

WYROK
z dnia 5 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2018 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie, A.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne S. w Kluczborku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Kluczbork, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – FCC Polska sp. z o. o. z siedzibą w Zabrze, FCC Lubliniec sp. z o. o. z siedzibą w Lublińcu i Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o. o. z siedzibą w Zabrze,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty Przystępującego;
 - 1.2. wykluczenie Przystępującego z postępowania z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI ust. 2 pkt 2.1 lit. d i Rozdziale VI ust. 2 pkt 2.3 ppkt 2.3.2 SIWZ i wprowadzenie Zamawiającego, w wyniku rażącego niedbalstwa, w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia pierwszy ze wskazanych powyżej warunków udziału w postępowaniu i uznanie jego oferty za odrzuconą;
 - 1.3. ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości

18.600,00 zł (słowienie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Kluczbork (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork*, zwane dalej: „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 czerwca 2018 r., pod nr 2018/S 111-252990.

13 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – FCC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, FCC Lubliniec sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej łącznie: „Konsorcjum F”).

Powyższe zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) 23 listopada br. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie, A.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne S. w Kluczborku (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum F jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu pomimo, że nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania kompetencji do prowadzenia działalności zawodowej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, tj. w zakresie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych dotyczącego odpadów objętych przedmiotem zamówienia, gdyż na potwierdzenie jego spełnienia przedstawił trzy zezwolenia na zbieranie odpadów, tj.

a. decyzję zezwalającą A.S.A. Lubliniec sp. z o.o. (obecnie FCC Lubliniec sp. z o.o.) na zbieranie odpadów przy ul. Przemysłowej 5 w Lublińcu;

- b. decyzję w sprawie pozwolenia zintegrowanego zezwalającą Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrze na zbieranie odpadów przy ul. Cmentarnej 19 w Zabrze;
- c. decyzję zezwalającą A.S.A. Eko Polska sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (obecnie FCC Polska sp. z o.o.) na zbieranie odpadów w Smardach Dolnych gm. Kluczbork;

które to decyzje nie potwierdzają spełnienia opisanego powyżej warunku udziału w Postępowaniu, gdyż:

- decyzja wskazana w lit. a. nie dotyczy miejsca zbierania odpadów stanowiących przedmiot zamówienia (Kluczbork), lecz innej gminy (Lubliniec) i nie uprawnia do zbierania objętych przedmiotem zamówienia odpadów – zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (kod 20 01 35* oraz 20 01 36);
 - decyzja wskazana w lit. b. nie dotyczy miejsca zbierania odpadów stanowiących przedmiot zamówienia (Kluczbork), lecz innej gminy (Zabrze);
 - decyzja wskazana w lit. c. nie uprawnia do zbierania objętych przedmiotem zamówienia odpadów — odpadów wielkogabarytowych (kod 20 03 07) oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (kod 20 01 35* oraz 20 01 36);
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum F jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie posiadania doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, w ilości minimum 10.000 Mg rocznie z terenu jednej gminy, gdyż w celu wykazania spełnienia tego warunku powołał się na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu dwóch różnych gmin, tj. gminy Lubin oraz gminy Kluczbork;
 3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum F z Postępowania pomimo niewykazania spełnienia przez niego warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 1 i 2 powyżej, przy czym Zamawiający wskutek zaniechania wykluczenia z powodów wskazanych w pkt 1 powyżej naruszył dodatkowo zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż w analogicznej sytuacji wykluczył z Postępowania innego wykonawcę, tj. P.H.U. Komunalnik sp. z o.o. (dalej „Wykonawca K”);
 4. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum F z Postępowania, pomimo że w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadziło w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia („JEDZ”) informacji, że spełnia warunek udziału w

Postępowaniu dotyczący posiadania kompetencji do prowadzenia działalności w zakresie zbierania odpadów stanowiących przedmiot zamówienia, podczas gdy jak zostało wskazane w pkt 1 powyżej ww. warunku Konsorcjum F nie spełniło, przy czym, będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne, powinno dochować należytej staranności i zweryfikować prawdziwość informacji o posiadanych kompetencjach (czy ich braku) do zbierania odpadów w zakresie określonym w SIWZ, a co więcej samo wobec innego wykonawcy podniosło analogiczny zarzut niespełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1946/18, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej rażącego niedbalstwa i to niedbalstwa rażącego, przy czym Zamawiający wskutek takiego zaniechania naruszył dodatkowo zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż w analogicznej sytuacji wykluczył z Postępowania innego wykonawcę, tj. Wykonawcę K;

5. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum F z Postępowania, pomimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło w JEDZ informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu w zakresie tego, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący posiadania kompetencji do prowadzenia działalności w zakresie zbierania odpadów stanowiących przedmiot zamówienia, przy czym Konsorcjum F będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinno dochować należytej staranności i zweryfikować prawdziwość informacji o posiadanych kompetencjach (lub ich braku) do zbierania odpadów stanowiących przedmiot zamówienia, a co więcej samo analogiczny zarzut niespełnienia warunku udziału w Postępowaniu sformułowało wobec innego wykonawcy w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1946/18, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej lekkomyślności, o ile nie niedbalstwa (i to rażącego), przy czym Zamawiający wskutek takiego zaniechania naruszył dodatkowo zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż w analogicznej sytuacji wykluczył z Postępowania innego wykonawcę, tj. Wykonawcę K;

względnie, na wypadek nie uznania zarzutów określonych w pkt 3-5 powyżej, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

6. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum F do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału dotyczącego posiadania kompetencji do prowadzenia działalności (posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów) oraz zdolności zawodowych (posiadania doświadczenia w zakresie realizacji dwóch usług

odbioru odpadów z jednej gminy), pomimo że złożone przez Konsorcjum F dokumenty, z przyczyn opisanych w pkt poprzedzających, spełnienia warunków udziału w Postępowaniu nie potwierdzają,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenia Konsorcjum F z Postępowania, względnie, na wypadek nieuwzględnienia tego żądania – wezwania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wykazu wykonanych/wykonywanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie/wykonywanie oraz w zakresie zezwolenia na zbieranie odpadów stanowiących przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył w Postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została przez Zamawiającego sklasyfikowana na drugim miejscu. Uwzględnienie Odwołania doprowadzi do wykluczenia Konsorcjum F z Postępowania, a w takim przypadku to oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą.

1. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego wyboru oferty Konsorcjum F pomimo niewykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia

Zgodnie z postanowieniem rozdziału VI pkt 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą, że:

- a) posiadają aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Burmistrza Miasta Kluczborka;
- b) posiadają aktualne zezwolenie na transport odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach;
- c) posiadają wpis do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska;
- d) posiadają aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów oraz zezwolenie na przetwarzanie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach, w przypadku, gdy wykonawca zamierza prowadzić przetwarzanie odpadów we własnym, zaś w przypadku, gdy wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich przetwarzania, umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie.

W stanie faktycznym sprawy Konsorcjum F nie przedstawiło Zamawiającemu prawidłowego zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia, załączając do oferty kopie trzech decyzji administracyjnych obejmujących swoim zakresem zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych, z których żadna z nich nie odnosiła się do odpadów będących przedmiotem zamówienia. I tak:

- a) pierwsza z nich – decyzja z dnia 30 sierpnia 2012 r., znak: WOŚ.6233.12.2012, w sprawie udzielenia FCCPL zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania przy ul. Przemysłowej 5, 42-200 Lubliniec określonych odpadów (str. 81 oferty Konsorcjum F) nie dotyczy obszaru objętego przedmiotem zamówienia (tj. obszaru gminy Kluczbork), lecz zupełnie innej gminy, tj. gminy Lubliniec, nie została wydana przez Starostę Kluczborskiego, lecz przez Starostę Lublinieckiego, nie obejmuje swym zakresem: zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (kod 20 01 35* oraz 20 01 36), których odbiór i zagospodarowanie, zgodnie z pkt 2 ppkt 1 lit. g) Załącznika nr 1 do SIWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), jest objęty przedmiotem zamówienia udzielanego w Postępowaniu;
- b) druga – decyzja z dnia 30 lipca 2015 r. nr 1336/08/15 wydana przez Marszałka Województwa Śląskiego w sprawie udzielenia MPGK Zabrze pozwolenia zintegrowanego (str. 150 oferty Konsorcjum F) nie dotyczy obszaru objętego przedmiotem zamówienia (tj. obszaru gminy Kluczbork), lecz zupełnie innej gminy, tj. gminy Zabrze i nie została wydana przez Starostę Kluczborskiego, lecz przez Marszałka Województwa Śląskiego;
- c) trzecia – decyzja z dnia 5 listopada 2015 r. nr ROŚ.6233.17.2015 EU w sprawie udzielenia FCCPL zezwolenia na zbieranie odpadów nie obejmuje swym zakresem: odpadów wielkogabarytowych (kod 20 03 07) oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (kod 20 01 35* oraz 20 01 36), których odbiór i zagospodarowanie, zgodnie z pkt 2 ppkt 1 lit. f) i g) ppkt 4 OPZ, jest objęty przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podał, że Izba w wyroku z dnia 15 października 2018 r., KIO 1946/18, który to wyrok został wydany na skutek odwołania wniesionego przez Konsorcjum F, stwierdziła: „w ocenie Izby postawiony warunek posiadania uprawnień, zgodnie z jego treścią dotyczył odpadów, będących przedmiotem zamówienia, którym jest realizacja usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork (zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia) – a nie jakiś innych, z innego terenu, czy innego rodzaju, zgodnie również z brzmieniem ustawy o odpadach, którą w treści warunku wskazał zamawiający”.

Stanowiska Izby nie sposób pomijać, skoro zostało ono wydane na gruncie tego samego Postępowania i to w postępowaniu odwoławczym, w którym uczestniczyło zarówno Konsorcjum F, jak i Zamawiający (sprawa pomiędzy tymi stronami). Pewność i poszanowanie prawa wymaga bowiem, aby w postępowaniu toczącym się na skutek odwołania brane były pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne objęte wcześniejszym orzeczeniem Izby.

Należy przy tym zauważyć, że przytoczona powyżej ocena prawna wyrażona przez Izbę w wyroku KIO 1946/18 jest prawidłowa merytorycznie i zasługuje na pełną aprobatę. Zwrócić należy bowiem uwagę, że zgodnie z treścią rozdziału VI pkt 2.1. lit. d) SIWZ obowiązkiem wykonawców było przedstawienie zezwolenia na zbieranie oraz zezwolenia na przetwarzanie (względnie, zamiast tego ostatniego – umowy z podmiotem, który takie zezwolenie posiada) odnoszącego się do „odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia”. Oznacza to, że Zamawiający jednoznacznie wskazał na obowiązek przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do zbierania i przetwarzania konkretnych odpadów komunalnych, których odbiór i zagospodarowanie będzie stanowiło przedmiot zamówienia, a więc odpadów zgodnych ze wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia zarówno co do miejsca, w którym będą zbierane/przetwarzane (teren Gminy Kluczbork), jak i co do rodzaju tych odpadów (które to rodzaje odpadów zostały przez Zamawiającego precyzyjnie oznaczone w pkt 2 ppkt 1 OPZ (str. 4).

Nie ulega wątpliwości, że wymagana przez Zamawiającego zgodność przedstawionych przez Konsorcjum F zezwoleń na zbieranie odpadów z zapisami OPZ nie zachodzi, co oznacza, że wykonawca ten warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego kompetencji do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie zbierania odpadów nie wykazał. Okoliczność tego rodzaju co do zasady skutkuje powstaniem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, jednak w stanie faktycznym sprawy zastosowanie takiej procedury sanacyjnej jest, na mocy art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, wyłączone, bowiem nawet w przypadku prawidłowego uzupełnienia Konsorcjum F podlegałoby wykluczeniu, a jego oferta musiałaby zostać uznana za odrzuconą na zasadzie przywołanego art. 24 ust. 4 Pzp.

Sytuację tę należy ocenić analogicznie, jak brak spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przez Wykonawcę K, Izba oceniła w sprawie KIO 1946/18. Skoro Konsorcjum F w podobnych okolicznościach nie wykazało spełnienia tego warunku, Zamawiający, kierując się wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą równego traktowania wykonawców, winien był Konsorcjum F wykluczyć z tej samej przyczyny, z której wykluczył Wykonawcę K.

2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego wyboru oferty Konsorcjum F pomimo niewykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wymaganego doświadczenia

Zgodnie z postanowieniem rozdziału VI pkt 2.3.2. SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem wynikającym z wykonania co najmniej dwóch usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w sposób ciągły, przez okres co najmniej 12 miesięcy, w ilości minimum 10.000 Mg rocznie z terenu jednej gminy z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Powyższe oznacza, że Zamawiający wymagał, aby obie usługi wykazywane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu były zrealizowane na terenie jednej gminy. Ten sposób interpretacji wspomnianego warunku wynika z jego literalnej treści i tak też został on zrozumiany zarówno przez skład orzekający Izby w sprawie KIO 1946/18, jak i przez Zamawiającego oraz przez pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie (tj. przez Wykonawcę K). W tym zakresie powołać się należy na następujące okoliczności:

- a) w wyroku KIO 1946/18 (str. 47 wyroku, akapit trzeci) Izba wyraźnie wskazała, że „jak wynika z treści analizowanych postanowień SIWZ, zamawiający wymagał udokumentowania dwóch usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 12 miesięcy, w minimalnej ilości 10.000 Mg, z terenu jednej gminy. Nie budzi zatem wątpliwości, zwłaszcza uwzględniając brak pytań wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz brak zaskarżenia postanowień SIWZ w tym zakresie, że zamawiający wymagał, aby obydwie usługi były wykonane lub wykonywane na terenie jednej gminy. Natomiast dla przyjęcia interpretacji odwołującego konieczna byłaby zmiana SIWZ, zaś odwołujący nie wykazał żadnych okoliczności, które wskazywałyby w tym przypadku na konieczność odmiennej interpretacji spornego warunku i odejście od wykładni literalnej”;
- b) na rozprawie przeprowadzonej w dniu 8 października br. pełnomocnik Zamawiającego podniósł, że w warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymagał potwierdzenia 2 dużych zamówień o wskazanej ilości – 10 tys. rocznie na terenie jednej gminy; warunek ten miał na celu uniknięcie sumowania umów przez wykonawców, Zamawiający chciał podmiotu, który wykonuje duże zamówienia. Zdaniem Zamawiającego usługi z jednej gminy go potwierdzają;

- c) zarówno Wykonawca K, jak i Odwołujący, celem wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, powołali się na realizację dwóch usług odbioru odpadów z jednej, tej samej gminy (Wykonawca K – z Wałbrzycha, Odwołujący – z Wrocławia), co w przypadku Wykonawcy K Izba uznała za działanie prawidłowe.

Tymczasem Konsorcjum F powołało się na wykonanie dwóch usług zrealizowanych w zupełnie innych gminach (odpowiednio w Kluczborku oraz w Lubinie), przy czym obie te usługi były wykonane przez FCCPL w ramach konsorcjów składające się z nieco innych podmiotów (w przypadku zamówienia realizowanego w Lublinie konsorcjum – obok FCCPL i MPGK stworzyła dodatkowo spółka van Gensewinkel Legnica sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (obecnie REMONDIS Legnica sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy).

W tych okolicznościach dopuszczenie powołania się przez Konsorcjum F na usługi wykonane na terenie terenu dwóch różnych gmin byłoby nie tylko sprzeczne z literalną wykładnią SIWZ, ale dodatkowo prowadziłyby do dopuszczenia sumowania doświadczenia wynikającego z dwóch różnych zamówień, czego Zamawiający, jak wskazał na rozprawie, chciał w Postępowaniu uniknąć.

Stwierdzić zatem należy, że Konsorcjum F spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganego doświadczenia nie spełniło. Okoliczność tego rodzaju co do zasady skutkuje powstaniem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, jednak w stanie faktycznym sprawy zastosowanie takiej procedury sanacyjnej jest, na mocy art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, wyłączone, bowiem nawet w przypadku prawidłowego uzupełnienia Konsorcjum F podlegałoby wykluczeniu, a jego oferta musiałaby zostać uznana za odrzuconą na zasadzie przywołanego art. 24 ust. 4 Pzp.

3. Uzasadnienie zarzutów dotyczących wprowadzenia w błąd Zamawiającego

Odwołujący przytoczył przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp i stwierdził, że nakazują one wykluczyć takich wykonawców, którzy:

- a) odpowiednio: wprowadzają w błąd zamawiającego (tj. wywołują skutek w postaci błędnego przeświadczenia zamawiającego o rzeczywistości) lub przekazują informacje, które zamawiającego w błąd wprowadzić mogą;
- b) odpowiednio: w zakresie okoliczności dotyczących m.in. spełniania warunku udziału w postępowaniu lub niepodlegania wykluczeniu albo w zakresie mającym wpływ na decyzje zamawiającego;
- c) podanie nieprawdziwych informacji ma charakter zawiniony, przy czym jego wina może mieć charakter odpowiednio: winy umyślnej lub z rażącego niedbalstwa albo z lekkomyślności lub zwykłego (nie rażącego) niedbalstwa.

W stanie faktycznym sprawy wszystkie ww. okoliczności zostały spełnione.

a) co do zasady wprowadzenie zamawiającego w błąd następuje (bądź może nastąpić) poprzez przekazanie informacji nieprawdziwych. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy; jest to zatem informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeganie rzeczywistości.

Niewątpliwie wskazana przez Konsorcjum F w JEDZ informacja, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu dotyczące posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów stanowiących przedmiot zamówienia jest obiektywnie z rzeczywistością niezgodna, mogła ona zatem wprowadzać Zamawiającego w błędne przekonanie, że Konsorcjum F wspomniany warunek udziału w Postępowaniu spełniało.

b) oświadczenie zawarte w JEDZ niewątpliwie dotyczyło warunku udziału w Postępowaniu; informacja taka miała bezpośredni wpływ na decyzję Zamawiającego o niewykluczeniu Konsorcjum F z Postępowania i w konsekwencji do udzielenia zamówienia temu wykonawcy;

c) podanie ww. informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa, i to niedbalstwa rażącego, co Odwołujący wyjaśnił przez przywołanie poglądów doktryny i orzecznictwa.

Odwołujący podkreślił, że pewnym minimum staranności, której należy wymagać od wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne, jest oczekiwanie, aby przekazywane przez niego informacje były informacjami prawdziwymi. Wykonawca, jeśli tylko posiada możliwość ich sprawdzenia (np. przez uzyskanie informacji od odpowiednio poinformowanych pracowników czy też analizę posiadanych przez siebie decyzji administracyjnych w zakresie zbierania odpadów) winien takiego sprawdzenia dokonać. Konsorcjum F powinno było sobie zdawać sprawę, że przekazywane informację stanowią podstawę wydatkowania istotnych środków publicznych (w tym przypadku blisko trzydziestu milionów złotych), zaś odpowiedzialność wykonawcy za podanie informacji fałszywych w postępowaniu przetargowym jest w prawie polskim szczególnie rygorystyczna.

Co więcej, w stanie faktycznym sprawy Konsorcjum F doskonale wiedziało, że wymagane przez Zamawiającego zezwolenie na zbieranie miało odnosić się do przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu. Wskazywało na to wyraźnie m.in. odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 1946/18 (str. 4-5 wspomnianego odwołania) oraz na rozprawie w dniu 8 października 2018 r. (tak w protokole posiedzenia i rozprawy, str. 4 – argumentacja pełnomocnika Konsorcjum F dotycząca zarzutu nr 1).

W tych okolicznościach nie może budzić wątpliwości, że Konsorcjum F powinno co najmniej mieć świadomość, że przedstawione przez niego zezwolenia na zbieranie odpadów

do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu nie wystarczają. Skoro tak, to złożenie przez niego w dokumencie JEDZ oświadczenia o spełnieniu wszystkich warunków udziału w Postępowaniu nastąpiło bez zachowania podstawowej (fundamentalnej) staranności, która jest oczekiwana od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego.

Sytuację tę należy ocenić analogicznie, jak oceniła KIO w sprawie KIO 1946/18 oświadczenie złożone w Postępowaniu przez Wykonawcę K. Skoro Konsorcjum F w podobnych okolicznościach oświadczyło Zamawiającemu warunek dotyczący posiadania zezwolenia na zbieranie wiedzac (lub gdy powinien było wiedzieć) że tego warunku nie spełnia, Zamawiający – kierując się wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą równego traktowania wykonawców – winien był je wykluczyć z tej samej przyczyny, z której wykluczył Wykonawcę K.

W przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia określonych w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp nie jest możliwe zastosowanie procedury sanacyjnej określonej w art. 26 ust. 3 Pzp – prowadziłyby to bowiem do zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą.

4. Uzasadnienie zarzutu i żądania ewentualnego dotyczącego zaniechania wezwania Konsorcjum F do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu

Na wypadek, gdyby Izba zajęła stanowisko przeciwne i uznała, że omawianym stanie faktycznym możliwość wezwania Konsorcjum F do uzupełnienia dokumentów jednak istnieje, Odwołujący wskazał, że w takim przypadku czynność wezwania byłaby obligatoryjna, zatem zaniechanie przez Zamawiającego takiego wezwania stanowiłoby naruszenie dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

W kwestii zezwolenia stwierdził, że nie wymagał w treści odnoszącego się do niego warunku decyzji Starosty Kluczborskiego. Podkreślił, że uznał za wykazane przez Konsorcjum F spełnianie warunku udziału w Postępowaniu przy pomocy pozwolenia zintegrowanego wydanego przez Starostę Kluczborskiego, ponieważ odnosi się ona do posiadanej przez Konsorcjum F na terenie gminy Kluczbork bazy magazynowo-transportowej.

W zakresie warunku dotyczącego doświadczenia podał, że nie miało dla niego znaczenia na rzecz ilu gmin realizowane były referencyjne zamówienia.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum F, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone

przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Konsorcjum F (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W piśmie z 4 grudnia 2018 r. Przystępujący przedstawił następującą argumentację.

W zakresie zarzutu braku wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania kompetencji do prowadzenia działalności zawodowej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, tj. w zakresie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów dotyczącego odpadów objętych przedmiotem zamówienia Wykonawca F przytoczył przepisy art. 3 ust. 1 pkt 2, 5, 21 i 34, art. 23 ust. 1 i 2, art. 41 ust. 1-3 i 5 oraz art. 41b ust. 1 i art. 43 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2018 r., poz. 992 j.t. ze zm), zwanej dalej „Ustawą”, i podał, że w świetle definicji zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 34 Ustawy, zbieranie, to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie, a także tymczasowe magazynowanie odpadów.

Analizując zarzuty odwołania, w pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący, w kontekście oceny właściwości miejscowej organu, który wydaje zezwolenie na zbieranie odpadów, zdaje się mylić miejsce odbierania odpadów z miejscem ich zbierania. Warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów (w tym wpis do rejestru działalności regulowanej) określają przepisy rozdziału 4a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2018 r., poz. 1454 j.t. ze zm.), które dotyczą odbierania odpadów z terenu danej gminy, której organ zarządzający dokonuje wpisu. Natomiast zbieranie odpadów regulowane jest w powoływanych wyżej przepisach ustawy o odpadach. W szczególności właściwość miejscową organów wydających zezwolenia na zbieranie odpadów (w tym zezwolenia zintegrowane) określa się według miejsca ich zbierania (a więc według miejsca położenia nieruchomości, na której odebrane odpady są zbierane, i które zawsze wskazane jest w decyzji-zezwoleniu), a nie według miejsca odbierania odpadów (terenu, na którym odpady są wytwarzane i odbierane od wytwarzających, np. terenu gminy, która organizuje odbiór odpadów komunalnych).

Tym samym jakiegokolwiek twierdzenia Odwołującego, że przedstawione zezwolenia nie dotyczą obszaru objętego przedmiotowym zamówieniem są nieuprawnione, a nawet niezrozumiałe. Zezwolenia na zbieranie odpadów nie dotyczą bowiem jakiegokolwiek obszaru, z którego odpady są odbierane, ale miejsca (nieruchomości), na której są zbierane. W treści takich decyzji, zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 2 i 3 Ustawy określa się właśnie miejsce zbierania odpadów i rodzaj odpadów zbieranych (gromadzonych, magazynowanych, sortowanych) w tym miejscu. Z adekwatnych przepisów prawa nie wynika żaden generalny zakaz zbierania odpadów w miejscu wskazanym w zezwoleniu na zbieranie, odpadów odbieranych z gmin innych, niż gmina, na terenie której położone jest miejsce zbierania odpadów. Zakaz taki wynika jedynie z art. 23 ust. 2 Ustawy w stosunku do odpadów tam wskazanych (zakazuje

się zbierania poza miejscem wytworzenia: pozostałości z sortowania odpadów, osadów ściekowych, odpadów medycznych i weterynaryjnych, zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych).

W świetle powyższego, posiadane i przedłożone Zamawiającemu przez członków Konsorcjum F zezwolenia na zbieranie odpadów, łącznie obejmują przedmiotowo wszystkie odpady objęte przedmiotem zamówienia wskazane przez Odwołującego: odpady wielkogabarytowe (kod 20 03 07) oraz zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny (kod 20 01 oraz 20 01 36).

Dodatkowo Przystępujący wskazał, że odpady wielkogabarytowe (kod 20 03 07) oraz zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny (kod 20 01 35* oraz 20 01 36) w ramach przedmiotowego zamówienia są odbierane akcyjnie (cztery razy w roku) i nie ma obowiązku ani potrzeby ich zbierania przed przetworzeniem. Po odebraniu są bezpośrednio transportowane do instalacji przetwarzania, co jest uzasadnione ekonomicznie i środowiskowo oraz znajduje oparcie w zasadzie bliskości (dotyczącej przetwarzania odpadów jak najbliższej miejsca ich wytworzenia – art. 20 Ustawy).

Zdaniem Konsorcjum F warunki udziału w Postępowaniu winny być interpretowane nie tylko zgodnie z ich literalnym brzmieniem, ale również z uwzględnieniem ustawowego kontekstu i celu, w którym są ustanawiane, w szczególności w kontekście przedmiotu zamówienia, którego należyte i prawidłowe wykonanie mają, przynajmniej po części, zabezpieczać. Jak wynika z treści art. 22 ust. 1b pkt 1 Pzp, warunki udziału w postępowaniu dotyczą kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Właśnie brak takich kompetencji i uprawnień jest zarzucany Przystępującemu w odwołaniu. Tymczasem dokładnie na podstawie kwestionowanych zezwoleń, Przystępujący wykonuje aktualnie przedmiotowe zamówienie, a zgodność z prawem jego działalności nie budzi żadnej wątpliwości i nie jest kwestionowana. Przystępujący może więc zgodnie z prawem wykonać przedmiot tego zamówienia, którym jest realizacja usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Kluczbork, w szczególności zgodnie z przepisami ustawy o odpadach posiadając i przedstawiając stosowne zezwolenia tam wskazane.

Konsorcjum F podkreśliło, że nie zachodzi w tym przypadku żadna analogia z sytuacją Wykonawcy K, który nie wykazał możliwości zbierania jakichkolwiek odpadów objętych przedmiotem zamówienia na terenie gminy Kluczbork. Przedstawił tylko zezwolenie na zbieranie odpadów, dotyczące odległego miejsca zbierania odpadów (gm. Strzelin) od terenu, gdzie odpady są odbierane (gm. Kluczbork). Zarówno ze względu na zasadę bliskości, jak i z powodu prostego rachunku ekonomicznego, transportowanie i zbieranie odpadów we wskazanym miejscu było niemożliwe.

Przystępujący oświadczył, że w ramach zarzutów odwołania KIO 1946/18 nie twierdził wcale, że decyzja na zbieranie odpadów wydana przez Starostę Kluczborskiego, którą powinien posiadać każdy wykonawca, musi obejmować wszystkie kody odpadów objęte przedmiotem zamówienia, nawet takie, które nie są zbierane. Natomiast twierdził, że tego przedmiotu zamówienia nie da się wykonać bez zbierania odpadów stanowiących zasadniczą część zamówienia na terenie Gminy Kluczbork.

W zakresie zarzutu braku wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania zdolności zawodowej, tj. doświadczenia w wykonaniu, co najmniej dwóch usług odbioru odpadów z terenu jednej gminy, Przystępujący podał, że z godnie z zasadami składni, gramatyki i interpunkcji języka polskiego, literalnie z treści warunku wynika, że wskazanie „z terenu jednej gminy” jest przydawką do 10.000 Mg, zatem odnosi się tylko do łącznej, wymaganej ilości odpadów, które mają być zebrane w ramach wykazywanej usługi z obszaru jednej gminy. Z treści warunku wynika nic innego jak wymóg wykonania 2 usług, a każda z tych usług charakteryzowana jest przez wymagany czas wykonywania (12 miesięcy) oraz ilość odpadów i teren ich zbierania (10.000 Mg z terenu jednej gminy). Nie ma znaczenia, czy usługa spełniająca warunek ilości ton i czasu w jakim była realizowana oraz druga usługa spełniająca te wymagania, realizowane były na terenie dwóch różnych gmin czy też były realizowane w jednej dużej gminie podzielonej na sektory i każdy sektor spełniał przedmiotowy warunek. Z treści warunku wynika tylko, że 10.000 ton zebranych w ramach każdej z wykazywanych usług winno być zebrane z terenu jednej gminy.

Niewątpliwie Zamawiający nie wymagał wykonania tych dwóch referencyjnych usług w tej samej gminie. Taka interpretacja prowadziłaby do znacznego ograniczenia konkurencji przez wyłączenie usług rzeczowo spełniających wymagania zamawiającego stawiane w celu weryfikacji doświadczenia wykonawcy. Brak jakiegokolwiek uzasadnienia, dla którego Zamawiający miałby wymagać doświadczenia w wykonaniu dwóch usług polegających na zagospodarowaniu 10.000 Mg odpadów rocznie z terenu jednej i tej samej gminy. Odebranie i zagospodarowanie 10.000 Mg odpadów z terenu jednej gminy i 10.000 Mg z terenu drugiej, jest rzeczowo (w znaczeniu nabytego doświadczenia) równoważne odebraniu i zagospodarowaniu 10.000 Mg i 10.000 Mg z tej samej gminy (co wykazywał Wykonawca K).

Konsorcjum F wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści decyzji Marszałka Województwa Opolskiego z 25 stycznia 2015 r. – zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydane na RIPOK w Gotartowie, na okoliczność braku możliwości przetwarzania w tej instalacji zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego i Konsorcjum F zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ;
2. wezwania Konsorcjum F do złożenia dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp – pisma z 6 listopada 2018 r.;
3. odpowiedzi Przystępującego na ww. wezwanie – pisma z 8 listopada 2018 r. wraz z wykazem wykonanych usług, decyzją Starosty Lublinieckiego z 30 sierpnia 2012 r., WOŚ.6233.17.2012, decyzją nr 1336/OS/15 Marszałka Województwa Śląskiego w Katowicach z 30 lipca 2015 r. i decyzją Starosty Kluczborskiego z 5 listopada 2015 r., ROŚ.6233.17.2015.EU;
4. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – pisma z 13 listopada 2018 r.;
5. wezwania Wykonawcy K do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – pisma z 31 sierpnia 2018 r.;
6. odwołania w sprawie KIO 1946/18.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę skład orzekający wziął pod uwagę wnioski płynące z wyroku KIO 1946/18.

W powyższych okolicznościach Izba uznała odwołanie za zasadne.

Przed wszystkim Konsorcjum F nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale VI ust. 2 pkt 2.1 lit. d SIWZ, nie przedstawiając Zamawiającemu zezwolenia na zbieranie odpadów będących przedmiotem zamówienia. Pod tym pojęciem kryją się, zdaniem składu orzekającego, odpady pochodzące z nieruchomości położonych na terenie gminy Kluczbork. W tym zakresie Izba podziela obszerny i szczegółowy wywód zawarty na str. 30-34 wyroku w sprawie KIO 1946/18, dający się podsumować stwierdzeniem, że Zamawiający wymagał przedstawienia decyzji – zezwolenia na zbieranie odpadów – pochodzącej od konkretnego organu, tj. od Starosty Kluczborskiego. Tak też sporny warunek interpretował sam Zamawiający, wzywając Wykonawcę K, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, pismem z 31 sierpnia 2018 r., do przedstawienia aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów od organu właściwego ze względu na miejsce zbierania odpadów, to jest Starosty Kluczborskiego. Wreszcie,

analogiczne stanowisko w kwestii interpretacji tego warunku prezentował sam Przystępujący, będąc odwołującym w sprawie KIO 1946/18. Wniosek taki wynika *explicite* z treści wniesionego uprzednio odwołania. W pkt II.1 *petitum* odwołania w sprawie KIO 1946/18 (str. 2) Konsorcjum F zarzuciło Zamawiającemu, że wybór oferty Wykonawcy K naruszał art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, jako że Wykonawca K nie posiadał aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów będących przedmiotem zamówienia, wskazując wprost na brak zezwolenia wydanego przez starostę miejscowo właściwego dla wykonania przedmiotu zamówienia. Na uzasadnienie tego zarzutu Przystępujący przedstawił, na str. 5 odwołania, argumentację świadczącą o prawidłowości wskazania przez Zamawiającego, w wezwaniu adresowanym do Wykonawcy K, na zezwolenie wydane przez Starostę Kluczborskiego, jako właściwego miejscowo dla odpadów będących przedmiotem zamówienia i podsumował, że do takiej konstatacji sprowadza się literalna wykładnia spornego warunku udziału w Postępowaniu. Przedstawiona w odwołaniu Konsorcjum F interpretacja znalazła następnie odzwierciedlenie w przywołanym wcześniej fragmencie uzasadnienia wyroku Izby w sprawie KIO 1946/18, stanowiąc jedną z podstaw nakazania Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy K z Postępowania (zob. pkt 2.1 sentencji przywołanego orzeczenia). *Ergo* ocena sytuacji podmiotowej Przystępującego, niezależnie od wywołanego przez Zamawiającego sporu o związanie składu orzekającego Izby w tej sprawie wydanym uprzednio wyrokiem KIO, musi uwzględniać wyrażone wcześniej przez Izbę zapatrywania, chociażby ze względu na konieczność przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 1 Pzp. Wyraża się ona obowiązkiem tożsamego potraktowania wykonawców znajdujących się w zbliżonej sytuacji. *Ad casum* okoliczność taka, zdaniem Izby, zachodzi, bowiem zarówno Wykonawca K (uprzednio), jak i Konsorcjum F (obecnie) nie wykazali spełnienia omawianego warunku udziału w Postępowaniu, ponieważ nie przedstawili zezwolenia obejmującego wszystkie (o czym poniżej) rodzaje odpadów, wydanego przez Starostę Kluczborskiego, jako organu właściwego ze względu na odpady będące przedmiotem zamówienia. W konsekwencji, ze wszystkich wskazanych powyżej powodów Izba nie uwzględniła argumentacji Przystępującego zawartej w złożonym piśmie procesowym, jako stanowiącej odstępstwo od przyjętej przezeń i uwzględnionej przez Izbę w wyroku KIO 1946/18 interpretacji treści warunku w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej. Tym samym, złożone przez Konsorcjum F decyzje wydane przez Starostę Lublinieckiego i Marszałka Województwa Śląskiego nie potwierdzały jego spełnienia.

Dotychczasowe rozważania należy uzupełnić o stwierdzenie, że wymagane przez Zamawiającego zezwolenie na zbieranie odpadów będących przedmiotem zamówienia obejmować musiało odpady o wszystkich wynikających z OPZ kodach, bowiem Zamawiający nie wyłączył z treści warunku żadnej kategorii odpadów. Do tak sformułowanej treści warunku żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zgłosił

zastrzeżeń, ani w drodze wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, ani w drodze środków ochrony prawnej. Odwołujący, odnosząc się do przedstawionej przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp decyzji Starosty Kluczborskiego (*nota bene* zezwolenia spełniającego opisany wcześniej wymóg w zakresie organu, który je wydał), trafnie wskazywał, że nie obejmuje ona odpadów wielkogabarytowych i zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, *ergo* nie może potwierdzać spełniania przez Konsorcjum F przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu. Stąd, zaprezentowana na rozprawie argumentacja Zamawiającego, wskazująca na zawartą przez Przystępującego umowę na przetwarzanie odpadów wielkogabarytowych, oraz stanowisko Przystępującego kwestionujące istotność udziału wspomnianych dwóch kategorii odpadów w strumieniu odpadów powstających u Zamawiającego, a także podważające zasadność zbierania tych odpadów w ogóle, nie mogły się ostać w świetle kategoriycznego brzmienia przedmiotowego warunku. Z tych samych względów przedstawiony przez Konsorcjum F na rozprawie dowód uznany został przez skład orzekający za nieistotny dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania.

Potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z Postępowania, którego zachowanie (tj. złożenie w JEDZ oświadczenia o spełnieniu m.in. warunku w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej) wyczerpało, w ocenie składu orzekającego, znamiona wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wspomniany warunek spełnia. Izba przyjęła przy tym, że Konsorcjum F działało w warunkach rażącego niedbalstwa, o czym świadczą następujące okoliczności.

Przystępujący nie wyraził w toku Postępowania żadnych wątpliwości co do treści przedmiotowego warunku, co uzasadnia wniosek, że od początku (tj. od zapoznania się z treścią SIWZ) interpretował go w określony sposób. Sposób ów, zdaniem Izby, ujawnił w odwołaniu w sprawie KIO 1946/18, wskazując na potrzebę przedstawienia zezwolenia na zbieranie odpadów wydanego przez konkretny organ. Konsorcjum F uzyskało potwierdzenie dokonanej w tym postępowaniu odwoławczym wykładni warunku w wyroku Izby rozstrzygającym o wniesionym przez nie odwołaniu. Następnie, w wykonaniu tego orzeczenia, Zamawiający wykluczył Wykonawcę K z Postępowania z uwagi na wprowadzenie go w błąd przy przedstawianiu informacji o spełnianiu przez niego rzeczzonego warunku. Ponadto, pismem z 6 listopada 2018 r., wezwał Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, m.in. do złożenia aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów, zgodnie z brzmieniem Rozdziału VI ust. 2 pkt 2.1 lit. d SIWZ. Biorąc pod uwagę dotychczasowy przebieg Postępowania oraz wyniki postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1946/18 nie sposób twierdzić, że w odpowiedzi na wspomniane wezwanie możliwe było złożenie

dokumentu innego niż zezwolenie na zbieranie wszystkich wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia odpadów, wydane przez Starostę Kluczborskiego. Przystępujący, jak wskazano powyżej, dokumentu takiego nie przedstawił, zatem złożone uprzednio oświadczenie o spełnianiu omawianego warunku było niezgodne z rzeczywistością. Przedstawiona na rozprawie i w piśmie procesowym argumentacja dotycząca prawidłowej wykładni treści warunku dotyczącego posiadania uprawnień, stanowiąca zaprzeczenie prezentowanego wcześniej stanowiska, miała wyłącznie na celu uchronienie Konsorcjum F przed negatywnymi skutkami wprowadzenia Zamawiającego w błąd, do czego – w wyniku wyboru oferty Konsorcjum F – niewątpliwie doszło.

Skład orzekający uznał, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd było wynikiem rażącego niedbalstwa. Istotę niedbalstwa trafnie scharakteryzował Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 8 marca 2017 r., XII Ga 1019/16 (niepubl.) wskazując, że „(...) Niedbalstwo łączy się ze stwierdzeniem niezachowania należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Oznaczony w ten sposób wzorzec ma charakter abstrakcyjny i odnosi się do każdego, kto znalazł się w określonej sytuacji. Co do zasady przy określaniu kształtu wzorca zachowań nie następuje odwołanie do cech osobistych podmiotu. Ocena działania i zaniechania podmiotu odpowiedzialnego wymaga odniesienia do modelu starannego działania, który kształtowany jest przez przepisy prawa, zasady współżycia społecznego, zwyczaje, zasady wykonywania zawodu. Niedbalstwem profesjonalisty będzie nie tylko niedołożenie należytej staranności ale także brak wiedzy, niezręczność, nieuwaga jeżeli nie powinny zaistnieć (...)”. Z powyższego wynika zatem, że niedbalstwo to nic innego, jak niezachowanie należytej staranności, czyli działanie nieodpowiadające obiektywnemu wzorcowi postępowania właściwemu danemu dłużnikowi. Natomiast o rażącym stopniu niedbalstwa decyduje jak znaczna jest różnica pomiędzy sposobem postępowania dłużnika a wspomnianym wzorcem. Co istotne, w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 K.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że skoro Przystępujący wiedział jak interpretować sporny warunek udziału w Postępowaniu, a – co więcej – posługując się tą wiedzą w postępowaniu odwoławczym KIO 1946/18 doprowadził do wykluczenia Wykonawcy K z Postępowania, to powinien był kwestię spełniania przez siebie tego warunku ustalić szczególnie starannie, w sposób niebudzący wątpliwości. Tymczasem działania Konsorcjum F nie odznaczały się jakąkolwiek starannością w tym zakresie, skoro

przedstawiło ono dokumenty, które nie potwierdzały spełnienia warunku, co uzasadnia wniosek o rażącym, w okolicznościach sprawy, niedbalstwie Przystępującego.

Rażąco niedbałe działanie Konsorcjum F w opisanej powyżej materii uzasadnia przyjęcie, że ziszczy się również przesłanki wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, bowiem – po pierwsze – informacje w zakresie spełnienia warunku udziału mieszczą się w kategorii informacji mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Po drugie – skoro Przystępujący działał w warunkach rażącego niedbalstwa, to tym bardziej jego działanie odznaczało się zwykłą postacią niedbalstwa (*argumentum a maiori ad minus*), przewidzianą w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Izba nie stwierdziła jednak naruszenia tej regulacji, jako że owo naruszenie uległo absorpcji przez obrazę art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

W konsekwencji stwierdzenia wprowadzenia Zamawiającego w błąd wyłączona została możliwość zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Postawiony w tym zakresie zarzut miał charakter ewentualny – jego rozpoznanie uzależnione było *de facto* od ziszczenia się warunku w postaci nie potwierdzenia się omówionych wcześniej zarzutów (zob. odwołanie, str. 4). Mając na uwadze okoliczność, że zakreślona przez Odwołującego podstawa rozpoznania zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp odpadła, Izba, zważywszy na wspomnianą konstrukcję tego zarzutu, nie objęła go wydanym rozstrzygnięciem.

Potwierdził się również zarzut dotyczący nie wykazania spełnienia przez Konsorcjum F drugiego z warunków udziału w Postępowaniu, dotyczącego zdolności zawodowej (zob. Rozdział VI ust. 2 pkt 2.3 ppkt 2.3.2 SIWZ). W tej kwestii Izba w całości podziela zapatrywania wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO 1946/18 (str. 47). Ponadto, także w zakresie omawianego zarzutu Przystępujący wykazał się brakiem konsekwencji w prezentowanym stanowisku procesowym, w stosunku do wcześniejszego postępowania odwoławczego. W sprawie KIO 1946/18 wskazywał bowiem na konieczność zrealizowania dwóch usług o podanych przez Zamawiającego parametrach na terenie tej samej gminy, argumentując to sprawdzaniem przez Zamawiającego powtarzalności doświadczenia wykonawcy (zob. odwołanie Konsorcjum F, str. 2 i 8-9), podczas gdy w tej sprawie przekonywał, że liczba gmin, na terenie których wykonano zamówienia nie ma żadnego znaczenia.

Także i w tym zakresie, pomimo nie wykazania przez Konsorcjum F spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, brak jest możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, z uwagi na konieczność wykluczenia Przystępującego z Postępowania w związku z uwzględnionym przez Izbę zarzutem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów odnoszących się do tego warunku byłoby niecelowe, skoro brak

jest możliwość uzupełnienia dokumentów związanych z pierwszym z omówionych warunków.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

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

Przewodniczący: