyślnie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, poprzez świadome zachowanie ukierunkowane na uzyskanie zamówienia poprzez wywołanie po stronie zamawiającego przekonania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16), co wypełnia również przesłankę działania w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.), które są mniej ukierunkowanymi typami winy (nieumyślnej, w odróżnieniu od umyślnej, stwierdzonej w niniejszej sprawie).

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ. Ponadto, pomimo braku aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia, wydanego na podstawie przepisów ustawy o odpadach - brak zezwolenia wydanego przez Starostę miejscowo właściwego dla wykonania przedmiotu zamówienia, zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w sytuacji, w której przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający naruszył również art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. poprzez brak wykluczenia przystępującego, pomimo, iż wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, lecz zostało zaabsorbowane przez naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. omówione powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła zarzut postawiony w pkt 2 petitum odwołania jako naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. oraz art. 24 ust.

1 pkt 16 i 17 p.z.p., przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o.

we Wrocławiu z postępowania, pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia w zakresie odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01 oraz odpadów wielkogabarytowych o kodzie 20 03 07 i podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie.

Zgodnie z lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ - kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej (vide pkt II pkt 1 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że „posiadają (...) zezwolenie na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach, w przypadku, gdy wykonawca zamierza prowadzić przetwarzanie odpadów we własnym zakresie. W przypadku, gdy wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich przetwarzania, umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie.”

Izba stwierdziła, że na kanwie treści warunku, dotyczącego wymagania posiadania odpowiednich uprawnień, żądano posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych, będących przedmiotem zamówienia, wydanego na podstawie ustawy o odpadach. Natomiast w przypadku braku pozwolenia wykonawca winien wykazać się posiadaniem „umowy na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie”. Zatem, w oparciu o wykładnię literalną warunku, stwierdzić należy, że wykonawca, który nie posiada własnego pozwolenia na przetwarzanie odpadów o wymogach wskazanych

w warunku, powinien posiadać zawarte umowy na wskazany zakres - na przetwarzanie odpadów, będących przedmiotem zamówienia, z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie - zezwolenie na przetwarzanie odpadów, będących przedmiotem zamówienia.

Należy przypomnieć, że przedmiot zamówienia, o którym mowa w warunku, został określony przez zamawiającego w pkt 1 rozdziału III SIWZ, a szczegółowo w załączniku nr 1 do SIWZ - gdzie zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia są odpady pochodzące od właścicieli nieruchomości z Gminy Kluczbork, a w załączniku nr 1 określono szczegółowo rodzaj odpadów i ich szacunkowe ilości (vide pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Skład orzekający wskazuje, że aktualność w stosunku co do tego zarzutu zachowuje wywód Izby co do dokonywania wykładni treści warunków, które uregulowane są powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, dokonany w zakresie zarzutu nr 1 oraz stanowisko wyrażone w uwagach natury ogólnej, co do zarzutów dotyczących zdolności podmiotowych.

Mając na względzie omówione zasady dokonywania wykładni, zgodnie z przytoczonym w wyroku orzecznictwem Sądu Najwyższego oraz dodatkowo, zasady generalne p.z.p., określone w art. 7 ust. 1 p.z.p., w tym w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, należy wskazać, że warunek zamawiającego można było spełnić w dwojaki sposób:

- posiadając zezwolenie, wydane na podstawie ustawy o odpadach, na przetwarzanie odpadów pochodzących od właścicieli nieruchomości z Gminy Kluczbork,
- posiadając umowy na przetwarzanie odpadów pochodzących od właścicieli nieruchomości z Gminy Kluczbork, zawarte z podmiotami, które posiadają zezwolenie, wydane na podstawie ustawy o odpadach, na przetwarzanie odpadów pochodzących od właścicieli nieruchomości z Gminy Kluczbork.

Postawiony przez zamawiającego warunek posiadania odpowiednich uprawnień weryfikował, czy wykonawca posiada odpowiednie zezwolenie na przetwarzanie odpadów, a w przypadku, kiedy wykonawca nie posiada własnego zezwolenia, to winien posiadać umowy z podmiotami, które te same, co wymagane do samodzielnie spełniającego warunek wykonawcy, pozwolenie posiadają. Wyłącznie taka wykładnia powoduje, że wymagane uprawnienia będą tożsame i nie nastąpi nieuprawnione pogorszenie czy niezasadne uprzywilejowanie pozycji poszczególnych wykonawców, w zależności od ich sytuacji podmiotowej, zatem zostanie zachowany nakaz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie podzieliła próby dokonania interpretacji treści dokumentacji postępowania i dodania do warunku dla podmiotów, które własnego zezwolenia nie posiadają, dodatkowego wymogu określenia czteroletniego terminu obowiązywania umów, z podmiotami posiadającymi zezwolenie na przetwarzanie odpadów, którą przedstawił odwołujący.

Po pierwsze Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby dokonana przez niego, na potrzeby postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, interpretacja treści warunku, poprzez wymóg zawarcia umów na okres realizacji zamówienia - od 01.01.2019 r. do 31.12.2022 r., miała odzwierciedlenie w brzmieniu warunku, nie wskazano również okoliczności, z których można byłoby takie wnioski wywieść. Po wtóre, w ocenie Izby, taka wykładnia powoduje naruszenie naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., gdyż prowadzi do nieuzasadnionego rozróżnienia sytuacji wykonawców wykazujących spełnienie warunku, w zależności od ich sytuacji podmiotowej - czy sami pozwolenie posiadają - wtedy pozwolenie winno być wyłącznie obowiązujące, a pogorszenia sytuacji wykonawców, którzy zezwolenia na przetwarzanie odpadów nie mają i zawrą w tym celu umowy - zawarte umowy nie tylko muszą być obowiązujące, ale dodatkowo miałyby być zawarte na czas określony, tj. cztery lata. Więc dla wykonawcy legitymującego się pozwoleniem wystarczy, że takowe aktualne uprawnienie posiada, a wykonawca, który chce złożyć ofertę w postępowaniu, a pozwolenia nie ma, musiałby zawrzeć umowy na cztery lata, z podmiotami zezwolenie posiadającymi.

Zatem dokonana w tym zakresie przez odwołującego interpretacja warunku, określonego w lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ, jest nie tylko wprost sprzeczna z jego treścią, a również jej przyjęcie doprowadziłaby do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto byłby to wymóg nieproporcjonalny - cztery lata to okres, w którym, co jest okolicznością notoryjną, lokalny rynek może ulegać znacznym przemianom zarówno w zakresie podmiotów świadczących określony katalog usług, warunków ich świadczenia jak i cen.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego co do wymogu zawarcia umów na czas określony czterech lat pozostało nieuprawnione, nadto nie wynika z treści SIWZ czy powszechnie obowiązujących przepisów prawa (tak jak to miało miejsce w zakresie zarzutu nr 1 odwołania) oraz nie mogło odnieść zamierzonego skutku, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Przechodząc do oceny przedstawionych w tym zakresie przez przystępującego dokumentów, Izba wskazuje, że zamawiający, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (vide pkt III ppkt 3 i 5 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), dwukrotnie wzywał przystępującego do przedstawienia umów dotyczących przetwarzania odpadów, w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, który został określony w lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ - wezwania dokonano na kanwie art. 26 ust. 1 p.z.p. oraz w oparciu o art. 26 ust. 3 p.z.p.

Odwołujący podnosił, że nie przedstawiono odpowiednich umów w zakresie przetwarzania odpadów ulegających biodegradacji oraz odpadów wielkogabarytowych. Natomiast w zakresie umów zawartych przez przystępującego ze spółką „EKO - REGION” Sp. z o.o. w Bełchatowie podnoszono, że umowy te posiadają krótszy termin obowiązywania, niż termin realizacji zamówienia, a także, iż zostały one zawarte po dniu składania ofert, który przypadał 23 lipca 2018 r., zatem nie mogą potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ.

Izba podzieliła argumentację odwołującego w zakresie umowy z 01.03.2016 r. zawartej przez przystępującego z Przedsiębiorstwem Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Świdnicy (lit. d ppkt 6 pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). W ocenie Izby z umowy tej nie wynika, aby Przedsiębiorstwem Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Świdnicy przetwarzało odpady, będące przedmiotem zamówienia - pochodzące z Gminy Kluczbork, skoro przedmiotem umowy jest odbiór odpadów z Miasta Jedlina Zdrój (§ 3 umowy). W tym przedłożony przez przystępującego jako dowód, aneks nr 5 z 29.06.2018 r. do przedmiotowej umowy, nie konwaliduje tego braku. Dalej Izba stwierdziła, że umowa z 20.04.2018 r. zawarta przez przystępującego z FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Ścinawce Dolnej (lit. e ppkt 6 pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) również nie dotyczy przetwarzania odpadów będących przedmiotem zamówienia, a dotyczy wyłącznie odpadów z Miasta Kłodzko (§ 1 umowy).

Pomimo, że obie umowy posiadają w przedmiocie przetwarzanie odpadów wielkogabarytowych, to nie potwierdzają spełniania warunku określonego w lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ. Jak już wcześniej wskazano, w postawionym warunku posiadania odpowiednich kompetencji lub uprawnień, zamawiający wymagał, aby umowy potwierdzały przekazywanie wskazanych odpadów - będących przedmiotem zamówienia - od właścicieli nieruchomości Gminy Kluczbork, dla podmiotów posiadających stosowne zezwolenie na przetwarzanie tychże odpadów. Zatem skoro z treści omawianych umów wynika, że Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Świdnicy i FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Ścinawce Dolnej, będą przetwarzać odpady odpowiednio z Jedliny Zdrój i Kłodzka, to umowy te nie potwierdzają, że przystępujący jest uprawniony do przekazywania odpadów, będących przedmiotem zamówienia Gminy Kluczbork, dla podmiotów, z którymi je zawarł. W ocenie Izby odwołujący trafnie podniósł, że umowy te nie potwierdzają, iż przystępujący posiada zawarte umowy na wskazany zakres - odpady, będące przedmiotem zamówienia, bowiem umowy w ogóle odpadów z Gminy Kluczbork nie dotyczą, natomiast ani zamawiający, ani przystępujący, nie wykazali okoliczności przeciwnych.

Następnie Izba stwierdziła, że przystępujący zawarł w zakresie odpadów ulegających biodegradacji i odpadów wielkogabarytowych, w przedmiocie odpadów pochodzących z Gminy Kluczbork, dwie umowy z „EKO - REGION” Sp. z o.o. w Bełchatowie, jednakże umowy te również nie potwierdzają spełniania spornego warunku.

W zakresie odpadów ulegających biodegradacji, o kodzie 20 02 01, przystępujący przedłożył umowę z „EKO - REGION” Sp. z o.o. w Bełchatowie, która została zawarta dnia 23.08.2018 r. (lit. a ppkt 6 pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). W stosunku co do odpadów wielkogabarytowych, o kodzie 20 03 07, przystępujący przedłożył umowę z „EKO - REGION” Sp. z o.o. w Bełchatowie, która została zawarta dnia 07.09.2018 r. (lit. b ppkt 6 pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Obie omawiane umowy, pomimo, że dotyczą odpadów będących przedmiotem zamówienia, zostały zawarte znacznie po terminie na składanie ofert, będącym datą złożenia przez przystępującego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu - oświadczenie zawarte w JEDZ przystępującego, złożone z ofertą datowaną na 20.07.2018 r., zaś ofertę złożono w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, który upłynął 23.07.2018 r. Przy czym należy zaznaczyć, że umowy te zostały zawarte również po terminie, w którym zamawiający zbadał oferty i najwyżej ocenił ofertę przystępującego, bowiem pismem z 14.08.2018 r. wezwano przystępującego do przedłożenia dokumentów, potwierdzających

okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., natomiast umowa z 07.09.2018 r. została zawarta już po drugim wezwaniu - wezwaniu do uzupełnienia, na kanwie art. 26 ust. 3 p.z.p.

Skład orzekający wskazuje, że w wyniku wejścia w życie ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych ustawy (Dz. U. 2016 poz. 1020), zasadą stało się, iż wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenia określone w art. 25a ust. 1 i 2 p.z.p. - w tym przypadku oświadczenie w ramach Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w tym braku podstaw do wykluczenia. Oświadczenie ma być aktualne na dzień składania ofert, zatem warunki udziału w postępowaniu już na ten dzień winny być spełnione. Jest to od lat jedna z podstawowych zasad przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w żaden sposób nie uległa ona zmianie w związku z wejściem w życie wskazanej nowelizacji. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w tym braku podstaw do wykluczenia), tj. że na moment składania tego oświadczenia istnieje stan faktyczny wskazujący na ich spełnienie (tak Izba w wyroku z 31.01.2018 r. sygn. akt KIO 114/18).

Oświadczenia i dokumenty inne, niż wskazane w art. 25a p.z.p., powinny być złożone na wezwanie zamawiającego, wystosowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 p.z.p., jak miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie, jak wynika z art. 26 ust. 1 p.z.p., mającego zastosowanie do spornych dokumentów, dokumenty składane przez wykonawcę winny być „aktualne na dzień złożenia”. Zatem obecnie to nie data wystawienia dokumentu jest decydująca, ale fakt czy składane dokumenty, na dzień ich złożenia, potwierdzają okoliczności objęte oświadczeniem wykonawcy, które zostało złożone wraz z ofertą. Ustawodawca powiązał wymaganą cechę aktualności dokumentów z określonym stanem faktycznym, dotyczącym daty składania ofert. Wystarczające jest obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą nawet po dniu składania ofert, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie, w ramach Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (tak m.in. wyrok Izby z 10.01.2018 r. sygn. akt KIO 2686/17, z 28.09.2017 r. sygn. akt KIO 1927/17). Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądów powszechnych, np. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 28.06.2017 r. sygn. akt II Ca 1019/17, gdzie wskazano „zauważyć też trzeba, że art. 26 ust. 3 PZP po nowelizacji z 2016 r. nie zawiera tak jak uprzednio, stwierdzenia, że uzupełniane oświadczenia i dokumenty mają zawierać oświadczenie spełnienia wymogów na dzień składania ofert, choć oczywiście muszą na tę datę zachowywać aktualność zgodnie z art. 25a ust. 1 PZP. Innymi słowy, oświadczenia uzupełniane mają zachowywać aktualność na dzień składania ofert, natomiast data składania uzupełnianych dokumentów jest datą składania oświadczenia o uzupełnieniu czy poprawieniu.”

Na podstawie całokształtu ustalonych okoliczności sprawy, skład orzekający stwierdził, że w dacie składania JEDZ przystępujący złożył oświadczenie, że warunki określone przez zamawiającego spełnia, natomiast złożone później dokumenty, niezależnie od daty ich złożenia, wprost potwierdzają okoliczność, że przystępujący nie posiadał i nie posiada uprawnień do wykonywania działalności gospodarowania odpadami w zakresie ich przetwarzania - bowiem umowy, którymi posiadanie wymaganej przez zamawiającego zdolności przystępujący wykazywał nie dotyczą przedmiotu objętego warunkiem, lub zostały zawarte znacznie po dniu, w którym złożono oświadczenie, że warunek ten przystępujący spełnia. Pomimo, że umowy są aktualne na dzień ich złożenia, to wprost wskazują, że odwołujący warunku nie spełniał, natomiast oświadczenie złożone w ofercie jest niezgodne z rzeczywistością.

Zatem z przedłożonych przez przystępującego środków dowodowych wynika, że złożone przez niego w ofercie oświadczenie w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w terminie składania ofert, tj. 23.07.2018 r., jest wadliwe, bowiem na dzień złożenia oświadczenia nie posiadał on zawartych stosownych umów, które wykazałyby, że przystępujący spełnia wymóg posiadania uprawnienia do przetwarzania odpadów, będących przedmiotem zamówienia. Przedstawienie przez wykonawcę umów, których zawarcie nastąpiło po ponad miesiącu od otwarcia ofert, wprost wskazuje, że oświadczenie z oferty jest niezgodne z rzeczywistością i wprowadzało zamawiającego w błąd.

Ponadto reszta umów, przedłożonych przez przystępującego - wskazanych w pkt III ppkt 4 i 6 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia uzasadnienia, nie dotyczy odpadów biodegradowalnych i wielkogabarytowych, więc również nie potwierdzają one spornych okoliczności.

Izba częściowo podzieliła stanowisko odwołującego, że wyżej opisane wprowadzenie zamawiającego przez przystępującego w błąd, w ustalony stan faktyczny sprawy, wskazuje, że przystępujący winien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o art.

24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., natomiast twierdzenia odwołującego, że działanie przystępującego wypełnia hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., pozostało w ocenie Izby niewykazane.

Wывód Izby w przedmiocie zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., wskazany co do zarzutu nr 1 zachowuje również swoją aktualność w zakresie omawianego zarzutu nr 2 odwołania. Niecelowe jest ponawianie tej treści, tym niemniej należy wskazać, że przedstawienie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd - w zakresie nieprawdziwego oświadczenia przystępującego, o posiadaniu umów, wymaganych na spełnienie warunku określonego w lit. d pkt 2.1 rozdziału VI SIWZ - było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa i miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. stanowi o wykluczeniu wykonawcy kiedy informacje

wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności - rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa - kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien był przewidzieć.

Izba przyjęła, na podstawie art. 14 p.z.p., że do oceny czynności wykonawcy w tym zakresie, stosuje się art. 355 § 1 k.c. dotyczący należytej staranności i przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego miernika staranności, dodatkowo zaznaczając, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zaś, co do zasady, za takiego profesjonalistę należy uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie wywiedzione okoliczności, nie sposób jest przyjąć, że postępowanie przystępującego nacechowane było w tym przypadku zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd w sposób świadomy i skalkulowany - przystępujący umowy zawarł, ale uczynił to dopiero po złożeniu oświadczenia, iż warunek spełnia. Dowodzi to raczej, w świetle zasad doświadczenia życiowego, że przystępujący - pomimo zawodowego charakteru swojej działalności, zaniechał dochowania już nawet nie wymaganej w profesjonalnym obrocie, a jakiegokolwiek staranności w zakresie zabezpieczenia spełnienia warunku na moment złożenia oferty i niedbale potwierdził okoliczność nierzeczywistą na moment składania oświadczenia. Nie sposób jest jednak przyjąć, przynajmniej w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, aby uczynił to w zamiarze bezpośrednim bądź ewentualnym.

Zatem w ocenie Izby, działanie przystępującego, będącego profesjonalnym uczestnikiem rynku gospodarowania odpadami, mając na uwadze stan rzeczy ustalony w postępowaniu, wypełniło hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., ponieważ było niedbale i miało wpływ na wynik postępowania, bowiem zamawiający uznał, że przystępujący spełnia sporny warunek w postępowaniu, kiedy winien wykonawcę wykluczyć.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., ponieważ zaniechał wykluczenia przystępującego, pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych, będących przedmiotem zamówienia co do odpadów ulegających biodegradacji oraz odpadów wielkogabarytowych, ponadto zamawiający zaniechał wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo, że przystępujący w tym zakresie wprowadził zamawiającego w błąd, określony w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

Kolejny zarzut - nr 4 z petitum odwołania - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania, pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonywaniu wymaganych dwóch usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - wykazanie wykonywania obu usług na terenie tej samej gminy, okazał się nieuzasadniony i jako taki podlegał oddaleniu.

Zgodnie z ppkt 2.3.2 pkt 2 rozdziału VI SIWZ - zdolność techniczna lub zawodowa (vide pkt II pkt 3 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.: wykonywali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie usługi

polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w sposób ciągły, przez okres co najmniej 12 miesięcy, w ilości minimum 10.000 Mg rocznie z terenu jednej gminy wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Na dowód spełniania omawianego warunku przystępujący przedstawił wykaz wykonanych usług, zawierający dwie różne usługi na rzecz Gminy Wałbrzych, wykonywane w sposób ciągły, przez okres ponad 12 miesięcy, w ilości odpadów przekraczających wymagania zamawiającego wraz z poświadczeniami, wskazane w pkt III ppkt 2 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. W ocenie Izby usługi te w sposób prawidłowy potwierdzają spełnienie spornego warunku, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Jak wynika z treści analizowanych postanowień SIWZ, zamawiający wymagał udokumentowania dwóch usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 12 miesięcy, w minimalnej ilości 10.000 Mg, z terenu jednej gminy. Nie budzi zatem wątpliwości, zwłaszcza uwzględniając brak pytań wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz brak zaskarżenia postanowień SIWZ w tym zakresie, że zamawiający wymagał, aby obydwie usługi były wykonane lub wykonywane na terenie jednej gminy. Natomiast dla przyjęcia interpretacji odwołującego konieczna byłaby zmiana SIWZ, zaś odwołujący nie wykazał żadnych okoliczności, które wskazywałyby w tym przypadku na konieczność odmiennej interpretacji spornego warunku i odejście od wykładni literalnej. Co do twierdzeń, że zamawiający wymagał realizacji więcej niż jednego zamówienia określonego typu, argumentacja ta budzi wątpliwość, bowiem po pierwsze brak jest takiej treści w dokumentacji postępowania, po wtóre brak jest w odwołaniu argumentów za wywiedzeniem takiego sformułowania z treści warunku.

W konsekwencji należało przyjąć, iż wykonawca PHU Komunalnik - Sp. z o.o., przedstawiając na wezwanie zamawiającego z dnia 27.07.2018 r. wykaz wykonanych usług oraz uwierzytelnione kopie poświadczeń wydane przez Urząd Miejski w Wałbrzychu, potwierdzające należyte wykonywanie rzeczonych usług, wykazał spełnianie spornego warunku, zaś zarzuty formułowane przez odwołującego okazały się być bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut oznaczony w petitum odwołania nr 5 -

naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania, pomimo niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonywaniu wymaganych usług, polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - brak należytego wykonania usług podanych w wykazie doświadczenia przez Komunalnik i podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie. Zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym i jako bezpodstawny podlegał oddaleniu.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (vide pkt III ppkt 1 i 2 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) wykonawca PHU Komunalnik - Sp. z o. o. przedstawił dwa poświadczenia wydane przez Urząd Miejski w Wałbrzychu z dnia 05.06.2018 r., na potwierdzenie należytego wykonania dwóch usług zawartych w wykazie usług wykonawcy, przedłożonego w ramach spełnienia warunku określonego w ppkt 2.3.2 pkt 2 rozdziału VI SIWZ.

Odwołujący kwestionował prawdziwość okoliczności potwierdzonych tymi poświadczeniami wskazując, że w ocenie odwołującego przedmiotowe usługi były wykonywane niezgodnie z obowiązującym prawem, a więc nie mogą być uznane za usługi wykonywane należycie. Zdaniem odwołującego przystępujący dopuścił się w ich trakcie i w związku z ich wykonywaniem, naruszenia przepisów ustawy o odpadach, jak też warunków decyzji Prezydenta Miasta Wałbrzycha z dnia 10 listopada 2016 r., znak: BOŚ.6233.27.2016., zezwalającej przystępującemu na zbieranie odpadów w posiadanej bazie - Stacji Przeladunkowej Odpadów Komunalnych, zlokalizowanej przy ul. Uczniowskiej 21.

Na dowód swoich twierdzeń odwołujący przedstawił informator dla gmin i instytucji o przykładach łamania prawa w gospodarce odpadami „Jak uniknąć skandalu?” - wydawany przez Fundację Eko Patrol Dolny Śląsk, kopię decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2018 r., znak: DKGO420/475/2017/ge i kopię decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska we Wrocławiu z dnia 24 czerwca 2017 r., znak: DW-DI.7062.2.2017.id, przy czym wniosek dowodowy w zakresie informatora i decyzji Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska we Wrocławiu, został przez odwołującego wycofany.

Mając na uwadze, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem skargowym, kontradyktoryjnym, w którym dysponentem twierdzeń i dowodów przedstawianych na ich poparcie jest strona, która dane dowody zgłasza, a ciężar spoczywa na tym, kto z okoliczności powoływanych wywodzi skutki prawne (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 19.03.2008 r., sygn. akt XIX Ga 92/08, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 141/17, KIO 2616/17, KIO 2375/14) stwierdzić należy, co do zasady - z uwagi na brak regulacji przeciwnej, cofnięcie wniosku dowodowego w postępowaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą jest dopuszczalne, przy czym z oczywistych przyczyn może rodzić dla strony, która rezygnuje z przeprowadzenia dowodu określone konsekwencje procesowe, w tym negatywne - wynikające z braku materiału dowodowego, którym twierdzenia strony mogłyby zostać poparte (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.04.2013 r., sygn. akt I ACa 325/13, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 04.02.2016 r., sygn. akt VI Ga 355/15). Z uwagi na to, Izba w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę uznała wycofanie przez odwołującego wniosków dowodowych za dopuszczalne.

Przystępujący podniósł, że decyzja Głównego Inspektora Ochrony Środowiska w Warszawie w żaden sposób nie został powiązana przez odwołującego z usługami, których dotyczą poświadczenia, a ponadto od decyzji wniesiono skargę do Wojewódzkiego Sądu

Administracyjnego, zatem nie jest ona prawomocna.

Z uwagi na wycofanie wniosku dowodowego przez odwołującego, Izba podzieliła w zakresie omawianego zarzutu stanowisko przystępującego pomimo faktu, iż pozostało ono zasadniczo gołosłowne. Jednakże to na odwołującym jako stronie - na mocy art. 190 ust. 1 p.z.p. oraz art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. - spoczywał ciężar wykazania związku pomiędzy kwestionowanymi poświadczeniami, a przedstawioną decyzją. Ciężarowi temu odwołujący w zakresie stawianego zarzutu nie sprostał.

W konsekwencji, w braku wniosku bądź twierdzenia, które mogłoby powiązać materię przedłożonych decyzji z realizacją umów, na które powołał się przystępujący celem wykazania spełnienia wymogu wiedzy i doświadczenia, a także faktem, że nie wykazano aby decyzja posiadała przymiot prawomocności, Izba oddaliła zarzut odwołującego w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., wskazujący na nieprawdziwość oświadczenia przystępującego w zakresie należytego wykonania dwóch usług, jako zarzut pozbawiony podstaw faktycznych i nieuzasadniony.

Zarzut nr 6 z petitum odwołania - naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust.

1 pkt 12 p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania, pomimo podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w przedmiocie dysponowania odpowiednią do przedmiotu zamówienia bazą transportową - okazał się bezpodstawny i jako taki został przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalony.

Na uzasadnienie omawianego zarzutu odwołujący zaoferował bardzo obszerne twierdzenia, rozpoczynając od przywołania treści lit. e ppkt 2.3.1 pkt 2 rozdz. VI SIWZ oraz pkt 6 ppkt 8 załącznika nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący następnie przystąpił do opisanego wymagań dotyczących bazy transportowej i wskazał, że skoro przystępujący wskazał, iż do obsługi Gminy Kluczbork zamierza wykorzystywać bazę przy ul. Kochłowice, gmina Byczyna, a także oświadczył, iż przedmiotowa baza spełnia wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia oraz przepisach Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w szczególności, że zagospodarowanie wód opadowych i ścieków odbywa się zgodnie z przepisami prawa wodnego, to należy stwierdzić, iż podał nieprawdziwe informacje, m.in. w związku z niezapewnieniem spełnienia wymogów rozporządzenia oraz brakiem pozwolenia wodnoprawnego.

Według odwołującego, przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenie w pkt 17 swojej oferty i potwierdził je później w wykazie sprzętu do wykonania przedmiotu zamówienia (poz. 5), który złożono przy piśmie z dnia 02.08.2018 r., jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 27.07.2018 r. (vide pkt III ppkt 1 i 2 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Ponadto stanowisko swoje przystępujący powtórzył i uzupełnił po wezwaniu zamawiającego z dnia 06.08.2018 r. do wyjaśnień w przedmiocie, czy oferowana baza spełnia wymagania SIWZ i przepisów prawa, a także o podanie adresu bazy. Pismem z dnia 08.08.2018 r. przystępujący wyjaśnił, iż do obsługi Gminy Kluczbork zamierza wykorzystywać bazę przy ul. Kochłowice, gmina Byczyna, a także oświadczył, iż przedmiotowa baza spełnia wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia oraz przepisach rozporządzenia w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w szczególności, że

zagospodarowanie wód opadowych i ścieków odbywa się zgodnie z przepisami prawa wodnego (vide pkt IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Obszerne przytaczanie wywodów dotyczących pozwolenia wodnoprawnego nie wydaje się celowe mając na uwadze, iż przystępujący przyznał, iż takie pozwolenie jest wymagane oraz przedstawił je na rozprawie jako dowód - decyzja Starosty Kluczborskiego z 17.03.2017 r. znak ROŚ.6341.7.2017.MG - dowód ten nie został zakwestionowany przez żadną ze stron.

Natomiast odwołujący, poza twierdzeniami, nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność braku spełniania wymogów zamawiającego, ani nawet nie uprawdopodobnił jakie konkretnie wymogi jego zdaniem, poza omówionym pozwoleniem wodnoprawnym, miałyby nie zostać spełnione, materia omawianego zarzutu pozostała pusta.

Odwołujący co prawda wniósł o powołanie dowodu z zeznań świadków na wykazanie, że baza przystępującego wymogów SIWZ nie spełnia, ale mając na względzie brak wskazania w zarzucie jakie konkretnie okoliczności odwołujący kwestionuje, fakt, że w charakterze świadków mieliby zostać przesłuchani pełnomocnicy odwołującego, a więc osoby zastępujące stronę, zaś dowód został zgłoszony na rozprawie, Izba doszła do przekonania, że dowód ten nie będzie przydatny dla rozstrzygnięcia sprawy, doprowadzi do przedłużenia postępowania i stanowi w istocie próbę transponowania do postępowania nowych, nie określonych w odwołaniu okoliczności faktycznych (nie dotyczących w istocie spełniania przez bazę wymogów SIWZ, a jej ogólnego stanu technicznego) i w konsekwencji tenże wniosek dowodowy Izba oddaliła.

Warto przy tym zauważyć, że pełnomocnicy odwołującego oświadczając, że byli na terenie bazy wskazanej przez przystępującego, i zostali oni oprowadzeni po obiekcie przez jego właścicielkę, i naocznie stwierdzili, że „budynek, który się tam znajduje wymaga znacznych nakładów inwestycyjnych i nie może spełnić wymagań zamawiającego” nie wskazali ani na to jakie konkretnie problemy zauważyli, ani nie przedłożyli żadnej dokumentacji, która mogłaby zostać oceniona obiektywnie (np. fotograficznej). Z uwagi na to, oględziny subiektywnych, zainteresowanych wynikiem postępowania obserwatorów mogły co najwyżej dokumentować ich spostrzeżenia, nie zaś stan obiektywny, który byłby przydatny dla poczynienia ustaleń w przedmiocie faktycznej przydatności omawianej bazy dla celu, dla którego przystępujący chciał go wykorzystać oraz spełniania warunku posiadania zdolności

technicznej, w zakresie odpowiedniej bazy transportowej.

Z uwagi na powyższe, materia zarzutu pozostała w sferze spekulacji i polemiki z oświadczeniem przystępującego, nie popartych żadnymi dowodami, które mogłyby wzruszyć dokonaną przez zamawiającego ocenę, iż baza, z której przystępujący chce skorzystać spełnia wymagania SIWZ, zatem zarzut ten został przez izbę oddalony jako nieuzasadniony.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzut postawiony w pkt 7 petitum odwołania co do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 p.z.p., przez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu o udzielenie wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny, pomimo, iż cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu, pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie składu rozpoznającego wniesiony środek ochrony prawnej, w stanie na dzień orzekania, odwołujący nie wykazał stanowczych podstaw do jednoznacznej oceny, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, zatem zarzut ten został przez Izbę oddalony.

U podstaw wydanego orzeczenia legło wykazanie przez odwołującego, że stan rzeczy ustalony w postępowaniu wypełnia hipotezę art. 90 ust. 1 p.z.p., tj. w ocenie Izby, zamawiający winien wdrożyć procedurę weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny oferty, zgodnie z ww. normą, gdyż cena całkowita, a także istotna część składowa ceny - cena za część C - usługi dodatkowe, zaoferowana przez przystępującego, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zatem Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

w sytuacji, gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności, jest uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący skutecznie wykazał, że zamawiający poprzez zaniechanie wezwania przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. naruszył tą normę, zaś zamawiający i przystępujący nie wykazali okoliczności przeciwnych.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, że ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny, bowiem nie budzi wątpliwości fakt, że przepisy p.z.p., ani wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej, nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i dlatego w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, należy tą kwestię badać ad casum (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15). Tym niemniej, jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28.04.2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, pomimo, że przepisy ustawy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem skoro samo pojęcie rażąco niskiej ceny każdorazowo wymaga w indywidualnej, ustalonej sytuacji konkretyzacji, zaś ustawa p.z.p. nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny, każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji, wartość zamówienia oraz uwarunkowania danego rynku należy rozpatrywać indywidualnie (por. postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Skład orzekający w niniejszej sprawie powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż skoro określenie ceny oferty jako mogącej nosić znamiona rażąco niskiej dokonywane jest w szerokopojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy zamawiający był zobligowany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny oferty, wskazanej w art. 90 ust. 1 p.z.p., w tym badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia wyjaśnienia ceny oferty, tj. „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”, jest dokonywana w okolicznościach faktycznych danego, konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu realiów danego rynku. I pomimo, że w art. 90 ust. 1 p.z.p. ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w przeciwieństwie do art. 90 ust. 1a p.z.p., to w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w hipotezie przepisu - zaistnienie okoliczności powodujących, że cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska i wzbudza wątpliwość, czy możliwym będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania i przepisami prawa - przeradza się to w obowiązek zamawiającego, którego zaniechanie może spowodować negatywne dla niego skutki.

W tym miejscu należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego, który skupił się na procentowej różnicy wartości zamówienia i oferty przystępującego, czy też ofert innych wykonawców, że wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, zgodnie z hipotezą art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zostały zawężone przez ustawodawcę wyłącznie do procentowej różnicy cen ofert do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Ponadto obmiarowy charakter ceny nie zwalnia zamawiającego ze zbadania czy została ona skalkulowana w sposób prawidłowy. Katalog przesłanek zastosowania trybu art. 90 ust. 1 p.z.p. jest katalogiem otwartym - dostosowanym do szerokiego spektrum sytuacji, jakie mogą zaistnieć na rynku zamówień publicznych.

Izba wskazuje również, że nie tylko wątpliwa wysokość ceny całkowitej oferty jest przyczyną do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. W obecnym stanie prawnym również z powodu wątpliwości, co do prawidłowego wycenienia istotnej części składowej oferty, należy zweryfikować jej cenę ogólną. W ocenie Izby istotną częścią składową ceny, w przedmiotowym postępowaniu, są ceny wskazane w pkt 2 rozdziału XIV SIWZ - sposób obliczenia ceny, gdzie zamawiający ustanowił pozycje formularza ofertowego, których sumy stanowią poszczególne tabele, które należało złożyć wraz z ofertą, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Zamawiający wskazał cztery tabele: A - odbiór i zagospodarowanie odpadów, B - wyposażenie nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki odpadów, C - usługi dodatkowe D - dzierżawa pojemników. Tabele te zawierają po kilka lub kilkanaście pozycji szczegółowych, określonych przez zamawiającego.

Należy również zauważyć, że zamawiający żądał podania w ofercie ceny całkowitej i cen jednostkowych, które następnie miały być przeniesione do odpowiednich pozycji

przyszłej umowy - zgodnie z § 8 wzoru umowy, załącznik nr 8 do SIWZ, zaś wynagrodzenie wykonawcy rozliczane jest miesięcznie - na podstawie miesięcznych zestawień rzeczywiście wykonanych usług oraz cen jednostkowych ryczałtowych odbioru i zagospodarowania odpadów, cen jednostkowych ryczałtowych usług dodatkowych oraz cen jednostkowych ryczałtowych za wyposażenie nieruchomości w worki do selektywnej zbiórki odpadów objętych niniejszą umową (§ 8 ust. 9 wzoru umowy).

Zatem, zgodnie z aktami postępowania odwoławczego, zamawiający dysponował ceną globalną za wykonanie zamówienia, wskazaną w formularzu ofertowym, jak również kalkulacją ceny całkowitej w formie ww. tabeli, z podziałem na poszczególne składniki ceny. Jest to okoliczność znamienne, gdyż w ocenie Izby wypełnione pozycje załącznika nr 2 do SIWZ, w tym cztery tabele A - D, wskazane przez zamawiającego - gdyż to zamawiający podzielił wynagrodzenie na ważne dla niego elementy - stanowią istotne części składowe ceny, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p.

Zamawiający, aby poprawnie zastosować normę art. 90 ust. 1 p.z.p., musi poddać zaistniały w sprawie stan faktyczny krytycznej analizie pod kątem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, przy uwzględnieniu weryfikacji wartości istotnych części składowych ceny. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba, w toku orzekania, porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć w ten wzorzec konieczność ustalenia, czy należycie działając zamawiający w danym stanie rzeczy powziąłby takie wątpliwości czy też nie. Dokonując tej analizy, na kanwie okoliczności niniejszej sprawy, skład rozpoznający wniesione odwołanie doszedł do przekonania, że u zamawiającego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji postępowania i przepisów prawa, powinny być powstać, zaś cena całkowita oferty, a także jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie.

Skład orzekający w pełni podziela stanowisko i argumentację odwołującego, co do okoliczności, które wskazują na wypełnienie w ustalonym stanie rzeczy hipotezy art. 90 ust. 1 p.z.p.

Z zestawienia czterech cen ofert złożonych w postępowaniu wyraźnie wynika, że oferta przystępującego o najniższej cenie w postępowaniu, w kwocie 27 710 727,12 zł, jest znacznie tańsza od kolejnych trzech ofert - od kolejnych dwóch w rankingu dzieli ją około 6 000 000,00 zł, zaś od najdroższej kwota dwukrotnie wyższa. Należy wziąć pod uwagę, jak istotną wytyczną są ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach i potraktować je jako odzwierciedlenie poziomu cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, jako ceny kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego.

Jest to okoliczność istotna, gdyż w przedmiotowym postępowaniu wszystkie złożone oferty różni jedynie cena - w pozostałych kryteriach oceny ofert wszyscy wykonawcy uzyskali po tyle samo punktów. Wobec zaoferowania tożsamyh warunków każdy wykonawca zdobył 40 punktów za pozostałe kryteria oceny ofert (1) częstotliwość odbioru i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego z zabudowy jednorodzinnej, 2) częstotliwość odbioru i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego,

3) funkcjonowanie biura obsługi klienta), zatem oferty różniła wyłącznie cena ofertowa.

W ofercie przystępującego składnik ceny, w postaci kwoty za część C - usługi dodatkowe, nie tylko znacząco odbiega od cen konkurencji, ale powoduje, że w tej pozycji u przystępującego występuje strata. Zgodnie z przeliczeniem cen jednostkowych i poszczególnych szacunkowych ilości usług dodatkowych, objętych zamówieniem, w cenie określonej w pozycji C formularza ofertowego przystępującego występuje strata w wysokości 120 467,00 zł. Zatem o ile usługi w części A - odbiór i zagospodarowanie odpadami w poszczególnych pozycjach tabeli przystępującego powodują stratę i zysk, ale łącznie powoduje to zysk w wysokości 535 687,78 zł, to taka sytuacja nie występuje co do usług dodatkowych z pozycji C oferty.

Ponadto, jak już wcześniej Izba stwierdziła, należy mieć również na uwadze, że jest to składnik wyodrębniony przez zamawiającego w wymaganej tabeli - zamawiający wymagał informacji co do jego wysokości, uznając go za znaczący. W ocenie Izby jest to więc istotny składnik cenotwórczy, który został skalkulowany przez przystępującego na poziomie straty i powinien zostać zweryfikowany, bowiem istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że cena całkowita oferty tak odbiega od innych złożonych w postępowaniu ofert właśnie ze względu na budzącą wątpliwość kalkulację ceny za usługi dodatkowe, co w konsekwencji powoduje wątpliwości co do realności całkowitej ceny ofertowej przystępującego. Okoliczność ta budzi dodatkowo wątpliwość co do merytorycznej zgodności zobowiązania zawartego w ofercie z wymaganiami dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Natomiast każdy przypadek sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia należy badać szczególnie wnikliwie, gdyż istnieje prawdopodobieństwo zaistnienia w tym przypadku deliktu, określonego w art. 15 u.z.n.k.

Izba stwierdziła również, że co do odpadów wielkogabarytowych i ulegających biodegradacji, że wbrew wymogom zamawiającego, przystępujący w momencie składania oferty, wymaganych umów na przewóz odpadów nie posiadał, zatem budzi to wątpliwość co do podstawy skalkulowania cen za te odpady, skoro umowy zawarto w sierpniu i wrześniu br., kiedy cenę oferty przystępujący kalkulował w lipcu. Zamawiający, który otrzymał umowy z terminem ich zawarcia miesiąc i dłużej, od momentu złożenia oferty, winien wyjaśnić jak kalkulowano ceny za rzeczony odpady i na jakiej podstawie.

W ocenie Izby, na podstawie przedłożonych przez odwołującego dowodów w postaci kalkulacji wraz z dowodami dotyczącymi odpowiednio poszczególnych pozycji kalkulacji, które w znacznej części objęto tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący uprawdopodobnił, że należy zweryfikować przyjęte przez odwołującego koszty wynagrodzenia personelu, utrzymanie i ubezpieczenie kosztów transportu, obciążenia publicznoprawne i koszty paliwa, a także ewentualnie inne koszty, których wysokość powinna być udowodniona przez przystępującego.

Przystępujący w tym zakresie przedłożył kalkulację, którą również objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednakże wybiórcza kalkulacja nie jest w stanie zastąpić postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny, na kanwie art. 90 ust. 1 p.z.p., gdyż nie jest odpowiedzią na ukierunkowane wezwanie zamawiającego, posiada jedynie kilka pozycji wybranych przez przystępującego i co najistotniejsze, brak jest dowodów, które w oparciu o art. 90 ust. 2 p.z.p., wykonawca wraz z sposobem kalkulacji ceny winien złożyć.

Tym niemniej w ocenie składu orzekającego dowód przedłożony przez przystępującego w postaci kalkulacji, której nie poparto żadnym dowodem, jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia postępowania, gdyż oceniając działania i zaniechania zamawiającego Izba weryfikuje prawidłowość czynności w oparciu o dokumentację, którą zamawiający posiadał, zaś kalkulacja, przedłożona dopiero na rozprawie, w postępowaniu przed zamawiającym nie istniała i nie stanowiła podstawy dla jego czynności. Postępowanie odwoławcze ma na celu kontrolę poprawności działań i zaniechań zamawiającego, a pisma składane w toku postępowania odwoławczego nie powinny stanowić substytutu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p.

Zamawiający zaś nie wykazał okoliczności przeciwnych, poprzestając na niczym nie popartych twierdzeniach, iż cena nie jest rażąco niska, ponieważ przekracza kwotę, na którą zamawiający oszacował wartość zamówienia. Umknęło przy tym uwadze zamawiającego, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty tą kwotę przekraczają i to znacznie - ceny są wyższe od kwoty zamawiającego o ok. 2 700 000,00 zł do ok. 14 990 000,00 zł, zatem okoliczność ta powinna również wzbudzić wątpliwości zamawiającego zarówno w zakresie ceny zaoferowanej przez przystępującego, jak i w zakresie prawidłowości dokonanego szacowania.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że gdyby zamawiający prawidłowo zastosował art. 90 ust. 1 p.z.p. i dokonał subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do jego dyspozycji, to wówczas musiałyby po jego stronie powstać uzasadnione wątpliwości co do tego, czy cena zaoferowana przez przystępującego może być rażąco niska, w tym budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, co skutkowałoby zapoczątkowaniem procedury określonej w art. 90 p.z.p. Jednakże wobec braku, po powzięciu rzeczonych wątpliwości, działań przewidzianych w takim przypadku przez ustawę p.z.p., zaniechanie zamawiającego należy ocenić jako naruszenie art. 90 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący podniósł rozpoznawany zarzut jako naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, zaś w sposób ewentualny naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p., jako zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Izba stwierdziła, że w stanie na dzień orzekania odwołujący nie wykazał stanowczych podstaw do jednoznacznej oceny, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, co stanowiłoby podstawę do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Dopiero przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego spowodowałoby odpowiednie i ukierunkowane przez zamawiającego, a zarazem jednoznaczne ustalenie w jaki sposób przystępujący skalkulował ryczałtową cenę oferty i co zostało w niej zawarte, również czy obejmuje pełen zakres zamówienia, w tym szczegółowe wytyczne zamawiającego zawarte w dokumentacji postępowania i w powszechnie obowiązujących przepisach prawa wykonywania usługi gospodarowania odpadami.

Podstawą rozstrzygnięcia Izby, w zakresie oddalenia zarzutów w przedmiocie zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, legła linia orzecnicza, którą podziela skład orzekający w niniejszej sprawie, iż czynność odrzucenia oferty wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 p.z.p. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich przewidzianych prawem możliwości, zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty, w celu jednoznacznego ustalenia co do zgodności oferty z treścią dokumentacji postępowania, zaś podstawa odrzucenia winna być wykazana w sposób oczywisty, co do klarownie wskazanych treści zawartych w ofercie, w powiązaniu z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (por. np. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24.11.2010 r. sygn. akt. II Ca 803/10.).

Tym bardziej, że posiadanie informacji jak przystępujący kalkulował cenę oferty, w tym w szczególności co było podstawą do wyliczenia kosztu w części C - kosztów dodatkowych, w postaci straty, winno być zweryfikowane w oparciu o określone przez ustawodawcę możliwe wady oferty, tj. kalkulacja ta winna być zbadana pod kątem dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ponieważ nie wiadomo czy w ogóle zobowiązanie wykonawcy zawarte w ofercie jest zgodne z tym wynikającym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta może również nie zawierać pełnego zakresu prac, skoro jest niewyceniona w pełnym zakresie, stanowić to może również wadę w postaci błędu w obliczeniu ceny lub kosztu, na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., czego w stanie na dzień wyrokowania, jednoznacznego stwierdzić nie można. Oczywiście też, jak wskazywał odwołujący oferta może po prostu zawierać cenę, która została skalkulowana w wysokości rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., bądź być skalkulowana w sposób prawidłowy, zaś przystępujący w sposób przekonujący wyjaśni co legło u podstaw dokonania takiej wyceny.

Odrzucenie oferty w oparciu o którąkolwiek przesłankę powinno być dokonane w wyniku oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, gdyż zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 p.z.p. stwierdzenie obowiązku odrzucenia oferty wymaga ustalenia tego faktu w sposób niebudzący wątpliwości. Zatem odrzucenie oferty przystępującego winno być poprzedzone właściwym postępowaniem wyjaśniającym, w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. i z aprobatą należy odnieść się do ukształtowanej linii orzecniczej oraz stanowiska doktryny, nakazującego przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w przypadku podejrzenia, że cena może być w sposób nieuzasadniony zaniżona, nie uwzględniająca wymogów zamawiającego, co wyklucza jakikolwiek automatyzm przy stwierdzaniu istnienia rażąco niskiej ceny (tak m.in. Krajowa Izba w Odwoławcza w wyrokach z 21.10.2015 r. sygn. akt KIO 2200/15, z 20.05.2016 r. KIO sygn. akt 750/16, z 5.05.2017 r. sygn. akt KIO 1940/17, z 31.05.2017 r. sygn. akt KIO 1001/17, z 8.02.2018 r. sygn. akt 152/18, por. też wyrok ETS z 22.06.1989 r., sygn. akt C - 103/88).

Konkludując powyższe rozważania, w ocenie Izby, w stanie ustalonym w sprawie, nie można obecnie zastosować art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., gdyż dyspozycja normy wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta podlega odrzuceniu, co nie zostało wykazane przez odwołującego.

Skład orzekający zaznacza, że nie nakazał zamawiającemu przeprowadzenia czynności wyjaśniających sposób kalkulacji ceny przystępującego, w oparciu o art. 90 ust. 1 p.z.p., ponieważ Izba uwzględniła dalej idące zarzuty - powodujące wykluczenie wykonawcy PHU Komunalnik - Sp. z o. o. we Wrocławiu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego badania oferty wykonawcy i wyjaśnienie ceny jego oferty, kiedy wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania, jest niecelowe, bowiem wykluczenie wykonawcy ma dalej idący skutek i absorbuje inne czynności, do których przeprowadzenia Izba mogłaby zamawiającego zobowiązać.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419), przez zaniechanie odrzucenia oferty PHU Komunalnik - Sp. z o. o., pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji cenami za poszczególne części przedmiotu zamówienia, określony w pkt 8 petitum odwołania, jako zarzut przedwczesny, mając na uwadze, że w sprawie winien być najpierw wdrożony tryb wezwania do wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty przystępującego.

Odwołując się do okoliczności wywiedzionych w częściowym uwzględnieniu zarzutu nr 7 z odwołania, należy wskazać, iż w sprawie sposób kalkulacji ceny przystępującego nie był weryfikowany przez zamawiającego.

W związku z powyższym, nie jest możliwe ustalenie jak przystępujący swoją cenę kalkulował, a zatem nie jest możliwe również dokonanie kwalifikacji jego działania przez

pryzmat normy art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 z.n.k.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: