

Sygn. akt: KIO 3781/21

WYROK
z dnia 24 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **TRANSPRZĘT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabłotoce** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lesko**

przy udziale wykonawcy **Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Lesku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3781/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Lesku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lesko [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Gminy Lesko (znak postępowania: PIK.271.1.19.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 listopada 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00292735/01.

W dniu 28 grudnia 2021 r. wykonawca TRANSPRZĘT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabłotce [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 114, 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej adekwatnego do przedmiotu zamówienia;
2. art. 114, 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w zakresie wymaganym w dokumentach zamówienia;
3. art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej;
4. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o., którego oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji;
5. art. 226 ust. 1) pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o. mimo, iż zawiera rażąco niską cenę, ewentualnie naruszenie art. 224 poprzez zaniechanie wezwania LPK Sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że powyższe naruszenia skutkują udzieleniem zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami Pzp, co narusza art. 17 ustawy Pzp a także art. 16 ust. 1 i 2 zgodnie z którym Zamawiający prowadzi postępowanie z zachowaniem zasady transparentności (przejrzystości) oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty LPK Sp. z o.o.;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o.;
- 3) zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego wg norm przypisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na wymogi Zamawiającego dotyczące warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 6 pkt 6.1.2 lit. a oraz c, 6.1.4 lit. b.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wymagał żadnych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (mimo, że poprzednie postępowanie wykazało, że wykonawca LPK Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe oświadczenie i informacje o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, co zostało dopiero zweryfikowane w postępowaniu odwoławczym KIO 2264/21- zakończonym wyrokiem nakazującym odrzucenie oferty LPK Sp. z o.o.). W związku z tym brak jest w dokumentach zamówienia odpowiednich zaświadczeń i kopii decyzji, co jest regułą w tego typu postępowaniach.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał na rodzaje odpadów objęte przedmiotem niniejszego zamówienia. Wskazał, że wpis do rejestru działalności regulowanej, którym legitymuje się wykonawca nie obejmuje odpadów o kodach 20 03 01, które stanowią przeważającą masę odpadów, które będą podlegać odbiorowi. Oświadczenie to zostało złożone 27 lipca 2021 r. w postępowaniu na odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Lesko w 2021 r. jako jedyne, z którego miałby wynikać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Z najlepszej wiedzy Odwołującego wynika, że wpis nie został nigdy uzupełniany o kody 20 03 01. Należy uznać, że Zamawiający wprowadzając tego typu warunek udziału w postępowaniach, wielokrotnie w opisie warunku nie wymieniają wprost kodów odpadów, których wpis lub zezwolenie ma dotyczyć, niemniej jednak, Krajowa Izba Odwoławcza konsekwentnie stoi na stanowisku, iż w takim przypadku wpis/zezwoleńie powinny obejmować wszystkie odpady (kody) objęte przedmiotem zamówienia (wyrok KIO sygn. akt 1525/13 oraz KIO 1456/13). W innym przypadku wymóg ten, weryfikujący możliwość wykonywania działalności objętej zamówieniem nie miałby sensu.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący podał, że zbieranie odpadów jest działalnością, która wymaga zezwolenia. Wydaje je organ właściwy dla miejsca prowadzenia działalności polegającej na zbieraniu odpadów. Zgodnie z wpisem w bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (tzw. BDO) miejscami prowadzenia działalności przez LPK Sp. z o.o. są: ul. Przemysłowa 1, Lesko ul. Przemysłowa 7, Lesko, Plac Puławskiego, Lesko.

W przypadku prowadzenia działalności na terenie gminy Lesko organem właściwym jest Starosta Leski (art. 41 ust. 3 pkt. 2) ustawy o odpadach. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. nie posiada żadnego zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych na terenie starostwa leskiego. Powyższe zgodnie z dodatkowymi wyjaśnieniami organu wynika z okoliczności, że zaniechano procedowania uzyskania decyzji w zakresie zbierania odpadów dla spółki Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z uwagi na to, że Gmina Lesko jest zwolniona z uzyskiwania takiego zezwolenia na podstawie art. 45 ust. 1 pkt. 11) ustawy o odpadach. Prawdopodobnie przyjęto, że działalność wymagająca zezwolenia na zbieranie nie będzie prowadzona przez spółkę komunalną, ale przez Gminę we własnym zakresie.

Niemniej jednak warunki postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jednoznacznie wymagają, aby każdy wykonawca składający ofertę w przetargu posiadał aktualne zezwolenie obejmujące prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 797 z późn. zm.) lub równoważne, w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia, tj. ze wskazaniem kodu odpadów obejmującym minimum przedmiot zamówienia.

Przedstawiony przez Odwołującego dowód jednoznacznie potwierdza że na dzień składania ofert LPK Sp. z o.o. nie posiadało takiego zezwolenia. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. jest odrębną od gminy osobą prawną, a w związku z tym nie jest żadnym z podmiotów określonych w art. 45 ust. 1 pkt. 11) ustawy o odpadach. W szczególności LPK Sp. z o.o. nie jest gminą, nie jest związkiem metropolitalnym, urzędem wójta, gminną jednostką budżetową ani zakładem budżetowym ani urzędem obsługującym związek metropolitalny.

Po drugie, zwolnienie podmiotowe dot. samodzielnego prowadzenia przez gminę PSZOK mogłoby dotyczyć jedynie odpadów zbieranych w PSZOK-ach. Natomiast jako warunek udziału w postępowaniu jest posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów wskazującego kod odpadów obejmujący minimum przedmiot zamówienia, to jest również np. odpady 20 03 01- zmieszane odpady komunalne, które nie mogą być zbierane w punktach selektywnej zbiórki odpadów.

Po trzecie, zgodnie z jednolitym orzecznictwem KIO posiadane zezwolenia i uprawnienia do wykonywania działalności regulowanej są nieprzenoszalne np. KIO 1456/13.

Odwołujący wskazał również, że uzyskanie zezwolenia na zbieranie obejmującego wszystkie kody odpadów objęte zamówieniem to koszt około 250 000 - 500 000 złotych. Wymagane jest posiadanie tytułu prawnego do nieruchomości, zorganizowanie budynków, zabezpieczenie gruntu, zabezpieczenie ppoż ze wszystkimi wymogami formalnymi

(sporządzenie operatu ppoż, wdrożenie warunków ochrony przeciwpożarowej określonej operator przeciwpożarowym), założenie i utrzymywanie całodobowego monitoringu, wniesienie i utrzymywanie bardzo wysokiego zabezpieczenia – art. 48a ustawy o odpadach, przeprowadzenia czasochłonnej i kosztochłonnej procedury. Wskazujemy, że wymogi SWZ nie zostały zaskarżone przez żadnego z wykonawców, są ostateczne i wiążące wykonawców i Zamawiającego w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 3. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że dla magazynowania odpadów niezbędne jest posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów. Skoro LPK Sp. z o.o. nie posiada takiego zezwolenia, to baza magazynowo-transportowa nie może spełniać wymogów Ministra Środowiska, bowiem w ogóle nie jest bazą magazynową. Jednocześnie należy zauważyć, że każdy podmiot dysponujący bazą powinien posiadać własne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów. Zezwolenie na zbieranie nie jest przypisane do miejsca ale z nim związane (np. wykonując działalność objętą zezwoleniem można zmienić miejsce wykonywania działalności, po przeprowadzeniu odpowiedniej procedury). Odwołujący wskazał, że zorganizowanie bazy magazynowo-transportowej na której będzie możliwe magazynowanie odpadów to koszt około 250 000-500 000 złotych. Wymagane jest posiadanie tytułu prawnego do nieruchomości, zorganizowanie budynków, zabezpieczenie gruntu, zabezpieczenie ppoż ze wszystkimi wymogami formalnymi (sporządzenie operatu ppoż, wdrożenie warunków ochrony przeciwpożarowej określonej operator przeciwpożarowym), założenie i utrzymywanie całodobowego monitoringu, wniesienie i utrzymywanie bardzo wysokiego zabezpieczenia – art. 48a ustawy o odpadach. Oznacza to, że warunek postawiony w SWZ w sposób jednoznaczny zawęży grono wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia do wykonawców posiadających bazę magazynowo-transportową obejmującą upoważnienie do prowadzenia na niej magazynowania odpadów. Pomijanie tego w stosunku do jednego z wykonawców jest nierównym traktowaniem wykonawców w postępowaniu. W rezultacie nie można uznać, że LPK sp. z o.o. wykazała w sposób prawidłowy (zgodny z treścią wymagań SWZ) posiadanego doświadczenia. Zamawiający zobowiązany był do skierowania do LPK sp. z o.o. wniosku o udzielenie przez LPK sp. z o.o. wyjaśnień w powyższym zakresie – wraz z żądaniem przedłożenia stosownych referencji. Brak tego rodzaju działania stanowi naruszenie wskazanych w *petitum* przepisów.

W przedmiocie zarzutu, o którym mowa w punkcie 4. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający, w każdym z kolejnych organizowanych przez siebie przetargów faworyzuje Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w Lesku, które jest spółką prawa handlowego, w której 100% udziałów posiada Zamawiający (vide wyrok KIO 849/21, wyrok KIO 2264/21). LPK Sp. z o.o. jest spółką gminną, która zajmuje się dostarczaniem wody, odbiorem ścieków istniejących kanalizacji na terenie miasta, prowadzi działalność z zakresu

gospodarki odpadami, usługi w zakresie wywozu nieczystości płynnych, ciśnieniowego mycia i czyszczenia kanalizacji, obsługuje 4 kotłownie centralnego ogrzewania, odpowiada za utrzymanie czystości i zieleni, oraz zimowe utrzymanie miasta, sprawuje zarząd nad lokalami mieszkalnymi i użytkowymi, dworcem PKS, szaletami miejskimi, domem pogrzebowym, cmentarzem komunalnym. LPK Sp. z o.o. prowadzi działalność gospodarczą na terenie gminy Lesko oraz gmin ościennych. Od kilku lat, na terenie gminy Lesko o usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stara się konkurować Transprzet Sp. z o.o. Rokrocznie warunki przetargu są sformułowane w ten sposób, aby preferować LPK Sp. z o.o. (np. Wyrok KIO 849/21). Dodatkowo, przy ustalonych przez siebie warunkach, mimo tego, że gminna spółka nie jest w stanie im sprostać, Gmina Lesko (Zamawiający) dokonuje wyboru oferty preferowanego przez siebie wykonawcy (vide Wyrok KIO 2264/21), na podstawie nieprawdziwych oświadczeń składanych w postępowaniu. Również w przedmiotowym postępowaniu LPK Sp. z o.o. złożyło nieprawdziwe oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz „że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą.” – Formularz załącznik nr 5 do SWZ. Powyższe, z uwagi na powtarzalność tej okoliczności (składania nieprawdziwych zapewnień w postępowaniach ws. udzielenia zamówienia publicznego), nie można uznać za pomyłkę, ale celowe działanie w celu uzyskania zamówienia publicznego. Odwołujący przywołał art. 3 ust. 2 uznk. Uzasadniał, że jeżeli wykonawca, który jest profesjonalistą, składa notorycznie w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nieprawdziwe informacje w postępowaniu na temat spełniania stawianych przez Zamawiających warunków udziału w postępowaniu, to taką okoliczność należy uznać za nieuczciwe zachwalanie. Stanowi bowiem przypisywanie sobie cech, których się nie posiada, celem nieuczciwej eliminacji z rynku innych przedsiębiorców. Tym samym przedsiębiorcom działającym zgodnie regułami postępowania ws. zamówienia publicznymi oraz na podstawie szeregu szczegółowych wymagań określonych Prawem Ochrony Środowiska, utrudnia się do niego dostęp. Jest to jednocześnie działanie niezgodne z prawem i sprzeczne z dobrymi obyczajami. Przywołał wyrok KIO w sprawie sygn. akt 803/19.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 5. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp wskazane jest obligatoryjne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień. Porównanie ofert złożonych w postępowaniu wskazuje, że cena oferty LPK Sp. z o.o. jest rażąco niska. Wskazał, że w sprawie mogło dojść do udostępnienia LPK Sp. z o.o. przez gminę (Zamawiającego) pewnego majątku gminy do realizacji zadania. Mogło również dojść również do finansowania działalności obejmującej gospodarkę odpadami z działalności z majątku LPK Sp. z o.o. służącemu finansowaniu innego rodzaju usług (tzw. subsydiowane skrośne). Na przykład postępowanie w sprawie KIO 2264/21 ujawniło, że miejsce mycia i dezynfekcji pojazdów znajduje się w zakładzie LPK

odpowiedzialnym za gospodarkę wodno-ściekową w gminie. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie brak jest możliwości wykonania z zyskiem zamówienia za kwotę zaoferowaną przez LPK Sp. z o.o. nawet mając na względzie dzisiejsze cen paliwa (trasy to 50 km w mieście Lesko i 200 km w gminie + kurs do ZUO Krosno 60 km w jedną stronę) oraz wzrost kosztów BHP z uwagi na COVID.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 listopada 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa poniesionych przez ustanowionego pełnomocnika wg przedłożonego na rozprawie spisu kosztów.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w punkcie 1. i 2. *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że zarzuty Odwołującego są chybione. Uzasadniał, że jak wynika z SWZ podmioty składające ofertę nie były zobowiązane do przedkładania wraz z formularzem ofertowym jakichkolwiek dokumentów, które potwierdzałyby posiadanie wymaganych zezwoleń, a jedynie zobowiązani byli do wypełnienia i przedłożenia Załącznika nr 4 do SWZ — „Oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia”. Każdy z Oferentów — zarówno LPK Sp. z o.o., jak również sam odwołujący przedłożyli w/w oświadczenia. Aktualne sugerowanie przez Odwołującego, iż niewymaganie przez Zamawiającego „środków dowodowych” było niewłaściwe jest formułowane wyłącznie na cele niniejszego odwołania i dąży do przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający podniósł, że z dokumentów przedłożonych przez przystępującego do postępowania - LPK Sp. z o.o. wprost wynika, iż podmiot ten spełnia wszystkie wskazane w SWZ warunki. Zgodnie z decyzją Starosty Leskiego z dnia 13 sierpnia 2013 r., znak OS.6233.3.2013 uzupełnionej dodatkowo decyzją Starosty Leskiego z dnia 14 września 2018 r., znak GN.II.6233.1.2018 Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w Lesku otrzymało zezwolenie na zbieranie i transport odpadów, w tym o kodzie 20 03 01, co wynika wprost z Tabeli nr 1. W 2018 r. decyzja ta została zmieniona poprzez rozszerzenie listy odpadów objętych zbieraniem - zatem nigdy nie miało miejsca jakiegokolwiek jej ograniczenie lub uchylene (szczególnie w zakresie Tabeli nr 1). W myśl pkt. III decyzji z dnia 13 sierpnia 2013 r. zezwolenie obowiązuje do dnia 12 sierpnia 2023 r. wobec czego uznać należy, iż obowiązuje ono przez cały okres którego dotyczy zamówienie, tj. do dnia 31 grudnia 2022 r.

Oдноśnie zarzutu wskazanego w punkcie 3. *petitum* odwołania Zamawiający podniósł, że twierdzenia odwołującego polegające na rzekomym braku po stronie LPK Sp. z o.o. w Lesku bazy magazynowo-transportowej wyposażonej w miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów jest nietrafiony bowiem Zamawiający z urzędu posiada wiedzę na temat zasobów LPK Sp. z o.o. w Lesku w zakresie bazy z miejscem do mycia pojazdów. W przeszłości, LPK Sp. z o.o. uzyskała zezwolenie na prowadzenie działalności polegającej

na odbiorze i zbieraniu odpadów, gdzie we wniosku wskazano, iż mycie i dezynfekcja pojazdów będzie się odbywała na terenie oczyszczalni ścieków w Lesku, której LPK Sp. z o.o. jest właścicielem. Gmina, dokonywała kontroli z zakresu wykonywania przez LPK Sp. z o.o. zadań w ramach odbioru odpadów komunalnych i z informacji pozyskanych w trakcie kontroli potwierdzone zostało, iż wykonawca posiada prawidłowo wyposażoną bazę.

W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 4. *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że faktem jest, iż każdego roku przez Zamawiającego przeprowadzany jest przetarg na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Gminy, jednakże w żadnym z postępowań nie dochodziło do faworyzowania któregokolwiek z oferentów. Wprost przeciwnie, niejednokrotnie dochodziło do sytuacji, w których Transprzet Sp. z o.o. odwołując się od postępowań o udzielenie zamówienia starała się w taki sposób wpływać na SWZ by żaden z pomniejszych (w tym lokalnych) przedsiębiorców nie był w stanie wziąć udziału w przetargu, np. poprzez postulowanie wprowadzenia wymagania posiadania przez przedsiębiorcę pojazdów niewymaganych przepisami lub posiadania doświadczenia które dla nowopowstałych przedsiębiorców lub przedsiębiorców działających na mniejszą skalę niż odwołujący nie było możliwe do wykazania. W ocenie Zamawiającego określenie warunków w SWZ, które spełniać będą mogli niemalże wszyscy, a nie tylko dominujący przedsiębiorcy jest wyrazem obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu przeprowadzania przetargu, które ma na celu uniknięcie ograniczenia liczby potencjalnych wykonawców. Sam fakt, iż jednym z oferentów jest spółka prawa handlowego, w której udziały posiada Zamawiający nie stanowi automatycznie o jej faworyzowaniu, szczególnie zważywszy na fakt, iż oferty są ogłaszane publicznie i oceniane wedle konkretnie określonych reguł co ma na celu, zgodnie z art. 7 ustawy Pzp, doprowadzenie do wyboru najkorzystniejszej oferty. Sam odwołujący w odwołaniu wskazuje, iż LPK oprócz dostarczania wody, odbioru ścieków, prowadzi także działalność z zakresu gospodarki odpadami i powyższą działalność prowadzi na terenie nie tylko Gminy Lesko, ale także gmin ościennych, co wprost wskazuje, iż posiada ona odpowiednie doświadczenie, wykwalifikowanych pracowników i niezbędny sprzęt do realizacji zamówienia, a zatem przedstawiane stanowisko Odwołującego, w którym sam fakt, iż udziały Gminy w Spółce stanowią podstawę do jej faworyzowania, jest gołosłowny i nieznajdujący odzwierciedlenia w okolicznościach sprawy.

Zamawiający wskazał, iż LPK Sp. z o.o. posiada zezwolenie na zbieranie i transport odpadów na okres objęty zamówieniem, co więcej - decyzja ta obejmuje rodzaje odpadów objęte zamówieniem. Z uwagi na fakt, iż wymogiem uzyskania zezwolenia jest posiadanie bazy magazynowo-transportowej to uznać także należy, iż również ten warunek został przez Spółkę spełniony. Trudno jest zatem zrozumieć o jakim czynie nieuczciwej konkurencji stanowi Odwołujący w przypadku, gdy uprawnienia i zezwolenia posiadane przez LPK Sp. z

o.o. spełniały wymogi opisane w SWZ i tym samym nie mogły stanowić „zachwalania”, na które w odwołaniu powołuje się Odwołujący.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 5. *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że zarzut jest chybiony. W szczególności Zamawiający wskazał, iż wykonując dyspozycję art. 224 ustawy Pzp, wystąpił do LPK Sp. z o.o. o złożenie stosownych wyjaśnień, które w jego ocenie były przekonujące i w sposób racjonalny wskazywały na koszty realizacji danego zamówienia, sposoby wygenerowania oszczędności i tym samym umożliwiające mu zaoferowania lepszych warunków od konkurencji. LPK Sp. z o.o. przedstawiło bardzo szczegółową kalkulację kosztów, która to kalkulacja dała podstawy do tego by uznać, iż przedstawione przez LPK kwoty i ceny są odpowiednie do obowiązujących cen rynkowych. Zamawiający zauważył, że katalog okoliczności wynikających z art. 224 ustawy Pzp nie ma charakteru zamkniętego. Jeśli wykonawca ma inne argumenty na obronę rynkowego charakteru swojej ceny, może ich użyć. Takim argumentem może być m.in. dostęp do stałego i wykwalifikowanego personelu. Jeżeli wykonawca dysponuje takim zespołem na stałe, jego przewaga konkurencyjna nie musi przejawiać się wyłącznie w jakości personelu, ale także kosztach jego utrzymania. Zauważył, że realizacja niektórych zamówień zmusza niejednego wykonawcę do pozyskania dodatkowych osób z rynku na potrzeby wykonania danego zlecenia. Koszt jednostkowy osoby pracującej doraźnie jest często wyższy niż w sytuacji, gdy firma zatrudnia na stałe kompetentnych ludzi i względnie stałym zespołem realizuje konkretne zamówienia, powierzając je pracownikom w ramach stałych umów o pracę. Powyższe ma o tyle znaczenie, iż LPK Sp. z o.o., jak wskazywano powyżej działa głównie w miejscowości Lesko i gminach ościennych zatem podmiot ten nie jest zmuszony do zatrudniania lub delegowania pracowników wyłącznie dla tego zamówienia, co niezaprzeczalnie zmniejsza koszty z tym związane. Zamawiający zwrócił uwagę na korzystne okoliczności związane z danym zamówieniem, np. w postaci bliskości do miejsca realizacji zamówienia, niższe koszty pracy w danej lokalizacji, znajomość organizacji zamawiającego z uwagi na wcześniejszą współpracę z nim itd. LPK Sp. z o.o. ma swoją siedzibę w Lesku, co również nie pozostaje bez znaczenia w sprawie. W ocenie Zamawiającego, przedstawione przez tego Oferenta wyjaśnienia były rzetelne, wyczerpujące, dostateczne, poparte dowodami i pozwoliły uznać iż wskazana przez LPK Sp. z o.o. cena nie była rażąco niska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Lesku [dalej „LPK” lub „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 3 stycznia 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami, wezwania kierowana do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 grudnia 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie oraz pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 stycznia 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj. wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 14 stycznia 2022 r. wraz z pismem Starosty Leskiego z dnia 18 stycznia 2022 r., zdjęcie działki 1391/7, jak również opinię Ministra Klimatu z dnia 23 lipca 2020 r. złożoną przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 1 do SWZ. Projekt umowy stanowił załącznik nr 2 do SWZ.

Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów o następujących kodach: 20 03 01, 15 01 01, 20 01 01, 15 01 02, 20 01 39, 15 01 04, 20 01 40, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 20 01 02, 20 01 08, 20 01 35, 20 01 36, 20 01 23, 16 01 03, 20 03 07, 20 01 99ex.

Zgodnie z rozdziałem 6 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

6.1.1. (...)

6.1.2. uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

a) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 z późn. zm.),

b) (...)

c) aktualne zezwolenie obejmujące prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 797 z późn. zm.) lub równoważne, w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia, tj. ze wskazaniem kodu odpadów obejmującym minimum przedmiot zamówienia.

6.1.3. (...)

6.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie:

a) (...)

c) dysponuje w celu wykonania zamówienia publicznego bazą magazynowo - transportową zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122).

Zgodnie z punktem 7.2 SWZ, Zamawiający nie przewiduje podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z punktem 8.3.1. SWZ, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu: Zamawiający nie wymaga złożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców.

Wykonawca LPK wraz z ofertą złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Pismem z dnia 13 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę LPK w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów, z uwagi na to, że zaoferowana przez Wykonawcę cena była niższa o 33,93% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Pismem z dnia 16 grudnia 2021 r. wykonawca LPK złożył stosowne wyjaśnienia w zakresie ceny oferty wraz z dowodami.

W dniu 23 grudnia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 114, art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o. z siedzibą w Lesku, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej adekwatnego do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do treści art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący stał na stanowisku, że wpis do rejestru działalności regulowanej, którym legitymuje się wykonawca LPK Sp. z o.o. nie obejmuje odpadów o kodzie 20 03 01. Ponadto Odwołujący wskazał, że zamawiający wprowadzając tego typu warunek udziału w postępowaniach wielokrotnie w opisie warunku nie wymieniają wprost kodów odpadów, których wpis lub zezwolenie ma dotyczyć, niemniej jednak w takim przypadku wpis/zezwole nie powinny obejmować wszystkie odpady (kody) objęte przedmiotem zamówienia, ponieważ w innym przypadku wymóg ten, weryfikujący możliwość wykonywania działalności objętej zamówieniem nie miałby sensu.

Odnosząc się do powyższego zarzutu wskazać należy, że Odwołujący nie zakwestionował twierdzeń Zamawiającego, iż z dostępnego na stronie internetowej Zamawiającego rejestru działalności regulowanej wynika wprost, iż LPK posiada wpis w ww. rejestrze obejmujący odpady o kodzie 20 03 01 (data wpisu 17.12.2012 nr wpisu 1/2012). Z kolei zaświadczenie o wpisie do ww. rejestru z dnia 29 czerwca 2018 r. nr 2/2018 złożone przez Odwołującego dotyczyło rozszerzenia rodzaju odbieranych odpadów.

Ponadto Izba wskazuje, że nie można podzielić poglądu Odwołującego jakoby wymagany przez Zamawiającego wpis do rejestru działalności regulowanej winien obejmować już na etapie składania ofert wszystkie rodzaje odpadów objęte przedmiotem zamówienia. Jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej KIO, postanowienia SWZ powinny być tłumaczone z ich literalnym brzmieniem. Muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia postanowień SWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (por. wyrok KIO z 13 kwietnia 2018 r. sygn. akt: KIO 579/18). Skoro zatem w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zamieścił w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej wymogu w

zakresie rodzajów odpadów objętych wpisem do rejestru działalności regulowanej, to wykonawca LPK nie miał obowiązku legitymowania się na dzień złożenia oferty stosownymi wpisami obejmującymi wszystkie rodzaje odpadów ujęte w opisie przedmiotu zamówienia. Odróżnić należy etap weryfikacji podmiotowej wykonawcy dokonywany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego zamawiający bada spełnianie przez wykonawców minimalnych poziomów zdolności od etapu realizacji zamówienia wymagającego od wykonawcy dysponowania pełnym zakresem uprawnień.

Wobec powyższego ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Za uzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 114, art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w zakresie wymaganym w dokumentach zamówienia.

Osią sporu było to, czy wykonawca LPK posiada zezwolenie na zbieranie odpadów w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, w szczególności w zakresie odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01.

Izba wskazuje, iż bezspornie w ramach warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt 6.1.2 lit. c specyfikacji Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał aktualne zezwolenie obejmujące prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 797 z późn. zm.) lub równoważne, w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia, tj. ze wskazaniem kodu odpadów obejmującym minimum przedmiot zamówienia. Poza sporem było to, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodach wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, w tym odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01. Tym samym z zapisów specyfikacji wprost wynikało, iż za wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego Zamawiający uzna takiego wykonawcę, który posiada zezwolenie na zbieranie odpadów w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. W konsekwencji powyższego rozważania Zamawiającego zaprezentowane w toku rozprawy jakoby dla należytego świadczenia usług objętych zamówieniem nie było konieczne posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów, ponieważ wykonawca zobowiązany będzie do odbioru odpadów z nieruchomości a następnie ich transportu we wskazane w specyfikacji miejsce (ZUO Krosno) są irrelewantne dla sprawy. Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poza oceną Izby jest zasadność i prawidłowość skonkretyzowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż wbrew stanowisku Zamawiającego wynikającemu z odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisku Przystępującego z decyzji Starosty Leskiego z dnia 13 sierpnia 2013 r. oraz 14 września 2018 r. nie wynika, że LPK posiada zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01. Zauważyć należy, iż odpady o ww. kodzie nie zostały objęte pkt II ppkt 2 decyzji Starosty Leskiego z dnia 13 sierpnia 2013 r., znak OS.6233.3.2013 zmienionej decyzją Starosty Leskiego z dnia 14 września 2018 r., znak GN.II.6233.1.2018. Powyższe zresztą zostało przyznane przez Zamawiającego w toku rozprawy. Z kolei okoliczność, iż wykonawca LPK posiada zezwolenie na transport odpadów komunalnych zmieszanych nie oznacza, że legitymuje się stosownym - wymaganym przez Zamawiającego - uprawnieniem w zakresie odbioru ww. rodzaju odpadów. Abstrahując zatem od tego, czy ww. decyzje Starosty Leskiego wygasły z mocy prawa na podstawie art. 14 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 1592) jak argumentował Odwołujący, to nie budzi wątpliwości okoliczność, że wykonawca LPK nie posiada decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01, czego wymagał Zamawiający.

W tym stanie rzeczy wskazać należy, iż uchybienie wykonawcy LPK nie może zostać sanowane w świetle art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca na moment składania ofert nie posiadał stosownego uprawnienia w zakresie odbierania odpadów komunalnych zmieszanych. Wobec powyższego oferta wykonawcy LPK podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 6 pkt 6.1.2 lit. c SWZ.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej.

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący wskazał, że skoro dla zmagazynowania odpadów niezbędne jest posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów, a wykonawca LPK takim zezwoleniem nie dysponuje, to baza magazynowo – transportowa nie może spełniać wymogów określonych rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122).

W ocenie Izby podniesiony zarzut nie został przez Odwołującego wykazany wbrew regule wynikającej z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności wskazać należy, iż z dowodu przedłożonego przez Odwołującego (pismo Starosty Leskiego z dnia 20 grudnia

2021 r.) wynika, że LPK nie uzyskało zezwolenia na zbieranie odpadów z uwagi na zwolnienie podmiotowe, o którym mowa w art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy o odpadach. Jednocześnie z przedmiotowego pisma Starosty Leskiego wynika, że LPK w dniu 5 marca 2020 r. zwróciło się do właściwego organu o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów. Z kolei jak wynika z art. 14 ust. 4 ustawy o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw wynika, że jeżeli posiadacz odpadów nie złoży wniosku spełniającego wymagania, o których mowa w ust. 1 i 2, w terminie, o którym mowa w ust. 1, zezwolenie na zbieranie odpadów, zezwolenie na przetwarzanie odpadów, zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów albo pozwolenie na wytworzenie odpadów, w zakresie określenia wymagań dotyczących zbierania lub przetwarzania odpadów, wygasa. W niniejszej sprawie wniosek, o którym mowa w art. 14 ust. 4 ww. ustawy został złożony przez Przystępującego, jednak z uwagi na zwolnienie podmiotowe stosowna decyzja nie została wydana przez właściwy organ. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie zostało wykazane w jaki sposób ewentualny brak posiadania decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów miałby przekładać się na brak dysponowania bazą magazynowo – transportową spełniającą wymogi określone rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) w kontekście posiadanego przez Przystępującego zwolnienia podmiotowego.

Mając na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw do podważenia oświadczenia Przystępującego w zakresie spełniania omawianego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym ww. zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o., którego oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji Izba uznała za niezasadny.

Odwolujący w zakresie podniesionego zarzutu argumentował, że Zamawiający, w kolejnych organizowanych przez siebie przetargach faworyzuje Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w Lesku, które jest spółką prawa handlowego, w której 100% udziałów posiada Zamawiający. Uzasadniał, że przy ustalonych przez Zamawiającego warunkach udziału w postępowaniu, mimo tego, że LPK nie jest w stanie im sprostać, Gmina Lesko dokonuje wyboru oferty preferowanego przez siebie wykonawcy na podstawie nieprawdziwych oświadczeń składanych w postępowaniu (vide wyrok KIO sygn. akt: 2264/21). Powyższe, z uwagi na powtarzalność tej okoliczności (składania nieprawdziwych zapewnień w postępowaniach ws. udzielenia zamówienia publicznego), nie można uznać za pomyłkę, ale celowe działanie w celu uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem

Odwołującego działanie LPK stanowi nieuczciwe zachwalanie, jest niezgodne z prawem i sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę generalną, co też oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe potwierdza stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r. sygn. akt: III CKN 271/01, w którym wskazano, iż *„Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym, przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego, ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim nie ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy.”* Zgodnie natomiast z ust. 2 ww. przepisu, czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. nieuczciwe zachwalanie.

Z kolei pojęcie dobrych obyczajów jest klauzulą generalną, która nie posiada legalnej definicji. Dominuje pogląd, że klauzula dobrych obyczajów, podobnie jak klauzula zasad współżycia społecznego, nakazuje dokonać oceny w świetle norm pozaprawnych, przy czym chodzi w tym wypadku o normy moralne i obyczajowe, powszechnie akceptowane albo znajdujące szczególne uznanie w określonej sferze działań, na przykład w obrocie profesjonalnym, w określonej branży, w stosunkach z konsumentem itp. Szczególne znaczenie mają te oceny zachowań podmiotów w świetle dobrych obyczajów, które odwołują się do takich wartości jak: szacunek wobec partnera, uczciwość, szczerowość, zaufanie, lojalność, rzetelność i fachowość. Dobre obyczaje należy więc ujmować jako normy obyczajowe, wyznaczające standardy uczciwych i rzetelnych zachowań stron w praktyce kontraktowej (por. wyrok SOKiK z dnia 18 października 2018 r. sygn. akt: XVII AmA 17/16).

W świetle powyższego wskazać należy, iż Odwołujący w dużej mierze oparł podniesiony zarzut na dotychczasowych doświadczeniach w ubieganiu się o zamówienia publiczne ogłaszane przez Zamawiającego, których przedmiotem jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, o które rywalizują głównie Odwołujący i Przystępujący, podczas gdy Izba ocenia czynności lub zaniechania Zamawiającego w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy, iż sam fakt, że jednym z wykonawców zainteresowanych niniejszym zamówieniem jest spółka prawa handlowego, w której udziały posiada Zamawiający nie stanowi automatycznie o jej faworyzowaniu. Również wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie świadczy *per se* o

popelnieniu czynu nieuczciwej konkurencji przez Przystępującego, a co najwyżej może wskazywać na ewentualne błędy Zamawiającego w zakresie weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawcy dokonywanej w oparciu o oświadczenia lub dokumenty wymagane w konkretnym postępowaniu. Wskazać jednak trzeba, iż w sytuacji gdy wykonawca uważa, że czynności zamawiającego w danym postępowaniu zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, to uprawniony jest skorzystać ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale IX ustawy Pzp. Zdaniem Izby okoliczność, iż wykonawca LPK złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, nie przesądza, że działanie LPK stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na nieuczciwym zachwalaniu. To, że wykonawca LPK samodzielnie ocenił, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, składając Zamawiającemu oświadczenie w rzeczonym zakresie, nie oznacza, że dokonana przez wykonawcę ocena była prawidłowa. Podkreślić należy, iż to rolą Zamawiającego jest weryfikacja sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie oświadczeń lub dokumentów określonych w SWZ, w tym korzystanie z instytucji, o których mowa w art. 128 ustawy Pzp. Innymi słowy, złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które zostanie następnie podważone przez innego wykonawcę, nie wskazuje z góry, że mamy do czynienia z nieuczciwym zachwalaniem, lecz zmaterializowaniem się sankcji określonej art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 128 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba wskazuje, iż Odwołujący nie skonkretyzował w treści odwołania jakie dobre obyczaje miało naruszać działanie Przystępującego w niniejszym postępowaniu.

Podsumowując powyższe w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak było podstaw do uznania, iż złożenie oferty przez LPK stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, implikujący odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o. mimo, iż zawiera rażąco niską cenę, ewentualnie naruszenie art. 224 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania LPK Sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W myśl ust. 2 ww. przepisu, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W przedmiocie ww. zarzutu Izba wskazuje, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający pismem z dnia 13 grudnia 2021 r. wezwał wykonawcę LPK do złożenia wyjaśnień ceny oferty z uwagi na to, że zaktualizowała się przesłanka, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. cena oferty Przystępującego była niższa o 33,93% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący natomiast nie zakwestionował treści wyjaśnień złożonych przez LPK, opierając przedmiotowy zarzut na przypuszczeniach, iż „*mogło dojść do udostępnienia LPK Sp. z o.o. przez gminę (Zamawiającego) pewnego majątku gminy do realizacji zadania*” oraz że „*mogło również dojść również do finansowania działalności obejmującej gospodarkę odpadami z działalności z majątku LPK Sp. z o.o. służącemu finansowaniu innego rodzaju usług (tzw. subsydiowane skrośne)*”. Odwołujący nie podważył również wysokości zysku przewidzianego przez LPK w złożonych wyjaśnieniach, jak również nie wykazał się żadną inicjatywą dowodową na poparcie prezentowanego stanowiska, w tym w zakresie kosztów transportu odpadów oraz wzrostu kosztów BHP z uwagi na COVID.

Mając zatem na uwadze treść postawionego zarzutu, którym Izba jest związana, brak było podstaw do podważenia wyjaśnień poziomu ceny, popartych dowodami, złożonych przez wykonawcę LPK. Tym samym zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ustawy Pzp nie mogły zostać uznane za zasadne.

Wobec powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba uwzględniła zarzut zawarty w punkcie 2. *petitum* odwołania oraz oddaliła

pozostałe zarzuty odwołania. Z uwagi na rodzaj zarzutu uwzględnionego przez Izbę oraz jego wagę dla rozstrzygnięcia Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 ww. rozporządzenia. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: