

**WYROK**

**z dnia 9 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 stycznia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 grudnia 2019 r.** przez **wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wisznia Mała,**

przy udziale wykonawcy **Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzut naruszenia art. 22 d ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na wycofanie przez odwołującego wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., z siedzibą we Wrocławiu niniejszych zarzutów;**
- 2. Uwzględnia odwołania w zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu Gminie Wisznia Mała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład**

**Zagospodarowania Odpadów, z siedzibą we Wrocławiu z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

3. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, z siedzibą we Wrocławiu** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **Zamawiającego Gminy Wisznia Mała** kwotę **3.600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) zasądza od **wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **3.600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 2630/19**

## **UZASADNIENIE**

W dniu 23 grudnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., z siedzibą we Wrocławiu (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającego Gminie Wisznia Mała (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych pochodzących z terenu gminy Wisznia Mała” (dalej „**Postępowanie**”):

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz zataił informacje w tym zakresie i który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska w sytuacji gdy wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3.000 złotych;
- 3) art. 22d ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie posiada zdolności do realizacji zamówienia z uwagi na zaangażowanie zasobów technicznych wykonawcy w inne przedsięwzięcie gospodarcze i który wprowadził Zamawiającego w błąd co do dysponowania wymaganym potencjałem technicznym;
- 4) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy

Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w odniesieniu do cen jednostkowych za wywóz odpadów w zakresie frakcji przeterminowanych leków oraz odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych, w szczególności igieł i strzykawek;

- 5) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: (i) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty; (ii) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w jej ramach wykluczenie wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu z postępowania i odrzucenie jego oferty; (iii) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów: 1. Decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r. znak WI.7062.10.2017.RK.MG, W/L dz. 2316/2017 2. Pisma Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 17 grudnia 2019 r. 3. JEDZ-a wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów 4. Oświadczenia wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z dnia 6 grudnia 2019 r. (załącznik nr 7 do SIWZ) 5. Wykazu narzędzi i wyposażenia wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z dnia 6 grudnia 2019 r. (załącznik nr 5 do SIWZ) 6. Miesięcznych Kart Bilansu Odpadów za miesiąc wrzesień 2019 r. 7. Szczegółowych Warunków Umowy na odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna 8. Tabeli ceny stanowiącej załącznik nr 1 do oferty wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów 9. Oferty nr 1 - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA 10. Oferta nr 2 - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA 11. Pisma Ministerstwa Środowiska z dnia 8 maja 2017 r. kierowanego do Dyrektora Departamentu Higieny Środowiska Głównego Inspektoratu Sanitarnego 12. Informacji ze strony internetowej <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/wysypisko-smicci-w-rudncj-wielkicj-chemeko-system-zakazne-odpady-medyczne/8sl3pxj> o nieprawidłowościach dotyczących składowiska odpadów w Rudnej Wielkiej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał co następuje:

Gmina Wisznia Mała prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych pochodzących z terenu gminy Wisznia Mała”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. W przetargu oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (dalej: CHEMEKO) oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu. W dniu 12 grudnia 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu jako najkorzystniejszej oferty.

#### ZANIECHANIE WYKLUCZENIA WYKONAWCY CHEMEKO

W ocenie Odwołującego Zamawiający, dokonując wyboru oferty złożonej przez wykonawcę CHEMEKO, jako oferty najkorzystniejszej naruszył przepisy ustawy, gdyż zaniechał wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz zataił informacje w tym zakresie i który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał, że na mocy decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r. znak WI.7062.10.2017.RK.MG, W/L dz. 2316/2017 na Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów nałożona została administracyjna kara pieniężna w wysokości 35.000 zł za gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadany zezwoleniem na zbieranie odpadów, dowód: decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r. znak WI.7062.10.2017.RK.MG, W/L dz. 2316/2017. Decyzja ta stała się ostateczna i prawomocna z dniem 14 lipca 2017 r. dowód: pismo Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 17 grudnia 2019 r. W ocenie Odwołującego okoliczność ta powinna skutkować wykluczeniem wykonawcy CHEMEKO z postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż Zamawiający przewidział w sekcji VI pkt 1 ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie znajdą nie tylko obligatoryjne przesłanki wykluczenia

wykonawców z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, ale także fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Tym samym okoliczność nałożenia na Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska administracyjnej kary pieniężnej za gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadanym zezwoleniem skutkować powinna wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący wskazał, że wykonawca CHEMEKO zataił informacje o wydaniu wobec niego decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, na mocy której wymierzono mu karę pieniężną w wysokości przekraczającej kwotę 3.000 zł. Co więcej, wykonawca ten dwukrotnie złożył oświadczenie o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. Po pierwsze, CHEMEKO złożyło wraz z ofertą Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, który stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W treści JEDZ (część III sekcja C, s. 10) wykonawca złożył oświadczenie, że wedle własnej wiedzy nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, o których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. dowód: JEDZ wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów Po drugie, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp CHEMEKO przedłożyło oświadczenie wykonawcy z dnia 6 grudnia 2019 r. o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy, dowód: oświadczenie wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z dnia 6 grudnia 2019 r. (załącznik nr 7 do SIWZ). W ocenie Odwołującego takie działanie wykonawcy powinno zostać zakwalifikowane jako świadome wprowadzenie w błąd Zamawiającego lub co najmniej wprowadzenie w błąd Zamawiającego w wyniku niedbalstwa wykonawcy. Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że wykonawca CHEMEKO nie był świadomy istnienia decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r. Tym samym, w ocenie Odwołującego, uprawniony jest wniosek, że CHEMEKO zataiło względem Zamawiającego okoliczność, że wydano wobec niego ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, na mocy której wymierzono mu karę pieniężną w wysokości 35.000 zł. Wszelką dokumentację w imieniu CHEMEKO, tj. ofertę, JEDZ oraz oświadczenie składał i podpisywał R. J., który od 2001 r. jest Prezesem Zarządu spółki Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów. Odwołujący

podkreślił, że zgodnie z przepisem art. 355 § 2 k.c. należyta staranność w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej powinna uwzględniać zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność, która powinna wyrażać się większą zapobiegliwością, rzetelnością i dokładnością w działaniu. Decyzja WIOS nakładająca karę za gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadany zezwoleniem na zbieranie odpadów dotyczyła kwestii mających podstawowe znaczenie dla podmiotu gospodarczego świadczącego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Nie sposób więc tłumaczyć wprowadzenie Zamawiającego w błąd lekkomyślnością wykonawcy, lecz uznać należy, że działanie to miało charakter celowy i zamierzony. Składając ofertę, wykonawca CHEMEKO nie skorzystał z procedury tzw. „samooczyszczenia” przewidzianej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Nie ujawnił on bowiem faktu ukarania go na mocy ostatecznej decyzji administracyjnej wydanej przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska karą pieniężną za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska. Istotne przy tym pozostaje, że pojęcie „przepisy prawa ochrony środowiska” użyte w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp nie może być zawężane jedynie do przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (tekst jednolity: Dz. U z 2019 r. poz. 196 z późn. zm.), lecz odnosić je należy także wobec innych ustaw regulujących problematykę związaną z ochroną środowiska jak np. ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 8 grudnia 2017 r., KIO 2443/17, KIO 2445/17, Izba wskazała, że dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 p.z.p. należy sięgnąć do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i opowiedziała się za szerokim rozumieniem sformułowania „prawo ochrony środowiska” jako zbioru ustaw regulujących kwestię obowiązków w zakresie ochrony środowiska. Podkreślić należy, że nie upłynęły jeszcze 3 lata od dnia, w którym decyzja z dnia 27 czerwca 2017 r. stała się ostateczna, co zwalniałoby wykonawcę z konieczności skorzystania z procedury samooczyszczenia. W stanie faktycznym niniejszego postępowania nie zachodzą więc okoliczności, które w świetle obowiązującego prawa pozwalałyby Zamawiającemu na podjęcie decyzji o niewykluczeniu wykonawcy CHEMEKO z postępowania. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien dawać gwarancję rzetelnego wykonania zamówienia. Wykonawca, który nie skorzystał z procedury samooczyszczenia i który złożył oświadczenia nieodpowiadające prawdzie, które wywołały u Zamawiającego mylne przekonanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania i doprowadziły do wyboru złożonej przez niego oferty, nie może być uznany za wykonawcę rzetelnego. Składając w dniu 22 listopada 2019 r. ofertę, mając pełną świadomość co do okoliczności i skutków wydania wobec niego decyzji administracyjnej z dnia 27 czerwca 2017 r., wykonawca CHEMEKO złożył nieprawdziwe informacje dotyczące okoliczności związanych z

istnieniem wobec niego przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Następnie powtórnie złożył nieprawdziwe informacje, składając w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumenty i oświadczenia potwierdzające brak podstaw do wykluczenia. Złożenie nieodpowiadających prawdzie oświadczeń miało istotny wpływ na wynik postępowania, jako że oferta wykonawcy CHEMEKO została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, w ocenie Odwołującego, uznać należy, że w przedmiotowym postępowaniu zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy CHEMEKO z postępowania o udzielenie zamówienia. Do przyjęcia, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, wystarczające jest, że sama treść przedstawionych mu przez wykonawcę informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Co do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do dysponowania potencjałem technicznym Odwołujący wskazał, że wykonawca CHEMEKO wprowadził Zamawiającego w błąd co do dysponowania wymaganym przez Zamawiającego potencjałem technicznym, tj. określonymi w sekcji VI pkt. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia pojazdami do odbierania odpadów komunalnych. Odwołujący wskazał, że zasoby techniczne wykonawcy, tj. pojazdy, które zadeklarował w ofercie zaangażowane są w świadczenie usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna. Ze wskazanych w złożonym przez CHEMEKO wykazie narzędzi i wyposażenia z dnia 6 grudnia 2019 r. z jedenastu pojazdów do odbierania odpadów komunalnych aż dziewięć wykorzystywanych jest obecnie do realizacji usługi na rzecz Gminy Wrocław. Co istotne, dotyczy to także obu samochodów spełniających normę emisji spalin EURO 6, za które oferta tego wykonawcy otrzymała 30 punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z § 6 ust. 2 projektu umowy, która stanowi część II SIWZ, „w przypadku wskazania w ofercie pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6 wykonawca zobowiązany jest do wykonywania usług przy ich pomocy. W przypadku awarii przedmiotowych pojazdów oraz ewentualnych innych zdarzeń, których zaistnienie może spowodować niezrealizowanie w części lub w całości odbiorów odpadów wynikających z harmonogramu, Wykonawca zapewnia pojazdy zastępcze gwarantujące realizację usługi zgodnie z harmonogramem.” Jeżeli chodzi o świadczoną przez CHEMEKO na rzecz Gminy Wrocław usługę odbioru odpadów, to planowo ma być ona realizowana do końca roku 2020. Odwołujący wskazał, że na podstawie Miesięcznych Kart Bilansu Odpadów z Gminy Wrocław można ustalić, że wskazane przez CHEMEKO w wykazie narzędzi i wyposażenia z dnia 6 grudnia 2019 r. (załącznik nr 5 do SIWZ) pojazdy, są obecnie wykorzystywane przez CHEMEKO do realizacji usługi na rzecz Gminy Wrocław w Sektorze III - Fabryczna do odbioru następujących frakcji odpadów: 1. DW8H818 -



zmieszane, tworzywa, szkło (pojazd spełniający kryteria EURO 6) 2. DW8H897 - zmieszane, szkło (pojazd spełniający kryteria EURO 6) 3. DW938TV - zmieszane bio, tworzywa, papier, 4. DW939TV - brak 5. DW581 LR - zmieszane 6. DW354PF - gabaryty, bio, szkło 7. DW468TV - zmieszane, bio, gabaryty 8. DW059TV - zmieszane, bio, gabaryty 9. DW204XV - gabaryty, leki 10. DW157TU - brak 11. DW952PE - zmieszane, tworzywa, papier. Okoliczność ta ma, w ocenie Odwołującego, istotne znaczenie, gdyż w świetle szczegółowych warunków umowy na odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna, a mianowicie punktu XI ust. 7 wszystkie samochody służące do odbioru i transportu odpadów komunalnych określone w ofercie - w załączniku nr IX „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych” i w załączniku nr XI „Wykaz dodatkowych urządzeń technicznych spełniających normy emisji spalin EURO 6” oraz w „Planie obsługi systemu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z Sektora III — Fabryczna” mogą być wykorzystywane przez Wykonawcę tylko i wyłącznie do obsługi Sektora. Zamawiający dopuszcza wykorzystywanie przez Wykonawcę samochodów zastępczych do prac innych niż obsługa Sektora, w sytuacji gdy samochody zastępcze nie będą służyły do obsługi tego Sektora. W ocenie Odwołującego niemalże codzienne zaangażowanie w/w pojazdów pozwala na uznanie, że samochody te nie są samochodami zastępczymi, lecz pojazdami dedykowanymi wyłącznie do obsługi zamówienia na rzecz Gminy Wrocław. Oznacza to, że zaangażowanie zasobów technicznych wskazanych przez CHEMEKO w inne przedsięwzięcie gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia na rzecz Gminy Wisznia Mała. dowód: wykaz narzędzi i wyposażenia z dnia 6 grudnia 2019 r. (załącznik nr 5 do SIWZ), Miesięczne Karty Bilansu Odpadów za miesiąc wrzesień 2019 r. Szczegółowe Warunki Umowy na odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna.

Odwołujący wskazał, że art. 22d ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, a jedynie możliwość oceny przez Zamawiającego wymaganych zdolności wykonawcy, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych tego wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Negatywna ocena dokonana w tym zakresie przez Zamawiającego stanowi jednak przesłankę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Aby jednak taka negatywna ocena mogła być dokonana, muszą być spełnione wszystkie przesłanki z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, czyli zasoby techniczne lub zawodowe wykonawcy muszą być zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze, a zaangażowanie tych zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację udzielanego zamówienia. Obie te przesłanki w ocenie Odwołującego aktualizują się w

niniejszym postępowaniu. Należy uznać, że wykonawca składając oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wprowadził Zamawiającego w błąd. Zaangażowanie aż 9 z 11 deklarowanych w postępowaniu pojazdów w świadczenie usługi na rzecz Gminy Wrocław uprawdopodobnia twierdzenie, że określone zasoby nie będą mogły zostać wykorzystane w celu świadczenia usług na rzecz Gminy Wisznia Mała.

ZANIECHANIE WEZWANIA WYKONAWCY DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ ORAZ ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY ZŁOŻONEJ PRZEZ CHEMEKO • Rażąco niska cena

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu zachodzą również przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy CHEMEKO jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w zakresie ceny jednostkowej wskazanej za frakcje przeterminowanych leków oraz odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych, w szczególności igieł i strzykawek. Dokonując oceny, czy zaoferowana cena może być uznana za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, w ocenie Odwołującego, należy wziąć pod uwagę nie tylko całkowitą cenę lub całkowity koszt oferty, ale także ich istotne części składowe. Należy to interpretować w ten sposób, że nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena chociażby jednego istotnego składnika ceny oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy CHEMEKO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, choć zaoferowana przez wykonawcę CHEMEKO cena za wywóz w/w frakcji odpadów winna była wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów przede wszystkim z uwagi na szereg obwarowań dotyczących podwyższonych standardów postępowania z tego rodzaju odpadami. Już samo zestawienie cen zaoferowanych za te dwie frakcje odpadów w ofertach złożonych w przedmiotowym przetargu powinno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie (CHEMEKO - 1.000 zł/Mg, WPO ALBA - 5.000 zł/Mg). Wskazać należy, że uzyskane przez Odwołującego oferty na zagospodarowanie odpadów igieł oraz strzykawek ze zbiórki w gminach odbierane po kodem 20 01 99 w znaczący sposób przewyższają cenę zaoferowaną przez CHEMEKO za odbiór tego odpadu, co rodzi wątpliwości co do zgodnego z prawem zagospodarowania odpadów igieł i strzykawek przez CHEMEKO. Wskazać należy, że CHEMEKO oferuje wywóz odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych, w szczególności igieł i strzykawek za cenę 1.000 zł/ za Mg odpadów, podczas gdy ceny rynkowe za usługi zagospodarowania tych

odpadów są znacząco wyższe. Odwołujący w załączeniu przedstawia dwie oferty na usługi zagospodarowania tych odpadów pod kodem 20 01 99 od instalacji, z czego oferta nr 1 opiewa na cenę 5.500 zł/ za Mg zaś oferta nr 2 na cenę 3.300 zł/ za Mg odpadów i jednocześnie zastrzega treść tych dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa WPO ALBA S.A. i wnosi o nieudostępnianie jej innym podmiotom ze względu na ich wartość gospodarczą, handlową oraz organizacyjną dla WPO ALBA S.A. jako wynik wieloletnich doświadczeń, negocjacji, realizacji kontraktów przejawiający mierzalną i obiektywną wartość gospodarczą dla Spółki, pozwalającą na optymalizację organizacyjną przedsiębiorstwa, w szczególności pod względem finansowym, dowód: tabela ceny stanowiąca załącznik nr 1 do oferty CHEMEKO oferta nr 1 - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA oferta nr 2 - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.

W zakresie niezgodności oferty z treścią SIWZ Odwołujący wskazał, że zaproponowana przez CHEMEKO cena w kontekście powszechnie znanych doniesień medialnych, że w wyniku kontroli Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska na składowisku odpadów w Rudnej Wielkiej wykryto szereg nieprawidłowości, w szczególności w zakresie składowania odpadów medycznych, które objęte są zakazem składowania, zawierających żywe drobnoustroje chorobotwórcze lub ich toksyny oraz inne formy zdolne do przeniesienia materiału genetycznego i mogące wywoływać choroby u ludzi i zwierząt, budzi wątpliwości, czy oferta tego wykonawcy jest wiarygodna i w pełni odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wątpliwości dotyczą tego, czy instalacja, którą wskazał wykonawca ma możliwość zagospodarowania tych odpadów zgodnie z wszelkimi przepisami prawem wymogami po takiej cenie lub też czy posiada pozwolenie na odbieranie odpadu pod kodem 20 01 99. W ocenie Odwołującego tak niska cena zaoferowana przez CHEMEKO za frakcje odpadów przeterminowanych leków oraz odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych, w szczególności igieł i strzykawek budzi uzasadnioną wątpliwość co do zagospodarowania tych frakcji odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami. Za odbiór odpadów i ich właściwe zagospodarowanie odpowiedzialność ponosi gmina, a więc Zamawiający (zob. art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym). W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien więc dołożyć należytej staranności, dokonując badania i oceny ofert, czy złożone oferty odpowiadają wymogom SIWZ. Zgodnie z § 1 ust. 1 lit. a) projektu umowy przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na odbieraniu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Wisznia Mała oraz ich zagospodarowanie tj. odzysk lub unieszkodliwianie, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz zagospodarowanie tych odpadów zgodnie z art. 9e

ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ministerstwo Środowiska stoi na stanowisku, że odpady typu igły, strzykawki lub podobne, powstające w gospodarstwach domowych powinny być klasyfikowane w grupie 20; w celu ich prawidłowego zaklasyfikowania należałoby zastosować kod ex 20 01 99 zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów, dowód: pismo Ministerstwa Środowiska z dnia 8 maja 2017 r. kierowane do Dyrektora Departamentu Higieny Środowiska Głównego Inspektoratu Sanitarnego Odpady, o których mowa, choć nie są kwalifikowane jako odpady medyczne, powinny trafić do spalarni, przede wszystkim ze względów epidemiologicznych. Odpady te mają bowiem kontakt z krwią i jako takie stanowią bezpośrednie zagrożenie i nie nadają się do składowania na składowisku. Wskazać należy, że szereg gmin w Polsce wdraża procedury bezpiecznego pozbywania się przez mieszkańców zużytych igieł i strzykawek dla osób wykonujących samodzielnie zastrzyki w warunkach domowych. CHEMEKO jako podmiot co do którego Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska stwierdził szereg nieprawidłowości, nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że fakt zaoferowania tak niskiej ceny za odbiór odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych, w szczególności igieł i strzykawek powinien być wzbudzić w zamawiającym wątpliwości nie tylko co do rażąco niskiej ceny, ale także zgodności treści oferty złożonej przez CHEMEKO z treścią SIWZ. Tym samym Zamawiający winien był wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp co do treści złożonej oferty co do jej zgodności z SIWZ, czego Zamawiający zaniechał. W ocenie Odwołującego skutkowało to zaniechaniem odrzucenia oferty CHEMEKO jako oferty, której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dowód: informacja ze strony internetowej <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/wysypisko-smieci-w-rudnej-wielkiej-chemeko-system-zakazne-odpady-medyczne/> o nieprawidłowościach dotyczących składowiska odpadów w Rudnej Wielkiej. Tym samym w ocenie Odwołującego zasadnym jest zarzut o zaniechaniu wezwania wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty CHEMEKO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę wykonawcy

Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Przystępujący Chemeko”) na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r. znak WI.7062.10.2017.RK.MG, W/L dz. 2316/2017, pismo Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 17 grudnia 2019 r. na okoliczność wykazania, iż Przystępujący Chemeko podlega wykluczeniu z postępowania.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych pochodzących z terenu gminy Wisznia Mała”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale VI SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy niepodlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający załączył do SIWZ jako Załącznik nr 2 formularz JEDZ. W treści JEDZ – część III sekcja C wykonawca był zobowiązany złożyć oświadczenie, że wedle własnej wiedzy nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, o których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumencie zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

Izba ustaliła, że w przetargu oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Przystępujący Chemeko oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Pismem z dnia 27 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Chemeko do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym m.in. oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 7 ustawy, stanowiące Załącznik nr 7 do SIWZ.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 6 grudnia 2019 r. Przystępujący Chemeko złożył stosowane oświadczenia potwierdzające brak wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, ochrony środowiska lub

przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 7 ustawy Pzp.

W dniu 12 grudnia 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu jako najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła, że na mocy decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 27 czerwca 2017 r. znak WI.7062.10.2017.RK.MG, W/L dz. 2316/2017 na Przystępującego Chemeko nałożona została administracyjna kara pieniężna w wysokości 35.000 zł za gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadany zezwoleniem na zbieranie odpadów. Decyzja ta stała się ostateczna i prawomocna z dniem 14 lipca 2017 r.

***Izba zważyła co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta Odwołującego ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie zarzutów naruszenia art. 22d ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie z uwagi na wycofanie przez Odwołującego powyższych zarzutów.

Przedmiotem rozpoznania Izby był zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Izby oba zarzuty znalazły potwierdzenie w analizowanej sprawie, skąd też odwołanie w tym zakresie podlegało uwzględnieniu.

Na wstępie wskazać należy, że ustawodawca w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp wprowadził fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania, które zamawiający może ustanowić w danym postępowaniu przetargowym. Podstawy wykluczenia o charakterze fakultatywnym muszą zostać wskazane w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp). W art. 24

ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp ustawodawca dopuścił możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych. Ustawodawca dopuścił więc możliwość wprowadzenia w SIWZ przesłanki wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy spełnione zostaną następujące przesłanki: (1) wydanie wobec wykonawcy ostatecznej decyzji administracyjnej; (2) stwierdzenie w decyzji naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska; (3) nałożenie na wykonawcę kary pieniężnej w wysokości nie niższej niż 3000 zł. O ile warunki określone w pkt 1 i 3 nie budzą, w ocenie Izby, wątpliwości interpretacyjnych co do ich treści, ustawodawca bowiem jednoznacznie określił zakres wymagań, o tyle warunek wskazany w pkt 2 dotyczący zakresu obowiązków podlegających ocenie wymaga odkodowania intencji ustawodawcy. Ustalenia bowiem wymaga czy użyte przez ustawodawcę sformułowanie „prawa ochrony środowiska” winno odnosić się wyłącznie do ustawy z dnia 21 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2126) czy do też do szeroko pojętej dziedziny prawa związanej z ochroną środowiska.

W ocenie Izby dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp należy sięgnąć do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej „**dyrektywa**”), skoro ustawodawca krajowy zdecydował się na implementację do polskiego porządku prawnego treści art. 57 ust. 4 lit. a dyrektywy. Zgodnie z ww. przepisem instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji, tj. gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2. Z kolei stosownie do treści art. 18 ust. 2 dyrektywy, państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X.

Nie sposób pominąć treści motywów dyrektywy odnoszących się do aspektów związanych z ochroną środowiska, których celem jest promocja wykonawców przestrzegających prawa w ww. dziedzinach. Motyw 37 dyrektywy 2014/24/UE brzmi, z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w

procedurach udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem, że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym.

Z kolei zgodnie z motywem 40 dyrektywy, monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno odbywać się na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Niezbędna w tym celu weryfikacja powinna mieć miejsce zgodnie ze stosownymi przepisami dyrektywy, w szczególności z przepisami regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne.

W świetle powyższego zauważyć należy, że ustawodawca unijny wprost wskazuje na konieczność ochrony przepisów w dziedzinie prawa ochrony środowiska i wymogów środowiskowych, odnosząc się tym samym do szerokiego rozumienia prawa ochrony środowiska, nie zaś wyłącznie do określonego aktu prawnego. Oczywistym bowiem jest, że ochrona środowiska to wielopłaszczyznowa dziedzina, co w konsekwencji powoduje, że obowiązki związane z jego ochroną mogą być regulowane w wielu aktach prawnych. Ponadto przyjmując zasadę racjonalnego ustawodawcy, stanowiącą podstawę wykładni prawa zauważyć należy, iż gdyby celem krajowego ustawodawcy było ograniczenie wyrażonego w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp pojęcia „prawo ochrony środowiska” wyłącznie do aktu prawnego - ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2126), to wówczas ustawodawca przywołałby jego tytuł oraz miejsce publikacji, tak jak zostało to uczynione przykładowo w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, czy też w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Konkludując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp należy opowiedzieć się za szerokim rozumieniem sformułowania „prawo ochrony środowiska”, a zatem nie odnoszącym się jedynie do aktu prawnego jakim jest ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2126), lecz do zbioru ustaw regulujących kwestię obowiązków w zakresie ochrony środowiska. Za



takim rozumieniem tego pojęcia opowiada się zarówno interpretacja przepisów prawa krajowego, jak i unijnego.

Przenosząc powyższe rozważania na analizowany stan faktyczny, to wskazać należy, że bezsporne w sprawie było to, iż decyzją z dnia 27 czerwca 2017 r. Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska wydał w stosunku do Przystępującego Chemeko decyzję administracyjną nr WI.7062.10.2017.RK.MG i nałożył na wykonawcę karę pieniężną w wysokości 35.000 złotych. Decyzja ta stała się ostateczna w dniu 14 lipca 2017 r. Tym samym uznać należy, że przesłanki wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp dotyczące wydania ostatecznej decyzji administracyjnej oraz nałożenia kary pieniężnej w wysokości nie niższej niż 3000 złotych zostały spełnione. W ocenie Izby została również spełniona przesłanka dotycząca naruszenia obowiązków w zakresie prawa ochrony środowiska. Jak Izba wskazała powyższej sformułowanie „prawo ochrony środowiska” użyte przez ustawodawcę w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp rozumieć należy szeroko, co zresztą przyznał sam Przystępujący Chemeko podczas rozprawy. Niewątpliwie do zbioru ustaw regulujących ochronę środowiska zaliczyć należy ustawę z dnia 13 września 1996 r. o odpadach, regulującej m.in. warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych. Sposób zbierania i zagospodarowania odpadów ma bezpośrednie przełożenia na aspekty ochrony środowiska. Tym bardziej wykonywanie tej działalności regulowanej niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wyznaczonymi przez ustawodawcę standardami i zasadami działalności, które niewątpliwie mają na celu eliminowanie sytuacji związanych z niewłaściwym odbiorem i zagospodarowaniem odpadów w celu uniknięcia zagrożenia dla środowiska, mieści w zakresie pojęcia „prawo ochrony środowiska” użytego przez ustawodawcę w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Należy wskazać, że w decyzji wydanej wobec wykonawcy Chemeko zakres uchybień wskazanych przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska jednoznacznie potwierdza naruszenie przez wykonawcę obowiązków z zakresu prawa ochrony środowiska. W decyzji wskazano m.in., iż wykonawca Chemeko magazynował odpady niebezpieczne niezgodnie z warunkami określonymi w decyzji Prezydenta Wrocławia, wykonawca przekazał podmiotowi trzeciemu odpady niebezpieczne pod kodem innego odpadu niż niebezpieczny, wykonawca przekazał odpady niebezpieczne podmiotowi trzeciemu nieposiadającemu stosownego zezwolenia, co przyczyniło się do magazynowania odpadów niebezpiecznych w sposób zagrażający środowisku naturalnemu. W ocenie Izby uchybienia wskazane w decyzji jednoznacznie wskazują, iż wykonawca Chemeko nie dopełnił obowiązków związanych odbiorem i zagospodarowaniem odpadów, co miało bezpośrednie przełożenie na naruszenie obowiązków związanych z ochroną środowiska, a tym samym spełniona została ostatnia

przesłanka konieczna do zastosowania wobec Przystępującego Chemeko podstawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp.

Odnosnie argumentacji Przystępującego zawartej w piśmie z 27 grudnia 2019 r i podtrzymanej na rozprawie, to Izba uznała, że podnoszone przez wykonawcę argumenty nie zasługują na uwzględnienie. Stanowią one wyłącznie subiektywną interpretację przepisów ustawy Pzp zmierzającą do utrzymania oferty wykonawcy w postępowaniu. Po pierwsze, za niezrozumiałe Izba uznała wskazane przez Przystępującego rozróżnienie kary pieniężnej nałożonej w drodze decyzji administracyjnej za niezgodnie z posiadany zezwoleniem zbieranie odpadów od decyzji administracyjnej o naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska. Podstawą decyzji administracyjnej za niezgodnie z posiadany zezwoleniem zbieranie odpadów jest naruszenie obowiązków wynikających z ustawy o odpadach i wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych. Naruszenie tych obowiązków zaliczyć należy do obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. Skoro więc w odniesieniu do Przystępującego Chemeko zostało ustalone przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, iż wykonawca składował odpady niebezpiecznie pomimo, iż nie posiadał w tym zakresie stosownych zezwoleń, przekazał odpady niebezpieczne podmiotowi nieposiadającemu stosownego zezwolenia, oznaczył odpady niebezpieczne niewłaściwym kodem, to naruszenie to stanowi, w ocenie Izby, oczywiste naruszenie obowiązków w zakresie prawa ochrony środowiska, którego skutkiem jest wykonywanie działalności niezgodnie z posiadany zezwoleniem na zbieranie odpadów. Rozróżnienie zaproponowane przez Przystępującego Chemeko jest więc pozbawione jakiegokolwiek logicznego uzasadnienia. Zresztą sam wykonawca w treści pisma takiego uzasadnienia nie zawarł wskazując wyłącznie, iż nie są to pojęcia tożsame. I choć w tym zakresie zgodzić się należy z Przystępującym Chemeko, to jednak wykonawca zdaje się zupełnie pomijać okoliczność, iż skutkiem wykonywania działalności gospodarczej niezgodnie z warunkami zezwolenia jest naruszenie obowiązków z zakresu prawa ochrony środowiska. Wykonawca bowiem składował odpady niebezpieczne w sposób nieodpowiadający wymaganiom określonym przez ustawodawcę co do sposobu ich zagospodarowania i przekazania, co niewątpliwie stanowiło zagrożenie dla środowiska naturalnego i zostało potwierdzone w spornej decyzji.

Po drugie, argumentacja Przystępującego Chemeko dotycząca rzekomych intencji ustawodawcy przy wprowadzeniu do ustawy Pzp art. 24 ust. 5 pkt 7 stanowi wyłącznie subiektywne stanowisko wykonawcy niezasługujące na uwzględnienie. Ani ustawodawca ani tym bardziej Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł żadnych przesłanek łagodzących zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Z treści przepisu ustawy, jak również z treści

SIWZ wywieść należy w sposób jednoznaczny, że wykluczeniu podlega wykonawcy w przypadku wydania ostatecznej decyzji administracyjnej o nałożeniu kary pieniężnej na kwotę nie niższą niż 3.000 złotych za naruszenie obowiązków z zakresu prawa ochrony środowiska. Przesłanki te zostały spełnione wobec Przystępującego Chemeko. Powołać w tym zakresie należy orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie C-171/15 Connexion Taxi Services BV. Orzeczenie to zostało wydane na tle innej z przesłanek fakultatywnego wykluczenia wykonawcy z postępowania tj. popełnienia poważnego wykroczenia zawodowego, jednakże wnioski Trybunału mają, w ocenie Izby, zastosowanie do wszystkich fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Przedmiotem analizy Trybunału była możliwość oceny fakultatywnej przesłanki wykluczenia w kontekście zasady proporcjonalności, w sytuacji, gdy z treści SIWZ nie wynikało, iż ocena podstaw wykluczenia będzie odbywać się w świetle tej zasady. Trybunał wskazał m.in. iż zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy zainteresowani danym zamówieniem wykonawcy mieli te same szanse przy redagowaniu ofert i mogli dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36). Trybunał uznał, że badanie wykluczenia w świetle zasady proporcjonalności, mimo że warunki zamówienia w danym przetargu przewidują odrzucenie bez badania w świetle tej zasady ofert objętych zakresem takiej klauzuli o wykluczeniu, może sprawić, że zainteresowani wykonawcy będą pozostawać w niepewności, co może naruszać zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości. Innymi słowy, Trybunał uznał, że badanie przesłanek wykluczenia musi następować wyłącznie w oparciu o jasno określone w treści SIWZ kryteria. Jeśli więc dane kryterium, w oparciu o które będą oceniane podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania nie było wskazane przez Zamawiającego w SIWZ, nie może być one uwzględnione na etapie oceny podstaw wykluczenia wobec wykonawcy. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający w SIWZ nie zawarł żadnych postanowień odnośnie sposobu oceny fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Brak jest postanowień odnośnie oceny „doniosłości” danego przewinienia wykonawcy czy rzekomych odmiennych celów zamówienia, do czego odwoływał się Przystępujący Chemeko. Stosowanie więc na etapie badania i oceny ofert przesłanek łagodzących znaczenie uchybień Przystępującego Chemeko stwierdzonych w decyzji administracyjnej jest w ocenie Izby niedopuszczalne. Nie zostały bowiem one zawarte w SIWZ i zastosowanie ich wyłącznie w stosunku do Przystępującego Chemeko na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

Konkludując Izba stoi na stanowisku, że w okolicznościach niniejszej sprawy ziściły się przesłanki do zastosowania wobec Przystępującego Chemeko podstawy wykluczenia

wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Zaproponowana przez Przystępującego Chemeko interpretacja przepisów ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż stoi ona w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Zapisy SIWZ były Przystępującemu Chemeko znane przed złożeniem oferty, nie były przez niego kwestionowane, co tym bardziej potwierdza, że wykonawca miał jasność co do sposobu ich interpretacji na etapie składania oferty. Podkreślić należy, że prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych, efektywna i prawidłowa realizacja zadań publicznych wymaga weryfikacji rzetelności wykonawców. Ocena rzetelności i wiarygodności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dużej mierze zależy od samego zamawiającego, który musi wyważyć sprzeczne pozornie interesy wypływające z zasady uczciwej konkurencji i możliwości ograniczania udziału wykonawców poprzez określanie różnego rodzaju wymagań. W niniejszym postępowaniu Zamawiający zdecydował o zamieszczeniu w SIWZ fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający mógł w tym zakresie dostosować brzmienie przesłanek do potrzeb prowadzonego postępowania, dookreślić stawiane wymagania czy też sposób interpretacji wprowadzonych przesłanek. Takich działań Zamawiający jednak nie podjął. Próba więc ich wprowadzenia na etapie oceny ofert byłaby, w ocenie Izby, nieuprawniona, gdyż godziłaby w zasadę równego traktowania wykonawców.

Potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca miał wprowadzić zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił

informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Dodatkowo ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert). Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

W analizowanym stanie faktycznym Izba uznała, że Przystępujący Chemeko miał pełną świadomość i wiedzę o wydaniu wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej, na podstawie której nałożono na niego karę pieniężną za naruszenie obowiązków z zakresu prawa ochrony środowiska w wysokości 35.000 złotych. Okoliczność tą wykonawca zataił wobec Zamawiającego, wskazując w dokumentacji ofertowej, iż nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia określone przez Zamawiającego w SIWZ. Swoim działaniem Przystępujący Chemeko wprowadził Zamawiającego w błąd bowiem Zamawiający uznał, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Ustawodawca wymaga dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wykazania, iż działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną lub rażące niedbalstwo. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „rażącego niedbalstwa”, natomiast wypełniając tę lukę orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej” (wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Jest to zatem naruszenie reguły wymaganej w danych okolicznościach bez wykorzystania w pełni możliwości intelektualnych przez osobę dopuszczającą się rażącego niedbalstwa. Jak to zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r. (sygn. akt I CKN 969/00), wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. W opinii Sądu można art. 355 k.c. stosować porównawczo przy ocenie, czy określone zachowanie odpowiada cechom rażącego niedbalstwa. Porównanie

bowiem przepisu art. 355 k.c. z przepisami k.c., w których występuje pojęcie „rażącego niedbalstwa” wskazuje na to, „że rażące niedbalstwo to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu. Wykładnia tego pojęcia powinna zatem uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania. Chodzi tu o takie zachowanie, które graniczy z umyślnością. Izba uznała, że działaniu Przystępującego Chemeko można przypisać co najmniej rażące niedbalstwo przejawiające się w naruszeniu podstawowych reguł postępowania przetargowego do których zobowiązani są wykonawcy decydujący się na udział w przetargu publiczny. Działanie Przystępującego Chemeko w postaci zatajenia faktu wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej należy ocenić szczególnie negatywnie z uwagi na fakt, że okoliczność ta była wykonawcy znana i wykonawca miał pełną możliwość poinformowania Zamawiającego o tej okoliczności. Zatajenie powyższej informacji odbiega, w ocenie Izby, w sposób znaczący od właściwego modelu postępowania w przetargowych publicznych. Modelu, który oparty jest w pierwszej kolejności na obowiązku wykonawcy ujawnienia wszystkich okoliczności związanych z jego rzetelnością, w tym m.in. okoliczności, które skutkować mogą wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Model ten ma na celu odpowiednią weryfikację działalności wykonawcy przez Zamawiającego tak, aby dbając o właściwe gospodarowanie środkami publicznymi, dążył do wyboru wykonawcy gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia. Przystępujący Chemeko jako profesjonalista winien mieć, w ocenie Izby, pełną świadomość charakteru postępowania przetargowego, obowiązujących reguł, zaś jego decyzja o braku ujawnienia spornej decyzji była przejawem dążenia do uzyskania zamówienia za wszelką cenę, z pominięciem zasad określonych przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy można było od Przystępującego Chemeko obiektywnie oczekiwać zachowania zgodnego z powszechnie znanym wśród profesjonalnych podmiotów wzorcem postępowania tj. obowiązkiem ujawnienia wobec Zamawiającego informacji związanych z możliwością wykluczenia wykonawcy z postępowania, w tym m.in. z tytułu wydania wobec wykonawcy decyzji administracyjnej, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Informacje te niewątpliwie rzutują na rzetelność wykonawcy i sposób prowadzonej przez niego działalności.

Prezentowane obecnie stanowisko Przystępującego Chemeko o odmiennej interpretacji przepisów ustawy Pzp i intencjach ustawodawcy w żaden sposób nie mityguje stopnia naganności zachowania wykonawcy. Wykonawca bowiem, nawet zakładając, iż miał wątpliwości co do interpretacji zakresu zastosowania podstawy wykluczenia określonej w art. 25 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp, w żaden sposób nie poinformował Zamawiającego o fakcie wydania wobec niego decyzji o nałożeniu kary pieniężnej w treści złożonej dokumentacji

ofertowej, zaś prezentowane przez niego obecnie stanowisko to próba usprawiedliwienia braku ujawnienia istotnych okoliczności związanych z rzetelnością wykonawcy. Ponadto jak Izba wskazała powyżej, wykonawca w toku postępowania przetargowego nie zgłaszał Zamawiającemu żadnych wątpliwości interpretacyjnych związanych z brzmieniem SIWZ, a które to podnosi na etapie postępowania odwoławczego, zaś sam Zamawiający w treści SIWZ nie określił żadnych specyficznych okoliczności, które będzie oceniał badając podstawy wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp.

Tym samym Przystępujący Chemeko wprowadził w błąd zamawiającego, podając w oświadczeniach informację o braku ziszczenia się przesłanki wykluczenia, wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp i poprzez brak ujawnienia Zamawiającemu informacji, iż w stosunku do wykonawcy została wydana ostateczna decyzja administracyjna i nałożona kara finansowa w wysokości 35.000 zł za naruszenie obowiązków z zakresu prawa ochrony środowiska. Zachowanie Przystępującego Chemeko wyczerpuje również przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Powyższe bowiem działanie wykonawcy stanowi niewątpliwie przekazanie Zamawiającemu informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w toku postępowania przetargowego. Spełniony również został element zawinienia, gdyż Izba, jak zostało wskazane powyżej, uznała, że działaniu wykonawcy można przypisać co najmniej rażące niedbalstwo.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b, §5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

**Przewodniczący:** .....