

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę: **M.-B. S.A.**, (...) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **M. Z. U. K. Sp. z o. o. w (...)**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **M. Z. U. K. Sp. z o. o. w (...)**, w zakresie zdania nr 1:
 - a) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności wykluczenia wykonawcy **M.-B. S.A.** z siedzibą w (...)i odrzucenia jego oferty;
 - b) powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy **M.-B. S.A.** z siedzibą w (...) oraz czynności oceny spełniania przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu;
 - c) wezwanie wykonawcy **M.-B. S.A.** z siedzibą w (...) do uzupełnienia, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, decyzji Starosty (...) z dnia 4 kwietnia 2008 r., znak: ORL.I.7644-6-9/08 w przedmiocie zezwolenia na prowadzenie przez wykonawcę **M.-B. S.A.** z siedzibą w (...) działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów.
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **M. Z. U. K. Sp. z o. o. w (...)**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **M.-B. S.A., (...)**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **M. Z. U. K. Sp. z o. o. w (...)** na rzecz wykonawcy: **M.-B. S.A., (...)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Świdnicy**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 644/17

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*odbiór i zagospodarowanie*”

odpadów z RIPOK w (...)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 listopada 2016 r. pod numerem 2016/S 227-413575.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec podjętych bądź zaniechanych przez Zamawiającego czynności polegających na:

- 1) zaniechaniu wezwania Odwołującego, celem wyjaśnienia wątpliwości mających znaczenie dla prawidłowej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jakie Zamawiający powziął na gruncie dokumentu referencji złożonego przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- 2) zaniechaniu wezwania Odwołującego, celem wyjaśnienia wątpliwości mających znaczenie dla prawidłowej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień, jakie Zamawiający powziął na gruncie, przedłożonej przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, decyzji zmieniającej decyzję o zezwoleniu na transport odpadów oraz decyzji - pozwolenia zintegrowanego;
- 3) wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz zawiązanej z tym wadliwej oceny, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a dodatkowo wobec wadliwej oceny, iż w sposób świadomy i zamierzony zataił przed Zamawiającym istotne okoliczności co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 4) odrzuceniu oferty Odwołującego wobec wykluczenia Odwołującego, a z ostrożności procesowej także wobec wadliwej oceny oferty i stwierdzenia, iż występują samoistne podstawy do jej odrzucenia w postaci niezaoferowania przez Odwołującego unieszkodliwiania odpadów o kodzie 19 12 12 oraz że udzielenie zamówienia Odwołującemu spowodowałoby naruszenie bezpieczeństwa publicznego;
- 5) unieważnieniu postępowania.

Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania i przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu:
 - a) wobec przedłożenia przez Odwołującego decyzji - pozwolenia zintegrowanego, określającego zdolność do odzysku odpadu o kodzie 19 12 12 jako komponentu paliwa alternatywnego (poprzednio proces R15) na poziomie niższym niż przewidywana ilość

odpadów podlegających odbiorowi w toku realizacji zamówienia (17 000 Mg/rok), w sytuacji gdy zgodnie z przedłożonym pozwoleniem zintegrowanym, Odwołujący posiada zezwolenie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12 nawet w wielkości 120 000 Mg/rok, a Zamawiający nie dokonał należytej analizy treści przedłożonego dokumentu - decyzji;

- b) Odwołujący nie przedstawił decyzji o zezwoleniu na transport odpadów o kodzie 19 12 12 na cały okres realizacji zamówienia, w sytuacji, gdy taki warunek w ogóle nie został sformułowany w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a przez to wobec Odwołującego stosowano warunki inne niż przyjęte dla pozostałych wykonawców;
 - c) Odwołujący przedstawił wyłącznie zmieniającą decyzję na transport odpadów o kodzie 19 12 12, a nie decyzję podstawową, pomimo iż z decyzji zmieniającej jednoznacznie wynika, iż Odwołujący dysponuje ważnym zezwoleniem na transport odpadów o kodzie 19 12 12;
 - d) Odwołujący przedstawił dokumenty referencji nieokreślające daty ich sporządzenia, podczas gdy dokument referencji określa jednoznacznie okres realizacji zamówienia wskazywanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału, zgodnie z wymogami SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a sama data wystawienia referencji nie decyduje o spełnieniu warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i przyjęcie, iż Odwołujący zataił przed Zamawiającym okoliczności świadczące o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu, co polegać miało na niepoinformowaniu o postępowaniu administracyjnym prowadzonym przez Ministra Środowiska w przedmiocie pozwolenia zintegrowanego, obejmującego zezwolenie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12, podczas gdy przedłożona decyzja jest ważna i prawomocna, jej wykonalność nie została wstrzymana, a toczące się wobec niej postępowanie w żaden sposób nie ogranicza możliwości korzystania przez Odwołującego z wynikających z niej uprawnień;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego w toku prowadzonego postępowania do wyjaśnienia dokumentów lub oświadczeń złożonych wraz z ofertą bądź też ich uzupełnienia, co do których Zamawiający powziął wątpliwości co do ich treści lub okoliczności w nich powołanych, w zakresie wyżej wskazywanych dokumentów: decyzji - pozwolenia zintegrowanego na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12, pozwolenia na transport odpadów i dokumentu referencji, co skutkowało wykluczeniem Odwołującego z udziału

w postępowaniu bez przeprowadzenia właściwej procedury, co stanowiło zastosowanie wobec Odwołującego zaniżonych standardów proceduralnych i naruszenie zasad przejrzystości oraz konkurencyjności;

a jako konsekwencję powyższych naruszeń:

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako konsekwencja bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich określonych w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, jako konsekwencję bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego;

a dodatkowo, wskutek wskazania alternatywnych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego Odwołujący podniósł naruszenie także:

- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, iż oferta Odwołującego pozostaje niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, wobec faktu złożenia oferty wyłącznie co do odzysku odpadów o kodzie 19 12 12, a nie ich unieszkodliwiania w procesie D5, podczas gdy zgodnie z przepisami obowiązującego prawa odpad o kodzie 19 12 12 nie może być unieszkodliwiany, a Zamawiający sam w toku odpowiedzi na pytania wykonawców w dniu 30 grudnia 2016 r. wskazał, iż proces unieszkodliwiania co do odpadów 19 12 12 nie jest wymagany i jednoznacznie zmodyfikował zapisy SIWZ;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, iż udzielenie zamówienia Odwołującemu spowodowałoby naruszenie bezpieczeństwa publicznego, a to wobec zwiększenia zagrożenia pożarowego, a tego bezpieczeństwa nie można zagwarantować w inny sposób, podczas gdy brak jest jakiegokolwiek związku przyczynowego pomiędzy udzieleniem zamówienia a powstaniem wzmiankowanego zagrożenia, a sam Zamawiający stoi na stanowisku, iż owo niebezpieczeństwo pozostaje co najwyżej potencjalne.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 4) dokonania powtórnej czynności oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz dokonania czynności oceny i badania oferty, w tym

- ewentualnego wezwania Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów i oświadczeń przedłożonych wraz z ofertą;
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
 - 6) zasądzenie zwrotu kosztów postępowania oraz zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez błędne stwierdzenie, iż Odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

1.1. Niewykazanie warunku udziału w postępowaniu poprzez złożenie decyzji – pozwolenia zintegrowanego na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12 w ilości 1083 Mg/rok.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający, jako pierwszą i podstawową przesłankę wykluczenia Odwołującego, wskazał brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podał, jak zauważył Odwołujący, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w pkt 3.3.15. SIWZ, szacowana ilość odpadów podlegająca odbiorom przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia wynosi 17 000 Mg/rok, z uwzględnieniem możliwości jej zmniejszenia bądź zwiększenia do ok 20%, co daje ok. 1471 Mg/miesiąc. Z kolei w myśl przedstawionej przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień, decyzji Wojewody (...) nr PZ 11/2007 z dnia 27 lipca 2007 r. udzielającej pozwolenia zintegrowanego, w jej pkt III.1.2.2, ilość dopuszczalnych do odzysku odpadów o kodzie 19 12 12 wynosi 1083 Mg/rok. W ocenie Zamawiającego, ilość odpadów możliwa do odzysku na podstawie przełożonej przez Odwołującego decyzji pozostaje znacznie mniejsza, niż ta, którą Zamawiający będzie przekazywał wykonawcy w toku realizacji zamówienia. Zamawiający przyjął, iż „wykonawca nie będzie mógł odebrać od Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia wymaganej ilości odpadów. Dopuszczalne do odzysku wartości graniczne odpadów o kodach 19 12 12 ujęte w przedłożonym przez M.-B. S.A. cytowanym wyżej Pozwoleniu Zintegrowanym stanowią, granicę technologiczną oraz granicę prawną (legalną) tzw. „mocy przerobowych” instalacji do odzysku. Przyjmowanie i przetwarzanie większej ilości odpadów o przedmiotowym kodzie jest więc technologicznie niemożliwe, a nawet jeżeli technologicznie jest możliwe — to jest po prostu nielegalne. Nie jest to ujemna właściwość samej oferty, lecz immanentna cecha (wartość kwalifikacji) przedsiębiorstwa Wykonawcy, która na obecny moment jest trwała, spetryfikowana i niezmienna. (...) Zamawiający nie może podpisać umowy z podmiotem, który

już po niespełna miesiącu wykonywania umowy dojdzie do granic swoich zdolności przetwórczych”.

Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego, polegające na wykluczeniu Odwołującego wobec wyżej wskazanych okoliczności było nieprawidłowe i nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający błędnie ustalił treść przedłożonej przez Odwołującego decyzji Wojewody (...) nr PZ 11/2007 z dnia 27 lipca 2007 r., udzielającej pozwolenia zintegrowanego, co do ilości możliwych do odzysku odpadów, co skutkowało błędną oceną spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz niezasadnym wykluczeniem z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z przedłożonym przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zezwoleniem na odzysk odpadów - decyzją Wojewody (...) nr PZ 11/2007 z dnia 27 lipca 2007 r., udzielającą pozwolenia zintegrowanego, ilość odpadów możliwych do odzysku dla poszczególnych kodów odpadów określono w pkt III.1.2.2 tabela nr 4. Dla odpadu o kodzie 19 12 12 określono wielkość 1083 Mg/rok, przy czym nie oznacza to, iż tylko taka ilość tego odpadu może zostać poddana procesowi odzysku. W myśl bowiem uwag do tabeli 4 pkt 3 (str. 14 decyzji) wskazano, że *„Sumaryczna ilość odpadów poddawanych odzyskowi w ZRO nie może przekroczyć 210 000 Mg/rok z możliwością zmiany ilości poszczególnych rodzajów odpadów”*. Parametr ten został następnie zmodyfikowany decyzją Marszałka Województwa (...) nr PZ 114.1/2010 z dnia 11 czerwca 2010 r., gdzie w pkt 10 rozstrzygnięcia (str. 7 decyzji) wskazano, iż *„wyrażenie 210 000 Mg/rok otrzymuje brzmienie 120 000 Mg/rok”*.

Oznacza to, zdaniem Odwołującego, iż łączna możliwość odzysku odpadów na podstawie przedłożonej przez Odwołującego decyzji wynosi 120 000 Mg/rok, a Odwołujący może swobodnie modyfikować wielkości odzysku poszczególnych kodów odpadów, określonych w tabeli 4 pkt III.1.2.2 pozwolenia zintegrowanego. Wartości tabeli określają wyłącznie górne wartości odzysku, przy założeniu prowadzenia równoległego odzysku wszystkich wskazanych tam kodów odpadów. W konsekwencji, przy założeniu, iż Odwołujący nie będzie dokonywał jednocześnie odzysku odpadów o innych kodach, wówczas ma możliwość prowadzenia odzysku odpadów o kodzie 19 12 12 nawet w wysokości 120 000 Mg/rok, tj. nawet do 10 000 Mg/miesiąc.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy Odwołujący wskazał, iż zgodnie z decyzją Wojewody (...) nr PZ 11/2007 z dnia 27 lipca 2007 r., udzielającą pozwolenia zintegrowanego oraz zmieniającą ją decyzją Marszałka Województwa (...) nr PZ 114.1/2010 z dnia 11 czerwca 2010 r., Odwołujący może prowadzić odzysk odpadów o kodzie 19 12 12

objętych przedmiotowym zamówieniem nawet na poziomie 120 000 Mg/rok, a więc wielokrotnie przewyższającym określoną przez Zamawiającego ilość 17 000 Mg/rok. Znacznie przewyższające oczekiwania Zamawiającego możliwości odzysku, jakimi dysponuje Odwołujący, umożliwiają wręcz bieżący odzysk odbieranych w toku realizacji zamówienia odpadów, nawet bez konieczności jakiegokolwiek ich magazynowania, na co wskazuje błędnie, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie dokonał analizy i weryfikacji dokumentów przedłożonych przez Odwołującego z należytą starannością, nie dokonując prawidłowego ustalenia wynikających z nich okoliczności. Doprowadziło to do błędnej oceny, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wobec braku możliwości prawnych wykonania przedmiotu zamówienia - odbioru i zagospodarowania ok. 17 000 Mg/rok odpadów o kodzie 19 12 12. Skutkowało to wadliwym wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy posiada on możliwości odzysku odpadów o kodzie 19 12 12 wielokrotnie przekraczające potrzeby Zamawiającego - nawet do 120 000 Mg/rok, a w efekcie daje rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie podlega wykluczeniu.

Wyłącznie z ostrożności procesowej i niezależnie od poniesionych wyżej argumentów Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp podstawą wykluczenia wykonawcy pozostaje brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jednoznacznie określony w dokumentach przetargowych, rozumiany w ten sposób, iż konkretny wykonawca nie spełniał postawionego warunku bądź też nie wykazał go w sposób określony przez zamawiającego (por. np. wyrok KIO z dnia 16 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1680/16).

Jak wskazał Odwołujący powyżej, warunki udziału w postępowaniu w zakresie zadania 1. Zamawiający sformułował w pkt 5.3.1. lit. a SIWZ co do warunku kompetencji lub uprawnień, a także w pkt 5.3.3 lit. a oraz lit. c SIWZ, co do warunku zdolności technicznej lub zawodowej. Odpowiednio, sposób wykazania spełnienia tych warunków określono w pkt 6.1 SIWZ oraz 6.2 SIWZ.

Żaden z określonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu nie nakłada, zdaniem Odwołującego, na wykonawców obowiązku posiadania czy przedłożenia decyzji obejmującej zezwolenie na odzysk całości tonażu odpadów o kodzie 19 12 12 przeznaczonych do odebrania w ramach realizacji zamówienia, tj. 17 000 Mg, w ciągu jednego roku kalendarzowego, czy w ogóle w jakimkolwiek okresie czasu. Warunek w takim brzmieniu nie został w ogóle przewidziany w treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Warunki udziału w postępowaniu zostały w niniejszej sprawie sformułowane jednoznacznie i w ten sposób, iż

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy „którzy będą ubiegać się o zamówienie (...) w zakresie nadania 1 posiadali - ważną decyzję – zezwolenie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12”. Z kolei dla potwierdzenia spełnienia warunku, wymagano kopii „ważnej decyzji – zezwolenia na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12”. Brak jest przy tym określenia jakichkolwiek wytycznych, co do treści decyzji - zezwolenia, którą dysponować ma wykonawca spełniający warunki określone w SIWZ, a w szczególności nie wskazano, iż zezwolenie obejmować ma odzysk odpadów na poziomie 17 000 Mg rocznie, czy w jakimkolwiek innym okresie.

Stwierdzić należy zatem, zdaniem Odwołującego, iż na gruncie treści SIWZ, warunek w zakresie kompetencji lub uprawnień określony w postępowaniu spełniał będzie każdy wykonawca, który posiada ważną decyzję - pozwolenie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12, bez względu na określone w niej parametry co do zdolności odzysku odpadów, czy „mocy przerobowej zakładu” w ciągu roku, czy też w innym okresie.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący skonstatował, iż Zamawiający zastosował art. 24 ust. pkt 12 ustawy Pzp w sposób dowolny oraz naruszający zasady konkurencyjności i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W toku postępowania zastosowano bowiem wobec Odwołującego warunek udziału w postępowaniu inny aniżeli wynikający z wyżej powołanych zapisów dokumentacji przetargowej. Treść warunku udziału w postępowaniu została przez Zamawiającego ustalona *ad hoc* na potrzeby oceny kwalifikacji konkretnego wykonawcy - Odwołującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wskazuje się w utrwalonym orzecznictwie KIO – „Wykonawca czytając SIWZ nie może się domyślać jakie wymagania powinien spełnić startując do przedmiotowego postępowania. Wymagania Zamawiającego powinny być określone w SIWZ w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości, gdyż sporządzona przez Zamawiającego SIWZ wiąże zarówno Zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów SIWZ musi być precyzyjna i jednoznaczna, a jakiegokolwiek wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, przy poszanowaniu przepisów prawa rozstrzygane na korzyść wykonawcy” (tak KIO w wyroku z dnia 27 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1672/14).

Odwołujący podkreślił, że możliwość przyjęcia różnych interpretacji zapisów SIWZ, ze względu na ich niejednoznaczność, chociażby w zakresie warunków podmiotowych nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości rozstrzygać należy na korzyść wykonawcy - „Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża

obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia siwz były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury” (tak KIO w wyroku z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 643/12).

Wykonawca składający w postępowaniu ofertę zgodną z wymogami wynikającymi z zapisów SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, musi mieć pewność, iż zostanie ona oceniona według określonych tam warunków, co w niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, nie miało miejsca, bowiem Zamawiający dopiero na gruncie treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego dookreślił treść warunku udziału w postępowaniu.

O całkowitej dowolności działań Zamawiającego względem warunków udziałów sformułowanych w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu świadczy, zdaniem Odwołującego, także fakt, iż nawet aktualnie nie jest możliwe ustalenie, jakie dokładnie brzmienie *de facto* nadaje im Zamawiający. Zgodnie z przedstawionym powyżej brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, nie jest możliwe ustalenie bowiem, czy jeśli potencjalny wykonawca przedłożyłby decyzję - zezwolenie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12, określającą ilość odpadów do odzysku na poziomie, np. 16 000 Mg bądź 14 000 Mg rocznie, to czy Zamawiający uznałby, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, czy też nie. Co więcej, jak podkreślił Odwołujący, zgodnie z pkt 3.3.16 SIWZ, ilość odpadów objęta zamówieniem może ulec zmianie nawet do 20%, toteż przyjmując argumentację Zamawiającego za zasadną, możliwe, że nawet wykonawca, który przedłożyłby zezwolenie na odzysk rzeczonych 17 000 Mg/rok, zostałby uznany za podmiot niespełniający warunków udziału w postępowaniu. Z kolei przeciwnie, przyjmując, że Zamawiający przekaże o 20% odpadów mniej niż planowane 17 000 Mg, przyjęcie, iż wykonawca musi posiadać zezwolenie na odzysk 17 000 Mg/rok, byłoby warunkiem nieodpowiadającym potrzebom Zamawiającego i ograniczającym konkurencję.

Raz jeszcze Odwołujący wskazał, iż wbrew stanowisku Zamawiającego, powołane powyżej zapisy warunków udziału w postępowaniu pozostają jednoznaczne - wykonawca powinien dysponować zezwoleniem na odzysk, ale bez określenia konkretnych parametrów tego zezwolenia. Dowodzi to jednocześnie, iż działania Zamawiającego wobec Odwołującego, a polegające na wykluczeniu go z postępowania, pozostawały całkowicie oderwane od zapisów dokumentacji przetargowej i sformułowanych tam warunków udziału w postępowaniu.

Skoro nie jest sporne, iż przedłożona przez Odwołującego decyzja Wojewody (...) nr PZ 11/2007 z dnia 27 lipca 2007 r., udzielająca pozwolenia zintegrowanego wraz z decyzjami zmieniającymi w pkt III.1.2.2, zawiera zezwolenie na prowadzenie procesu odzysku odpadów o kodzie 19 12 12, to tym samym, w ocenie Odwołującego, Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z przedstawionym wyżej i zawartym w treści pkt 5.3.1. lit. a SIWZ i

ogłoszenia o zamówieniu warunkiem w zakresie kompetencji i uprawnień, przedłożona decyzja, w ocenie Odwołującego, jest ważna, bowiem pozostaje ostateczna i prawomocna, jej wykonalność nie została wstrzymana, a w rezultacie Odwołujący posiada uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie odzysku odpadów, na które wskazuje Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu. Brak jest w rezultacie podstaw do przyjęcia, jak czyni to Zamawiający, iż przekładając sporną decyzję, Odwołujący nie wykazał spełniania warunku zdolności do zagospodarowania w ciągu roku 17 000 Mg odpadów o kodzie 19 12 12, bowiem taki warunek udziału w postępowaniu w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu nie został w ogóle sformułowany.

Reasumując Odwołujący wskazał, iż przedstawione przez Zamawiającego w treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z dnia 23 marca 2017 r. argumenty, co do zdolności i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia nie znajdują oparcia w okolicznościach sprawy. Odwołujący został wadliwie wykluczony z udziału w postępowaniu pomimo, iż wykazał spełnienie wszystkich warunków określonych w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

Po pierwsze, Zamawiający błędnie ustalił, iż posiadane przez Odwołującego zezwolenie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12 - decyzja Wojewody (...) nr PZ 11/2007 z dnia 27 lipca 2007 r., udzielającej pozwolenia zintegrowanego oraz decyzje zmieniające, uprawniają Odwołującego do odzysku odpadów o kodzie 19 12 12 wyłącznie w wielkości do 1083 Mg/rok, podczas gdy zgodnie z warunkami tych decyzji wielkość ta wynosi nawet 120 00 Mg/rok.

Po drugie, wskazywany przez Zamawiającego sposób realizacji zamówienia, związany w szczególności z okolicznością magazynowania odpadów przed ich odzyskiem czy sukcesywnym dokonywaniem odzysku nie ma znaczenia dla oceny spełnienia przez Odwołującego warunków podmiotowych i zastosowania art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp. W tym zakresie zastosowanie znajduje wyłącznie treść pkt 5.3.1. lit. a SIWZ co do warunku kompetencji lub uprawnień, a także w pkt 5.3.3 lit. a oraz lit. c SIWZ, a określone tam warunki zostały przez Odwołującego spełnione, bowiem przedłożył on ważną decyzję - zezwolenie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12, a treść warunku nie określa żadnych wytycznych co do posiadanego zezwolenia.

1.2. Niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez nieprzedstawienie decyzji – zezwolenia na transport odpadów na cały okres realizacji zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że jak podano w treści zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy z dnia 23 marca 2017 r., jako dodatkową przesłankę wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał fakt, iż Odwołujący nie przedstawił decyzji o zezwoleniu na transport odpadów o kodzie 19 12 12 na cały okres realizacji zamówienia.

Powyższe stanowisko Zamawiającego co do istnienia podstawy wykluczenia Odwołującego, zdaniem Odwołującego, pozostaje błędne. Zgodnie z pkt 5.3.1. lit. a SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali „*ważne zezwolenie na transport odpadów kodzie 19 12 12*”. W myśl natomiast pkt 6.2 SIWZ spełnienie tego warunku wykonawca wykazuje poprzez przedłożenie „*kopii ważnego zezwolenia na transport odpadów kodzie 19 12 12*”.

Ponownie Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z zapisami treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający nie wymagał od wykonawców co do warunków podmiotowych, aby posiadali, czy przedłożyli zezwolenie na transport obowiązujące w całym okresie realizacji zamówienia. Takiego wymogu nie sformułowano ani w zapisach SIWZ ani ogłoszenia o zamówieniu. Przeciwnie, zdaniem Odwołującego, powołane zapisy SIWZ pozostają jasne i jednoznaczne - wykonawca zobowiązany jest przedłożyć ważne zezwolenie na transport, bez określenia okresu ważności takiego zezwolenia. Stwierdzić należy zatem, zdaniem Odwołującego, iż na gruncie treści SIWZ, warunek w zakresie kompetencji lub uprawnień określony w postępowaniu spełniał będzie każdy wykonawca, który na dzień upływu terminu składania ofert posiada ważną decyzję - zezwolenie na transport odpadów o kodzie 19 12 12, bez względu na okres jego obowiązywania.

Pomimo wskazanego powyżej uzasadnienia postępowania Wykonawcy Odwołujący zauważył, że uprawnienia Wykonawcy w zakresie transportu odpadów obejmuje pozwolenie zintegrowane (punkt III.1.4 oraz załącznik nr 1 do niniejszego pozwolenia, lp. 583), którego kopia została przedstawiona Zamawiającemu na jego wezwanie. Pozwolenie to wydane jest na czas nieokreślony.

Ponownie Odwołujący zwrócił uwagę, iż na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający stosuje wobec Odwołującego warunki, które nie wynikają z treści dokumentacji przetargowej, a formułowane pozostają przez Zamawiającego *ad hoc* do oceny kwalifikacji podmiotowej Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, należy ponownie odwołać się do zasad określonych w orzecznictwie KIO, zgodnie z którymi, to Zamawiający odpowiada za treść dokumentacji przetargowej i sposobu sformułowania w nich określonych warunków. Jeżeli Zamawiający nie wyraził wprost odpowiedniego żądania, wówczas nie może egzekwować na gruncie oceny oferty, czy oceny kwalifikacji podmiotowej wykonawców - „*Wykonawca czytając SIWZ nie może się domyślać jakie wymagania powinien spełnić startując do przedmiotowego*

postępowania. Wymagania Zamawiającego powinny być określone w SIWZ w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości, gdyż sporządzona przez Zamawiającego SIWZ wiąże zarówno Zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów SIWZ musi być precyzyjna i jednoznaczna, a jakiegokolwiek wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, przy poszanowaniu przepisów prawa rozstrzygane na korzyść wykonawcy” (tak KIO w wyroku z dnia 27 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1672/14).

Jeżeli zatem Zamawiający nie wymagał przedłożenia zezwolenia obejmującego cały okres realizacji zamówienia, wówczas, zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego, wobec faktu, iż przedłożone przez niego zezwolenie wygasa w kwietniu 2018 r.

Wyłącznie z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż żądanie od wykonawców posiadania zezwoleń na cały okres realizacji zamówienia, stanowiłoby warunek ograniczający konkurencję. Skutkowałoby to bowiem wykluczeniem wszystkich tych wykonawców, którzy posiadają odpowiednie zezwolenia i ze względu na fakt ich obowiązywania nie mogą bądź nie muszą występować o ich przedłużenie na dodatkowy okres, pomimo pełnej możliwości relacji przedmiotu zamówienia na dzień upływu terminu składania ofert. Jak wskazuje się orzecznictwie KIO - *„Również bezzasadny jest zarzut, iż wybrany wykonawca winien legitymować się decyzją na odbiór odpadów komunalnych, której okres obowiązywania jest nie krótszy niż czasookres trwania danego zamówienia. Wywodzenie takiego obowiązku przez Odwołującego z interpretacji celowościowej uzasadnianej tym, że Zamawiającemu należy zapewnić niezakłóconą realizację zadań będących przedmiotem zamówienia, jest nadinterpretacją zarówno postanowień siwz, jak i przypisów ustawy pzp. Taki wymóg nie wynika z żadnego przepisu prawa, a nadto przy przyjęciu takiej zasady należałoby bezzasadnie oczekiwać od wykonawców składających oferty, aby występowali do organów administracji o wydawanie nowych decyzji w sytuacji kiedy dotychczasowa decyzja ma jeszcze moc obowiązującą” (wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2166/11.).*

W konsekwencji, także wobec tych okoliczności Odwołujący został, w jego ocenie, niezgodnie z prawem wykluczony z postępowania, bowiem posiadał i przedłożył kopię ważnej decyzji na transport odpadów o kodzie 19 12 12, zgodnie z zapisami pkt 5.3.1. lit. a SIWZ oraz pkt 6.2 SIWZ, a w konsekwencji spełniał rzeczony warunki udziału w postępowaniu.

1.3. Niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie decyzji – zezwolenia na transport odpadów zamiennej bez decyzji podstawowej.

Zgodnie z treścią zawiadomienia z dnia 23 marca 2017 r., jako alternatywną przesłankę faktyczną wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przyjęto, jak podał Odwołujący, fakt przedłożenia przez Odwołującego wyłącznie decyzji z dnia 24 sierpnia 2011 r., znak ORL - 1.6233.13.2011, zmieniającej pierwotne zezwolenie na transport, bez jednoczesnego przedłożenia decyzji podstawowej, tj. decyzji zmienionej z dnia 4 kwietnia 2008 r. znak ORL.I.7644-6-9/08. Zdaniem Zamawiającego stanowi to samodzielną przesłankę do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wskutek niewykazania spełnienia warunku w zakresie kompetencji i uprawnień.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 6.1 SIWZ, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień Zamawiający wymagał przedłożenia „kopii ważnego zezwolenia na transport odpadów o kodzie 19 12 12”. Poza tym nie określono żadnych dodatkowych kryteriów potwierdzenia spełnienia tego warunku.

Mając powyższe na uwadze, w toku postępowania przetargowego Zamawiający dokonując oceny spełnienia przez wykonawców tzw. warunków podmiotowych ustala wyłącznie, czy istnieje stan faktyczny i prawny potwierdzający posiadanie przez określonych wykonawców wymaganych kwalifikacji lub doświadczenia - jak wskazuje w swym orzecznictwie KIO: „*Ustawodawca wymaga, co wynika nie tylko z przywołanego § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ale również z art. 26 ust. 3 in fine Pzp, potwierdzenia stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej, niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert*” (tak KIO wyrok z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2939/12). Jeżeli posiadanie takich kwalifikacji wynika już z treści decyzji (zezwolenia) zmieniającej decyzję podstawową, to zbytecznym jest, zdaniem Odwołującego, żądanie przedłożenia obu aktów, bowiem nie wpływa to na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym Odwołujący wskazał, iż przedłożona przez Odwołującego decyzja zmieniająca zezwolenie na transport odpadów, na stronie 21 jednoznacznie wskazuje, iż odpady o kodzie 19 12 12 objęte są zezwoleniem na transport. Co więcej, w treści uzasadnienia decyzji zmieniającej wprost wskazano, iż zmiana dokonana została na wniosek Odwołującego i dotyczy „*poszerzenia treści zakresu decyzji o możliwość zbierania i transportu odpadów zużytego sprzętu elektronicznego z grupy 20 - odpady komunalne o kodach 20 01 35* i 20 01 30*”. Już z tego wynika zatem, zdaniem Odwołującego, iż zmiana decyzji - zezwolenia na transport odpadów w żadnym zakresie nie wpływa na uprawnienie Odwołującego do transportu odpadów o kodzie 19 12 12, które pozostaje aktualne.

W konsekwencji powyższego, przedłożona przez Odwołującego decyzja (zmieniająca)

- zezwolenie na transport odpadów z dnia 24 sierpnia 2011 r., znak ORL -1.6233.13.2011 w pełnym zakresie potwierdza, zdaniem Odwołującego, posiadanie przez Odwołującego uprawnienia, wymaganego w treści 5.3.1. SIWZ, tj. posiadanie zezwolenia na transport odpadów o kodzie 19 12 12. Przedłożenie rzeczonyj decyzji zmieniającej stanowiło należyte wykazanie spełnienia tego warunku, zgodnie z pkt 6.1 SIWZ. Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że przedstawiając pozwolenie zintegrowane wykazał, iż posiada decyzję zezwalającą na transport odpadów. Stąd też brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

1.4. Niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie dokumentu referencji bez oznaczenia daty ich wystawienia.

Odwołujący podał, że jak wskazano w treści zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy z dnia 23 marca 2017 r., jako dodatkową przesłankę wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał fakt, iż Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej przedstawił dokument referencji, który nie określa daty jego wystawienia. Wobec tego, zdaniem Zamawiającego - „nie sposób stwierdzić, czy zostały one <referencje> wystawione uprzednio czy następczo względem ogłoszenia o zamówieniu”, co stanowić ma samodzielną podstawę do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego co do wystąpienia podstawy do wykluczenia Odwołującego, zdaniem Odwołującego, pozostaje błędne. Po pierwsze, zgodnie z pkt 5.3.3. oraz 6.2 SIWZ określającymi warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz sposób wykazania jego spełnienia, Zamawiający nie określił żadnych konkretnych wymagań, co do daty wystawienia referencji, czy w ogóle ich minimalnej treści. Wyłącznie w treści pkt 6.2 lit. a wskazano, iż dla „(...) świadczeń okresowych bądź ciągłych nadal wykonywanych, referencje (...) powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (...)”. Przedstawione przez Odwołującego referencje wydane przez P. G. O. Sp. z o.o. w (...) dotyczyły jednak, jak wyjaśnił Odwołujący, usługi polegającej na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów o kodzie 19 12 12 w okresie od 7 stycznia 2014 r. do 30 stycznia 2015 r. Usługa objęta referencjami została zatem w całości wykonana przed ogłoszeniem o niniejszym zamówieniu, co nastąpiło w dniu 24 listopada 2016 r. W konsekwencji, wymóg pkt 6.2. lit. a SIWZ co do wydania referencji w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące od upływu terminu składania ofert, zdaniem Odwołującego, nie ma zastosowania do dokumentu referencji, przedłożonego w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego. Odwołujący nie przedłożył bowiem referencji dotyczących

usługi „*nadal wykonywanej*”, a już wykonanej i ostatecznie zakończonej.

W rezultacie, zgodnie z warunkiem w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonym w treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie jest istotna data wydania referencji, a wyłącznie potwierdzenie w nich należytego wykonania usługi. Przedłożone przez Odwołującego referencje spełniają, w jego ocenie, wymagania określone w pkt 5.3.3. SIWZ oraz pkt 6.2 lit a SIWZ oraz odpowiednie warunki ogłoszenia o zamówieniu, a w rezultacie brak jest podstaw do przyjęcia w tym zakresie podstaw do wykluczenia Odwołującego, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Wyłącznie na marginesie Odwołujący podał, iż w orzecznictwie KIO wskazuje się, iż data wystawienia dokumentu przedkładanego na potwierdzanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie ma znaczenia dla kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Zamawiający dokonuje bowiem oceny treści tego dokumentu pod kątem istnienia odpowiednich okoliczności faktycznych potwierdzających kwalifikacje podmiotowe wykonawcy, na dzień upływu terminu składania ofert. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2939/12, KIO 2942/12 – *„data wystawienia wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań zamawiającego jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu. Ustawodawca wymaga, co wynika nie tylko z przywołanego § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w prawie rodzajów dokumentów, ale również z art. 26 ust. 3 in fine Pzp, potwierdzenia stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej, niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert. Zatem fakt wystawienia dokumentu po upływie terminu składania ofert lub wniosków jest bez znaczenia, o ile z treści dokumentu wynika potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później, niż w tym dniu”*.

Wobec powyższego, również i w tym zakresie, zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw do przyjęcia zasadności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a podjęta w tym zakresie czynność Zamawiającego pozostaje błędna i narusza przepisy ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez błędne stwierdzenie, iż Odwołujący zataił informacje świadczące, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że zgodnie z treścią zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z dnia 23 marca 2017 r., Zamawiający wskazał, iż samodzielną i alternatywną podstawą faktyczną i prawną wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu pozostaje fakt zatajenia, iż *„decyzją Marszałka Województwa (...) z dnia 23 września 2016 r. cofnięto*

względem M.-B. SM. bez odszkodowania decyzję Wojewody (...) nr PZ 114/2007 z dnia 27 lipca 2007 r. udzielającej pozwolenia zintegrowanego” (tu decyzji - zezwolenia na odzysk odpadów). Według najlepszej wiedzy Zamawiającego należy rychle spodziewać się decyzji Ministra Środowiska w przedmiocie rozpoznania odwołania M.-B. SM. od powyżsi decyzji cofającej. Na zasadzie lojalności i zaufania Wykonawca powinien chociaż poinformować Zamawiającego, że istnieje potencjalne wysokie ryzyko, że może utracić w całości Rozwalenie Zintegrowane jeszcze przed podpisaniem umowy”. Stanowić ma to podstawę do stwierdzenia, iż Odwołujący zataił przed Zamawiającym okoliczności wskazujące, że nie spełnia warunków do udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, iż zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wykluczeniu podlega wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej kryteriami selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Na gruncie powołanego przepisu, jak podkreślił Odwołujący, istotne są zatem dwie zasadnicze przesłanki, które muszą zostać spełnione łącznie: 1) zatajone informacje mają decydujące znaczenie dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę; 2) wykonawca działa z zamiarem wprowadzenia w błąd lub rażącego niedbalstwa (por. Różowicz K., Wykluczenie wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, Wyd. ABC).

W niniejszej sprawie, w ocenie Odwołującego, brak jest spełnienia obu wskazanych wyżej przesłanek, a w rezultacie brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego. Po pierwsze, Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wskazano powyżej, zatajone informacje muszą mieć decydujące znaczenie dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, tj. powodować stan, w którym zamawiający dysponując zatajonymi przez wykonawcę informacjami nie miałby wątpliwości co do niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę i wynikającej stąd konieczności jego wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Taka sytuacja, zdaniem Odwołującego, nie ma miejsca w okolicznościach niniejszej sprawy. Decyzja Wojewody (...) nr PZ 114/2007 z dnia 27 lipca 2007 r., udzielająca pozwolenia zintegrowanego (zawierająca w szczególności zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku odpadów o kodzie 19 12 12) pomimo, iż toczy się w jej przedmiocie postępowanie wskazane przez Zamawiającego, pozostaje ważna i ostateczna, znajduje się w obrocie prawnym, a jej wykonalność nie została wstrzymana. Decyzja Marszałka

Województwa (...) z dnia 23 września 2016 r., uchylająca wskazaną decyzję - pozwolenie zintegrowane nie jest ostateczna wskutek wniesionego odwołania, na co sam wskazuje Zamawiający w treści swego zawiadomienia i jako taka nie podlega wykonaniu, zgodnie bowiem z art. 130 § 2 k.p.a. wniesienie odwołania w terminie wstrzymuje wykonanie decyzji.

Oznacza to, zdaniem Odwołującego, iż fakt prowadzenia wskazywanego przez Zamawiającego postępowania odwoławczego przed Ministrem Środowiska w żadnym zakresie nie wpływa na możliwość korzystania i wykonywania uprawnień wynikających z decyzji Wojewody (...) nr PZ 114/2007 z dnia 27 lipca 2007 r., udzielającej pozwolenia zintegrowanego, a w rezultacie na możliwość prowadzenia przez Odwołującego objętej nią działalności. Dopóki zatem decyzja Marszałka Województwa (...) z dnia 23 września 2016 r. w przedmiocie uchylecia decyzji Wojewody (...) nr PZ 114/2007 z dnia 27 lipca 2007 r. udzielającej pozwolenia zintegrowanego nie stanie się ostateczna, Odwołujący może prowadzić wymaganą zapisami SIWZ działalność, a w rezultacie spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazane w pkt 5.3.1. SIWZ.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób dowolny przyjął, że *„należy rychle spodziewać się decyzji Ministra Środowiska w przedmiocie rozpoznania odwołania M.-B. S.A. od powyższej decyzji cofającej”* i najwyraźniej założył, że decyzja ta będzie niekorzystna dla Odwołującego. Brak jest tymczasem ku temu jakichkolwiek przesłanek. Termin rozpatrzenia sprawy może bowiem być znacznie dłuższy niż tego „spodziewa” się Zamawiający, samo zaś rozstrzygnięcie może być dla Odwołującego korzystne.

W rezultacie Odwołujący stwierdził, iż okoliczność prowadzenia ww. postępowania w przedmiocie posiadanego przez Odwołującego zezwolenia zintegrowanego, w żadnym zakresie nie wpływa na ocenę spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nawet posiadając wiedzę co do prowadzonego postępowania w przedmiocie pozwolenia zintegrowanego nie może odmówić Odwołującemu spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.3.1 SIWZ, a w rezultacie brak jest podstaw do przyjęcia, iż Odwołujący zataił jakiejkolwiek okoliczności mające wpływ na ocenę spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, brak jest w konsekwencji podstaw do jego wykluczenia, na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, i z tych samych przyczyn, Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe przypisanie Odwołującemu działania z rażącym niedbalstwem poprzez nieprzedstawienie Zamawiającemu wskazywanych informacji. Jak wskazuje się w orzecznictwie, o przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej

(wyrok SN z 10.03.2004 r., sygn. akt: IV CK 151/03). Rażąco niedbalstwo jest zatem kwalifikowaną postacią braku staranności (niedbalstwa). Zachowanie, które można uznać za rażąco niedbałe, wykazuje drastyczny stopień naganności, znacznie odbiegający od modelu właściwego zachowania w danych warunkach i przez to graniczy z umyślnością (wyrok SN z 10.12.2003 r., sygn. akt: V CK 90/03).

Skoro zatem informacja co do prowadzonego w przedmiocie pozwolenie zintegrowanego przed Ministrem Środowiska nie ma żadnego znaczenia dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, to brak jest, zdaniem Odwołującego, podstaw do przypisania mu działania, czy też zaniechania z rażącym niedbalstwem. Nawet bowiem, gdyby Odwołujący poinformował o wskazywanych okolicznościach Zamawiającego, to i tak nie mogłoby to wpłynąć na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, zastosowanie przez Zamawiającego w przedstawionych wyżej okolicznościach przepisu art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp pozostawało nieuzasadnione, bowiem informacja, której zatajenie zarzucono Odwołującemu, nie ma żadnego wpływu na ocenę spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu - dysponuje on bowiem ważnym i obowiązującym pozwoleniem zintegrowanym, uprawniającym go do prowadzenia działalności w zakresie odzysku odpadów o kodzie 19 12 12, zgodnie z treścią pkt 5.3.1 SIWZ.

3. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów.

Niezależnie od podniesionych wyżej argumentów Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w treści zawiadomienia z dnia 23 marca 2017 r., jako uzasadnienie faktyczne wykluczenia Odwołującego z postępowania przyjmuje alternatywnie następujące okoliczności dotyczące dokumentów, przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

- 1) decyzji Wojewody (...) nr PZ 114/2007 z dnia 27 lipca 2007 r. udzielającej pozwolenia zintegrowanego wraz z decyzjami zmieniającymi, tj. decyzją Marszałka Województwa (...) nr PZ 114.1/2010 z dnia 11 czerwca 2010 r. oraz decyzją Marszałka Województwa (...) nr 114.2/2016 z dnia 15 września 2016 r. (decyzja - zezwolenie na odzysk odpadów):
 - ilość odpadów o kodzie 19 12 12 możliwych do odzysku rocznie przez Odwołującego,
 - prowadzenie w przedmiocie decyzji Wojewody (...) nr PZ 114/2007 z dnia 27 lipca 2007 r. udzielającej pozwolenia zintegrowanego postępowania przed Ministrem Środowiska;

2) decyzji Starosty (...) z dnia 24 sierpnia 2011 r. (znak ORL -1.6233.13.2011), zmieniającej pierwotne zezwolenia na transport odpadów o kodzie 19 12 12, tj. decyzję Starosty (...) z dnia 4 kwietnia 2008 r., znak ORL.I.7644-6-9/08:

- przedłożenie wyłącznie decyzji zmieniającej bez decyzji podstawowej;

3) dokumentu referencji wydanego przez P. G. Odwołujący Sp. z o.o. w (...):

- nieokreślenie daty wydania tego dokumentu.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż Zamawiający przed wykluczeniem Odwołującego nie wezwał go, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do wyjaśnienia bądź odpowiednio do uzupełnienia stwierdzonych braków, dotyczących powyższych okoliczności, pomimo przyjęcia następnie tych wątpliwości za podstawę wykluczenia Odwołującego.

Tym samym, jak zauważył Odwołujący, przed wykluczeniem Odwołującego Zamawiający nie podjął ani nie wyczerpał procedury ustalonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w istocie dopiero w treści zawiadomienia o wykluczeniu Zamawiający ujawnił wszelkie wątpliwości ustalone na gruncie ww. dokumentów. Przed wykluczeniem Odwołującego Zamawiający zobowiązany był wezwać go do wyjaśnienia stwierdzonych wątpliwości bądź przedłożenia dokumentów, których brak ustalono. Wezwanie winno z należytą starannością określać ustalone braki i wątpliwości, określając jednocześnie zakres koniecznych wyjaśnień bądź niezbędnych do przedłożenia dokumentów (tak np. wyrok KIO z dnia 12 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1561/16).

Odwołujący podkreślił, iż każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie (tak KIO w wyroku z dnia 8 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2547/10) oraz, że „*przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, na co wskazuje sformułowanie „wzywa a nie „może wezwać” i obliguje Zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie* (KIO w wyroku z dnia 9 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 419/12).

Zdaniem Odwołującego, przedstawione wyżej okoliczności stanowią rażący przykład naruszenia zasady konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców. Gdyby bowiem Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień bądź uzupełnienia braków, to okoliczności, na które wskazano w uzasadnieniu wykluczenia nie wystąpiłyby, bądź zostałyby wyjaśnione na etapie dokonania oceny przez Zamawiającego. W konsekwencji nie tylko brak byłoby podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, jak wykazano powyżej, ale czynność wykluczenia pozostawała przedwczesna. Obrazuje to jednocześnie istotny wpływ wskazywanego uchybienia na wynik niniejszej sprawy.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania wskutek bezzasadnego wykluczenia Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że konsekwencją powyższych uchybień musi pozostać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty i unieważnienie postępowania, jako rezultat wadliwego uznania, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zauważył, że jak wykazano powyżej, żadna z okoliczności faktycznych, podanych w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach sprawy oraz przedłożonych przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentach. Konsekwencją tego pozostaje, zdaniem Odwołującego, dowolność oraz wadliwość czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego, a w rezultacie także czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania.

5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, iż udzielenie zamówienia Odwołującemu spowodowałoby naruszenie bezpieczeństwa publicznego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż podnoszone są one wyłącznie z ostrożności procesowej, wobec podania w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z dnia 23 marca 2017 r. alternatywnych podstaw faktycznych, uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego.

Niezależnie od tego Odwołujący zwrócił uwagę, iż skoro Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na etapie oceny tzw. warunków podmiotowych, to dokonywał oceny samej oferty. Stąd też, brak jest, zdaniem Odwołującego, zasadności dla stwierdzenia Zamawiającego o równoległym do wykluczenia Odwołującego odrzuceniu jego oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp bądź art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podniesione w treści zawiadomienia argumenty wymagają jednak, zdaniem Odwołującego, ustosunkowania się do ich treści w niniejszym odwołaniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wskazano w treści zawiadomienia z dnia 23 marca 2017 r. – „ewentualne przyjęcie oferty naruszałoby bezpieczeństwo publiczne mieszkańców (...) poprzez zwiększenie ryzyka pożarowego (...) w wyniku ewentualnego przyjęcia oferty M.-B. S.A.

wzrosło by znacznie ryzyko kolejnych pożarów składowiska”, co Zamawiający uzasadnia koniecznością długotrwałego magazynowania odpadów wobec braku odpowiednich możliwości prawnych ich odzysku.

Odnosząc się do wskazanych powyżej i przedstawionych przez Zamawiającego okoliczności mających uzasadniać odrzucenie oferty Odwołującego, Odwołujący stwierdził, iż pozostają one błędne. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp wprowadza konkretne przesłanki umożliwiające jego zastosowanie, które w niniejszej sprawie nie zostały spełnione. Odrzucenie oferty możliwe jest wyłącznie wówczas, gdy jej przyjęcie naruszyłoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Odwołujący podniósł zatem, iż powołany przepis wymaga aby: 1) pomiędzy przyjęciem oferty, a naruszeniem bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa zachodził bezpośredni związek przyczynowy, także że przyjęcie oferty stanowi bezpośrednie naruszenie tych wartości; 2) niebezpieczeństwa związanego z przyjęciem oferty nie można uniknąć w inny sposób.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy Odwołujący zauważył, że po pierwsze, okoliczność zwiększonego ryzyka pożarowego, jako naruszającego bezpieczeństwo publiczne, została przez Zamawiającego przyjęta całkowicie dowolnie. Jak Odwołujący wskazał powyżej, brak jest podstaw do przyjęcia, iż odbierane w toku realizacji zamówienia odpady będą długotrwale zalegać wobec braków „*możliwości technicznych i prawnych*” ich przetworzenia. Również, jak wskazano powyżej, posiadane przez Odwołującego pozwolenie zintegrowane umożliwia odzysk odpadów o kodzie 19 12 12 nawet do 120 000 Mg/rok (zgodnie z pkt 3 pod tabelą nr 4 w pkt III.1.2.2 decyzji Wojewody (...) nr PZ 114/2007 z dnia 27 lipca 2007 r. udzielającej pozwolenia zintegrowanego, zmienionego pkt 10 Marszałka Województwa (...) nr PZ 114.1/2010 z dnia 11 czerwca 2010 r.) i to ten poziom „*możliwości technicznych i prawnych*” odzysku odpadów przyjąć należy dla oceny zdolności Odwołującego do wykonania przedmiotu zamówienia.

W efekcie, zdaniem Odwołującego, nie znajduje uzasadnienia podstawowy argument Zamawiającego, dotyczący braku możliwości technicznych i prawnych dla odzysku odpadów odbieranych w toku realizacji zamówienia oraz mająca wiązać się z tym konieczność ich długotrwałego magazynowania zwiększającego ryzyko pożarowe. W związku ze wskazanymi powyżej możliwościami odzysku odpadów o kodzie 19 12 12 na poziomie 120 000 Mg/ rok, Odwołujący jest w stanie dokonywać odzysku odbieranych w toku realizacji zamówienia odpadów na bieżąco, nawet bez konieczności ich częściowego magazynowania. W efekcie powyższego, w ocenie Odwołującego, brak jest podstaw faktycznych do przyjęcia, jak

wskazuje Zamawiający, iż „odpad w oczekiwaniu na potworzenie zalegać będzie długo w bezpośredniej bliskości Z. R. O. - które to w powiązaniu z okolicznością, że już wcześniej zalegało tam duży tego typu odpadów przesypanych się na kwaterę nr IV pobliskiego składowiska odpadów - oraz z okolicznością łatwopalności tego typu odpadów (...) sprawi, że w wyniku ewentualnego przyjęcia oferty M.-B. S.A. wzrosłoby znacznie ryzyko pożarów składowiska”.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, brak jest w niniejszej sprawie także podstaw prawnych dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp. Po pierwsze bowiem, brak jest bezpośredniego związku przyczynowego pomiędzy udzieleniem zamówienia a powstaniem stanu zagrożenia bezpieczeństwa publicznego. Sam Zamawiający wskazuje bowiem, iż zagrożenie pożarami ma charakter potencjalny i niepewny, uwarunkowany szeregiem okoliczności, które musiałyby zaistnieć, a prawdopodobieństwo ich rzeczywistego wystąpienia pozostaje znikome. Stanowisko Zamawiającego warunkowane jest przede wszystkim magazynowaniem odpadów odbieranych w toku realizacji zamówienia, co jak Odwołujący wskazał wyżej, wobec możliwości prawnych i technicznych odzysku odpadów na poziomie 120 000 Mg/ rok w ogóle nie musi mieć miejsca.

Następnie Zamawiający zakłada, że ilość magazynowanych odpadów będzie tak znaczna, że odpady będą wręcz przesypywać „się na kwaterę nr IV pobliskiego składowiska odpadów”, co w istocie pozostaje, w ocenie Odwołującego, wyłącznie całkowicie dowolnym i bezpodstawnym stanowiskiem Zamawiającego. Zamawiający bezpodstawnie zakłada, że Wykonawca będzie magazynował odpady będące przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego w znaczącej ilości. Wreszcie Zamawiający zakłada, iż magazynowane odpady o kodzie 19 12 12 ulegać będą pożarom, co o ile może wydarzyć się wskutek nagłego i nieprzewidywalnego zjawiska, to pozostaje wyłącznie zjawiskiem hipotetycznym, czemu przeciwdziałać mają wszelkie procedury bezpieczeństwa obowiązujące Odwołującego zgodnie z prawem.

W powyższym kontekście, Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, że skoro Zamawiający przyjmuje, iż magazynowany odpad o kodzie 19 12 12 jest materiałem łatwopalnym oraz, iż postępowanie z tym odpadem zgodne jest i będzie z przepisami prawa, to logicznie przyjęć także trzeba, że ryzyko zapłonu jest takie same nie tylko u Odwołującego, ale także u każdego z potencjalnych wykonawców, jak i u samego Zamawiającego.

Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego, mają w rezultacie wyłącznie charakter hipotetyczny i nie stanowią podstawy do przyjęcia, iż udzielenie zamówienia Odwołującemu naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż

udzielenie zamówienia Odwołującemu powoduje naruszenie bezpieczeństwa publicznego. Okoliczności, na które wskazuje Zamawiający podnieść można w stosunku do każdego potencjalnego wykonawcy, ubiegającego się udzielenie niniejszego zamówienia.

Z kolei druga z przesłanek wskazuje, jak podał Odwołujący, iż nawet w sytuacji, gdy przyjęcie oferty i udzielenie zamówienia powodowałoby zagrożenie dla wskazywanych wartości, to stanowi to podstawę odrzucenia oferty wyłącznie, jeśli bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób, a więc odrzucenie oferty pozostaje jedynym możliwym środkiem ochrony. Jak wskazuje się w literaturze: „Oznacza to, że w pierwszej kolejności zamawiający powinien zbadać wszystkie możliwe sposoby zapewnienia bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa. Dopiero brak innych możliwości, mogą skutkować odrzuceniem oferty” (Falkowska M., Przesłanki odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wyd. ABC).

Zamawiający pomija zatem, zdaniem Odwołującego, iż przestrzeganie warunków pozwoleń oraz przepisów związanych z działalnością odpadową, w tym podnoszonych w uzasadnieniu wykluczenia zasad magazynowania odpadów i przeciwdziałania ryzyku pożarowemu, podlega kontroli ze strony właściwych organów administracji publicznej, w tym inspekcji ochrony środowiska oraz organów wydających właściwe zezwolenia. To zatem te organy, a nie Zamawiający gwarantują, iż okoliczności, na które wskazuje Zamawiający nie wystąpią, a w przypadku zaistnienia naruszeń prawa podejmą właściwe działania prawne i faktyczne, zapobiegając potencjalnym naruszeniom bezpieczeństwa lub interesu, na które wskazano w uzasadnieniu zawiadomienia z dnia 23 marca 2017 r.

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, iż wskazywane przesłanki odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp muszą wystąpić łącznie, brak jest, zdaniem Odwołującego, podstaw dla przyjęcia, iż oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu na tej podstawie.

6. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego pozostaje niezgodna z SIWZ, wskutek niezaoferowania unieszkodliwiania odpadów o kodzie 19 12 12, a wyłącznie ich odzysku.

Odwołujący podał, że jak wskazano w zawiadomieniu z dnia 23 marca 2017 r. Zamawiający zarzucił, iż Odwołujący w swej ofercie zaoferował wyłącznie odzysk odpadów, a nie ich unieszkodliwienie – „kategorycznie trzeba wskazać, że wykonawca oferował jedynie odzysk odpadów, a nie ich unieszkodliwienie”.

Powyższe stanowisko, zdaniem Odwołującego, pozostaje błędne, bowiem nie uwzględnia, iż Zamawiający zmodyfikował zapisy SIWZ w toku udzielanych wyjaśnień, tj. w

trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2016 r., w pytaniu nr 3 wskazano, iż odpady o kodzie 19 12 12, których dotyczy przedmiot zamówienia nie spełniają kryteriów określonych w załączniku nr 4 do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 16 lipca 2015 r. w sprawie dopuszczania odpadów do składowania na składowiskach, a w związku z tym mogą podlegać wyłącznie procesowi odzysku, a nie unieszkodliwiania.

Zamawiający, jak podał Odwołujący, uznał tę uwagę i zmodyfikował treść SIWZ w zakresie warunków udziału wykonawców w postępowaniu, tj. w pkt 5.3.1 oraz 6.1 SIWZ usuwając zapisy dotyczące procesów unieszkodliwiania, przy czym błędnie nie zmodyfikowano pkt 3.3.13 SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, iż pomimo braku modyfikacji przez Zamawiającego pkt 3.3.13 SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, to w związku z modyfikacją w pkt 5.3.1 oraz 6.1 SIWZ oraz wyjaśnieniami Zamawiającego udzielonymi w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiotem zamówienia pozostaje wyłącznie odzysk odpadów o kodzie 19 12 12.

Stanowisko przeciwne prowadziłyby bowiem do przyjęcia, w ocenie Odwołującego, iż Zamawiający wymagał złożenia ofert na zakres niezgodny z prawem, tj. sprzeczny z ww. rozporządzeniem, określającym zasady gospodarowania odpadami, a jednocześnie w zakresie sprzecznym z uwzględnionym przez siebie pytaniem nr 3 wykonawcy oraz dokonaną w związku z tym modyfikacją SIWZ.

Skoro zatem Zamawiający uznał zastrzeżenia przedstawione w pytaniu nr 3 wskazanym w piśmie z dnia 30 grudnia 2016 r. i zmodyfikował odpowiednie zapisy, rezygnując z konieczności unieszkodliwiania odpadów o kodzie 19 12 12, to w świetle tego, zdaniem Odwołującego, zmodyfikował wszystkie właściwe zapisy SIWZ, a przedmiot zamówienia winien zostać ustalony zgodnie z dokonaną modyfikacją i przedstawionymi odpowiedziami.

Odwołujący zauważył, że jak wskazuje się w orzecznictwie, od momentu publikacji wyjaśnień do treści SIWZ zarówno zamawiający, jak i wykonawca są związani ich treścią – *„wyjaśnienie udzielane w zakresie odnoszącym się do siwz stanowi rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowiąc także rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego modyfikowania treści siwz (tak wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt: V Ca 1311/02).*

Powyższe potwierdza również stanowisko KIO, zgodnie z którym wykonawca sporządzając ofertę musi brać pod uwagę pełną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień treści specyfikacji. Wykonawca musi brać pod uwagę wyjaśnienia specyfikacji łącznie z pytaniami, gdyż wyjaśnienia są udzielane do konkretnego zagadnienia (wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 580/11).

W konsekwencji powyższego, złożenie przez Odwołującego oferty wyłącznie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12 pozostawało w zgodzie z brzemieniem SIWZ ustalonym na podstawie wyjaśnień zamawiającego z dnia 30 grudnia 2016 r. - odpowiedź na pytanie nr 3. W rezultacie brak jest podstaw, zdaniem Odwołującego, do odrzucenia oferty na podstawie okoliczności wskazywanych przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia, w ramach zadania nr 1, jest odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 12 (część 3 pkt 3.1. ppkt 3.1.1. SIWZ). Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał szacowane ilości odpadów: „*odpady o kodzie 19 12 12 w ilości do 17 000 Mg/rok*” (część 3 pkt 3.3. ppkt 3.3.15 lit. a SIWZ). Termin wykonania zamówienia Zamawiający określił „*od dnia 01.06.2017 r. do 31.05.2018 r.*” (część 4 SIWZ).

Zamawiający w części 5 pkt 5.3 ppkt 5.3.1. lit. a SIWZ (w wersji po zmianie w dniu 30 grudnia 2016 r.) określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej wskazując, że wykonawca spełni przedmiotowy warunek, w zakresie zadania nr 1, jeśli wykaże, że posiada:

1. Ważną decyzję – zezwolenie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12.
2. Ważne zezwolenie na transport odpadu o kodzie 19 12 12.

Jednocześnie Zamawiający postanowił (część 6 pkt 6.1. ppkt 6.1.1. SIWZ – wersja po zmianie w dniu 30 grudnia 2016 r.), że „*w celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć w ramach Zadania nr 1:*

1. *Aktualne na dzień składania ofert oświadczenie na formularzu JEDZ (załącznik nr 2 do SIWZ). Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.*
2. *Kopię ważnej decyzji – zezwolenia na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12.*
3. *Kopię ważnego zezwolenia na transport odpadu o kodzie 19 12 12.”*

Zamawiający w części 5 pkt 5.3 ppkt 5.3.3. lit. a SIWZ (w wersji po zmianie w dniu 30 grudnia 2016 r.) określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej wskazując, że wykonawca spełni przedmiotowy warunek, w zakresie zadania nr 1, jeśli wykaże, że: „*w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują należycie minimum jedną udokumentowaną usługę zagospodarowania odpadów komunalnych o kodzie 19 12 12 (frakcja nadsitowa) o łącznej masie co najmniej 10 000 Mg (zakres zrealizowany) -*

w zakresie zadania nr 1”.

„W celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 5.3.3. SIWZ, zamawiający żąda od wykonawcy:

- a) Wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (odpowiednio dla zadania, na które wykonawca składa ofertę)” (część 6 pkt 6.2. lit. a SIWZ).

Pismem z dnia 3 marca 2017 r. Zamawiający, na podstawie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego, „którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie zadania nr 1, do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, tj.

1. W celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, o którym mowa w pkt. 5.2.1. lit. a) SIWZ, zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia:
 - a) Kopii ważnej decyzji - zezwolenia na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12
 - b) Kopii ważnego zezwolenia na transport odpadu o kodzie 19 12 12.
2. W celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 5.3.3. SIWZ, zamawiający żąda od wykonawcy:
 - a) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (odpowiednio dla zadania, na które wykonawca składa ofertę) - na załączniku nr 5 do siwz”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 6 marca 2017 r.) Odwołujący przedłożył m.in. decyzję nr PZ 114/2007 wydaną w dniu 27 lipca 2007 r. przez Wojewodę (...) (znak: SR.IV.6619/W63/5/06/07) mocą której udzielono Odwołującemu „pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji zlokalizowanych w (...) (...) o nazwie:

- *Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne o zdolności przyjmowania odpadów ponad 10 Mg na dobę z wydzieloną kwaterą do składowania odpadów niebezpiecznych zawierających azbest,*
- *Zakład R. Odwołujący; odzysk odpadów niebezpiecznych o zdolności przetwarzania ponad 10 Mg na dobę*

na warunkach określonych w niniejszej decyzji”.

W pkt III.1.2.2. *Odzysk odpadów w Z. R. O. w (...) w procesie R15*, zawarta jest tabela nr 4 określająca rodzaje i ilości odpadów przeznaczonych do produkcji granulatu „B.-e.” oraz paliw alternatywnych (opady 19 12 10 lub 19 12 11*) w Z. R. O. . Wśród odpadów wymienionych w rzeczonyj tabeli znajduje się odpad o kodzie 19 12 12 z określeniem ilości tego odpadu na poziomie 1083 Mg/rok (Lp. 333).

Jednocześnie pod przedmiotową tabelą zawarto uwagi, m.in. w pkt 3 wskazano, że „*sumaryczna ilość odpadów poddanych odzyskowi w ZRO nie może przekroczyć – 210 000 Mg/rok z możliwością zmiany ilości poszczególnych rodzajów odpadów*”. Wskazana wartość 210 000 Mg/rok została zmieniona i określono ją na poziomie 120 000 Mg/rok (pkt 10 decyzji nr PZ 114.1/2010 z dnia 11 czerwca 2010 r. wydanej przez Marszałka Województwa

Dolnośląskiego).

W pkt III.1.4 przywołanego pozwolenia zintegrowanego wskazano: *„Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów na terenie całego kraju zgodnie z załącznikiem nr 1 stanowiącym integralną część niniejszej decyzji”*. W rzeczonym załączniku zawarta jest tabela nr 8 określająca rodzaje odpadów przewidzianych do transportu i zbierania na terenie Składowiska i Z. R. O. w (...), w której wskazano m.in. odpad o kodzie 19 12 12 (Lp. 583).

Wśród dokumentów przedłożonych w odpowiedzi na powołane wezwanie Zamawiającego znajduje się również decyzja z dnia 24 sierpnia 2011 r. wydana przez Starostę (...) (znak: ORL.I.6233.13.2011 zmieniająca decyzję Starosty (...) z dnia 4 kwietnia 2008 r. (znak: ORL.I.7644-6-9/08), którą udzielono Odwołującemu zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów, zmieniona następnie decyzją Starosty (...) z dnia 29 lipca 2010 r. (znak: ORL.I.7644-6-1/09). Z przedłożonej decyzji wynika, że pkt I.1. powołanej decyzji z 2008 r. otrzymuje nowe brzmienie poprzez określenie rodzajów odpadów przewidywanych do zbierania i transportu, a wśród nich wymieniono odpad o kodzie 19 12 12. W pozostałej części decyzja nie uległa zmianie. Z uzasadnienia rzeczonyj decyzji zmieniającej wynika, że: *„Zmiana dotyczy poszerzenia treści zakresu decyzji o możliwość zbierania i transportu odpadów zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego z grupy 20 – Odpady komunalne o kodach: 20 01 35* i 20 01 36”*.

W przedłożonym przez Odwołującego, na wezwanie Zamawiającego, Wykazie usług wskazano referencyjną usługę zrealizowaną w okresie od 7 stycznia 2014 r. do 30 stycznia 2015 r. na rzecz Przedsiębiorstwa G. O. sp. z o.o. w (...). Do przedmiotowego wykazu zostały dołączone referencje pochodzące od Przedsiębiorstwa G. O. sp. z o.o. w (...) o następującej treści: *„Niniejszym potwierdzamy, że w ramach współpracy pomiędzy M.-B. S.A. (...), a Przedsiębiorstwem G. O. sp. z o.o. w (...) (...) w okresie od 07.01.2014 do 30.01.2015 roku, spółka M.-B. S.A. wykonała usługi związane z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem – odzyskiem w procesie R 12 odpadów o kodzie 19 12 12 w ilości 10326,46 MG o łącznej wartości 1 500 968,58 zł brutto. Zlecone prace wykonuje rzetelnie, terminowo, zapewniając jednocześnie pełną dyspozycyjność w zakresie powierzonych zadań”*.

Pismem z dnia 23 marca 2017 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo o następującej treści: *„Zamawiający Wyklucza Państwa z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 upzp z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu - a niezależnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 upzp - z powodu świadomego*

i zamierzonego wprowadzenia przez Państwa Zamawiającego w błąd w kwestii spełnienia przez Państwa wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz zatajenia przez Państwa istotnych informacji.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm. dalej upzp) informujemy, że Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuca Państwa ofertę, jako ofertę, która została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie na marginesie wskazujemy na alternatywną podstawę do odrzucenia Państwa oferty w postaci art. 89 ust. 1 pkt 7d upzp z uwagi na potencjalną możliwość naruszenia bezpieczeństwa publicznego na skutek przyjęcia Państwa oferty, którego to bezpieczeństwa potencjalnie nie sposób byłoby zagwarantować w inny realnie możliwy do wykonania sposób.

Zgodnie z art. 93 ust.3 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm. dalej upzp) informujemy, że Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych unieważnia postępowanie o udzieleniu zamówienia w zakresie zadania nr 1, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, jak również nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

Uzasadnienie faktyczne

1. Zamawiający określił w pkt. 3.3.15 siwz szacowaną ilość odpadów o kodzie 19 12 12 przekazywaną Wykonawcy przez Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia na około 17 000 Mg/rok. Jest to około 1417 Mg miesięcznie. Tożsama informacja zawarta została również w Ogłoszeniu o zamówieniu w Krótkim opisie zamówienia, tj. w jednostce redakcyjnej II. 1.4. Zgodnie z przedstawioną Zamawiającemu decyzją nr PZ 114/2007 z dnia 27 lipca 2007 r. pkt. III.1.2.2. Odzysk Odpadów w Z. R. Odpadów w (...) w procesie R15 Tabela 4 Rodzaje i ilości odpadów przeznaczonych do produkcji granulatu „B.-e.” oraz paliw alternatywnych (odpady 19 12 10 lub 19 12 11) w Zakładzie R. O. - ilość dopuszczalnych do odzysku odpadów o kodzie 19 12 12 wynosi 1083 Mg/rok, a więc znacząco mniej niż ilość odpadów, jaką Zamawiający będzie przekazywał Wykonawcy.

Dlatego też Wykonawca nie będzie mógł odebrać od Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia wymaganej ilości odpadów. Dopuszczalne do odzysku wartości graniczne odpadów o kodach 19 12 12 ujęte w przedłożonym przez M.-B. S.A. cytowanym wyżej Pozwoleniu Zintegrowanym stanowią granicę technologiczną oraz granicę prawną (legalną) tzw. „mocy przerobowych” instalacji do odzysku. Przyjmowanie i przetwarzanie większej ilości odpadów o przedmiotowym kodzie jest więc technologicznie niemożliwe, a nawet jeżeli

technologicznie jest możliwe - to jest po prostu nielegalne. Nie jest to ujemna właściwość samej oferty, lecz immanentna cecha (wartość kwalifikacji) przedsiębiorstwa Wykonawcy, która na obecny moment jest trwała, spetryfikowana i niezmienna. Stąd brak po stronie Zamawiającego konieczności, ani nawet sensu konsultowania tej kwestii z Wykonawcą, czy też wzywania Wykonawcy do jakichkolwiek uzupełnień lub wyjaśnień przed Jego obligatoryjnym wykluczeniem. Zamawiający nie może podpisać umowy z podmiotem, który już po niespełna miesiącu wykonywania umowy dojdzie do granic swoich zdolności przetwórczych wynikających z treści Pozwolenia Zintegrowanego. Jednocześnie kategorycznie trzeba wskazać, że Wykonawca oferował jedynie odzysk rzeczonych odpadów, a nie ich unieszkodliwienie.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd składając ofertę i wprost wskazując na pierwszej stronie oferty, że oferuje transport i unieszkodliwienie odpadów o kodzie 19 12 12 w ilości 17 000 Mg/rok za 3.350.700,00 zł brutto. W kontekście treści Pozwolenia Zintegrowanego, które dopuszcza odzysk takiej ilości odpadów przez Wykonawcę, ale nie w przeciągu roku lecz w przeciągu ponad 15 lat (sic!) - prima facie należy stwierdzić, że Wykonawca w sposób świadomy złożył ofertę będąc świadomym braku kwalifikacji i zdolności do udźwignięcia ciężaru wykonawstwa.

Wykonawca zataił również okoliczność, że Decyzją Marszałka Województwa (...) z dnia 23 września 2016 r. cofnięto względem M.-B. S.A., bez odszkodowania, decyzję Wojewody (...) nr PZ 114/2007 z dnia 27 lipca 2007 r. udzielającej pozwolenia zintegrowanego. Według najlepszej wiedzy Zamawiającego należy rychło spodziewać się decyzji Ministra Środowiska w przedmiocie rozpoznania odwołania M.-B. S.A. od powyższej decyzji cofającej. Na zasadzie lojalności i zaufania Wykonawca powinien chociaż poinformować Zamawiającego, że istnieje potencjalne wysokie ryzyko, że może utracić w całości Pozwolenie Zintegrowane jeszcze przed podpisaniem umowy lub przed rozpoczęciem jej wykonywania.

Zamawiający pragnie zasygnalizować Wykonawcy także i inne istotne kwestie, które alternatywnie względem powyższych mogłyby stanowić podstawy do wykluczenia Wykonawcy.

Zgodnie z przedstawionymi dokumentami decyzja na transport odpadów dla firmy M.-B. S.A. wydana została w dniu 4.04.2008 r. W świetle obowiązujących przepisów ważna jest więc ona do kwietnia 2018 r., nie obejmuje więc całego okresu realizacji zamówienia.

Ponadto Wykonawca przedstawił wyłącznie zmieniającą decyzję na transport odpadów nie przedstawiając jednocześnie decyzji pierwotnej (podstawowej).

Dodatkowo przedstawione przez Wykonawcę referencje z P. G. O. Sp. z o.o. w (...) nie zawierają jakiegokolwiek daty ich sporządzenia. Jest to istotny brak, gdyż „dokument” bez daty

nie jest dokumentem, a ponadto nie sposób stwierdzić czy zostały one wystawione uprzednio czy następczo względem Ogłoszenia o zamówieniu.

2. W zakresie zadania nr 1 do Zamawiającego wpłynęła tylko jedna oferta, złożona przez wykonawcę, który został wykluczony z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu i którego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 upzp. Na marginesie Zamawiający wskazuje, że gdyby nie było podstaw do wykluczenia Wykonawcy, to musiałby odrzucić ofertę M.-B. S.A., gdyż jej ewentualne przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne mieszkańców (...) poprzez zwiększenie ryzyka pożarowego.

Zamawiający uzasadniając powyższą tezę ograniczy się do zacytowania uzasadnienia przedłożonej przez M.-B. S.A. decyzji nr PZ 114.2/2016 z dnia 15 września 2016 r. Marszałka Województwa (...) zmieniającej treść Pozwolenia Zintegrowanego: „(...) ilość pożarów, do dnia 18 sierpnia 2016 r. wzrosła do 38 (...) interwencja w sierpniu była kolejną związaną z niewłaściwym zabezpieczeniem zakładu przed dostępem osób nieupoważnionych (...) teren, na którym zlokalizowane jest przedmiotowe składowisko odpadów, jak i Z. R. Odpadów, jest niewłaściwie zabezpieczony przed dostępem osób nieupoważnionych. W tym miejscu należy zwrócić szczególną uwagę, iż obie instalacje zlokalizowane są w bezpośredniej odległości, co ma znaczenie przy pożarach, ponieważ w przypadku podpalenia jednej z nich, istnieje ryzyko zajęcia ogniem drugiej instalacji. Istotną kwestią dot. bliskości obu instalacji jest także fakt, że w Z. R. O. funkcjonuje instalacja do produkcji paliwa alternatywnego, a więc odpady poddawane odzyskowi w tej instalacji są niewątpliwie odpadami o właściwościach palnych. Dodatkowo, w kwestii bezpośredniej bliskości obu instalacji, należy zwrócić uwagę na fakt, że w trakcie przeprowadzonej przez (...) Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska (...) stwierdzono, że odpady wykorzystywane do odzysku w Z. R. O. przesywały się na kwaterę nr IV (...).”

W związku z powyższym oczywistym jest następujący naturalny ciąg przyczynowo skutkowy - w związku z brakiem zdolności M.-B. S.A. do przetworzenia 17 000 Mg odpadów o kodzie 19 12 12 w ciągu roku (a raczej zdolnością do przetworzenia 1/15 tej ilości) - siłą rzeczy transportowany od Zamawiającego odpad w oczekiwaniu na przetworzenie zalegać będzie długo w bezpośredniej bliskości Z. R. O. - które to w powiązaniu z okolicznością, że już wcześniej zalegało tamże dużo tego typu odpadów przesypanych się na kwaterę nr IV pobliskiego składowiska odpadów - oraz z okolicznością łatwopalności tego typu odpadów - i z okolicznością częstotliwości pożarów - sprawi, że w wyniku ewentualnego przyjęcia oferty M.-B. S.A. wzrosło by znacznie ryzyko kolejnych pożarów składowiska, które i tak wybuchają radykalnie, które to zwiększyłoby zagrożenie bezpieczeństwa publicznego mieszkańców (...).

W związku z zaistniałą sytuacją Zamawiający unieważnia niniejsze postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzieleniu zamówienia w zakresie zadania nr 1, jeżeli: nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3”.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez Zamawiającego, gdyż zaoferowane dowody miały służyć ustaleniu, jaką ilość odpadu o kodzie 19 12 12 Odwołujący może odzyskiwać w stosunku rocznym i, że jest to ilość mniejsza niż wynika z opisu przedmiotu zamówienia, podczas gdy okoliczności te nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, bowiem warunek udziału w postępowaniu nie referował do tych okoliczności, a zatem nie mogły one być podstawą oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez błędne stwierdzenie, iż Odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

1.1. Niewykazanie warunku udziału w postępowaniu poprzez złożenie decyzji – pozwolenia zintegrowanego na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12 w ilości 1083 Mg/rok.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zamawiający uprawniony jest do sformułowania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp). Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć w szczególności kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów (art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp). Zamawiający jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert wskazuje oświadczenia lub dokumenty, które stanowią potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zaś z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę,

który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Analiza powołanych wyżej przepisów skłania do konstatacji, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełnić bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ w przedmiotowym zakresie są wiążące i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w nim.

Podkreślenia wymaga, że „przedmiot zamówienia” i „warunki udziału w postępowaniu” stanowią odrębne instytucje prawa. Ustawodawca dał temu wyraz, w szczególności na gruncie powołanych przepisów, a także w przepisach art. 36 ust. 1 pkt 3, 5 i 6 ustawy Pzp, art. 41 pkt 4, 7, 7a ustawy Pzp, w których określono odpowiednio zawartość SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wskazując (co więcej w odrębnych jednostkach redakcyjnych) na obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia, sformułowania warunków udziału w postępowaniu (jeśli zamawiający zdecyduje się na ich określenie) i podania wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Reasumując, wyodrębnienie tych instytucji powoduje, że nie jest możliwe dokonywanie oceny jednej instytucji, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej drugiej. Stoi temu na przeszkodzie nie tylko rzeczona odrębność obu instytucji, ale także odrębnie określony wynik tej oceny. Nie można bowiem pomijać, że niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp), zaś zaoferowanie świadczenia niezgodnego z wymaganiami zamawiającego, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia aktualizuje obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Na kanwie powyższe warto zwrócić uwagę, że jedyny związek pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a przedmiotem zamówienia został przez ustawodawcę określony w przepisie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny

do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Powyższe oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie warto zauważyć, że wskazany przepis tylko potwierdza wcześniejsze rozważania, że „warunki udziału w postępowaniu” i „opis przedmiotu zamówienia” to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie o jednej na podstawie drugiej, czy też odkodowywanie treści jednej w oparciu o treść tej drugiej.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający w części 5 pkt 5.3 ppkt 5.3.1. lit. a SIWZ sformułował warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej wskazując, że wykonawca spełni przedmiotowy warunek, w zakresie zadania nr 1, jeśli wykaże, że posiada m.in. ważną decyzję – zezwolenie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12. Analogiczne warunki znalazły się w treści ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł (część 6 pkt 6.1. ppkt 6.1.1. SIWZ – wersja po zmianie w dniu 30 grudnia 2016 r.), że w celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku wykonawca zobowiązany jest przedłożyć m.in. kopię ważnej decyzji – zezwolenia na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12.

Powyższe oznacza, że uprawnienie do wykonywania przedmiotowego zamówienia Zamawiający wiąże z posiadaniem przez wykonawcę ważnej decyzji – zezwolenia na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12. Natomiast wykazanie tego uprawnienia (wykazanie spełniania przedmiotowego warunku) winno nastąpić poprzez przedłożenie kopii ważnej decyzji zezwolenia na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12.

Analiza dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, w szczególności pozwolenia zintegrowanego (decyzja nr PZ 114/2007 wydana w dniu 27 lipca 2007 r. przez Wojewodę Dolnośląskiego), prowadzi do wniosku, co nie jest sporne, że Odwołujący legitymuje się ważną decyzją – zezwoleniem na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12. Zatem, stwierdzić należy, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w tym przedmiocie, a więc nie było podstaw do wykluczenia go z postępowania w rzeczonym zakresie, co czyni zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zasadnym.

Za całkowicie nieuzasadnione należy uznać stanowisko Zamawiającego, który warunek udziału w postępowaniu w tym przedmiocie odkodowuje nie tylko w oparciu o treść ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w rzeczonym zakresie, ale czyni to również przez pryzmat

opisu przedmiotu zamówienia. Za absolutnie niedopuszczalne należy uznać działanie Zamawiającego, który na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonuje ich konkretyzacji. Jak wskazano już wyżej, należy odróżnić „warunki udziału w postępowaniu” od „opisu przedmiotu zamówienia”, a nie traktować te instytucje jako komplementarne.

Skoro Zamawiający zdecydował się na sformułowanie warunków udziału w postępowaniu i określił je w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a także wskazał dokumenty, które służą potwierdzeniu ich spełniania, to powyższe jest dla Zamawiającego wiążące. Zamawiający nie ma zatem możliwości uzupełniania treści wyartykułowanego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ warunku udziału w postępowaniu o okoliczności, które znalazły się w opisie przedmiotu zamówienia. Stanowisko to znajduje normatywną podstawę w przepisach powołanych wyżej i wielokrotnie było potwierdzane w doktrynie i orzecznictwie.

Po to ustawodawca odróżnił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia od opisu przedmiotu zamówienia i wskazał na obowiązek odrębnego ich określenia, aby nie było wątpliwości, jakie okoliczności stanowią podstawę weryfikacji wykonawcy w zakresie zdolności do wykonania zamówienia, a które dotyczą przedmiotu świadczenia, tym bardziej, że skutki oceny w obu kwestiach są odmienne. Nie ulega żadnej wątpliwości, że wykonawca musi mieć pewność co do tego, jakie są i w jaki sposób może spełnić warunki udziału w postępowaniu, a co ma być przedmiotem świadczenia (oferty). Okoliczności te absolutnie nie mogą być domniemywane. Stąd też za nietrafne należy uznać stanowisko Zamawiającego, że nie ma znaczenia, w jakiej części ogłoszenia o zamówieniu czy też SIWZ zawarto warunki udziału w postępowaniu i oczywistym jest, że skoro opis przedmiotu zamówienia referuje do określonych wartości, to wartość ta staje się elementem warunku udziału w postępowaniu.

Z całą mocą należy podkreślić, że treść warunku udziału w postępowaniu musi być zawarta w tej części ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, która je opisuje, z wyraźnym wskazaniem, że są to warunki udziału w postępowaniu. Natomiast w żadnym razie wykonawca nie ma obowiązku poszukiwać czy też odkodowywać treść warunku udziału w postępowaniu w oparciu o opis przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, czy i ewentualnie jaka część opisu przedmiotu zamówienia stanowi treść warunku udziału w postępowaniu, a to ze względu na obowiązek zamawiającego sformułowania warunków udziału w postępowaniu niezależnie od opisu przedmiotu zamówienia i wskazania ich odrębnie, w sposób niebudzący wątpliwości w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że skoro Zamawiający w zakresie wymaganych uprawnień wskazał na obowiązek posiadania ważnej decyzji - zezwolenia na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12, to tylko w tym zakresie może następować ocena

spełniania rzeczowego warunku. Zamawiający wobec treści tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu nie jest uprawniony do badania, czy Odwołujący legitymuje się właściwym zezwoleniem na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12 w ilości 17 000 Mg/rok, bowiem w zakresie analizowanego warunku określenie ilości odzysku określonego odpadu (tym bardziej w ujęciu rocznym) się nie znalazło. Zatem, wywody Zamawiającego odnośnie ilości odpadów o kodzie 19 12 12, jaką może odzyskiwać Odwołujący w ciągu roku na podstawie rzeczowej decyzji (pozwolenia zintegrowanego) nie mają znaczenia dla oceny spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu i z tych względów Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez Zamawiającego.

Jednocześnie wart dostrzeżenia jest fakt, że gdyby dopuścić do oceny, jakiej domaga się Zamawiający, oznaczałoby to akceptację możliwości konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu w oparciu o opis przedmiotu zamówienia na etapie oceny uprawnień wykonawcy, co stoi w sprzeczności po pierwsze, z uprawnieniem Zamawiającego do formułowania warunków udziału w postępowaniu, po drugie, z obowiązkiem wyartykułowania rzeczonych warunków w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, po trzecie, z możliwością oceny spełniania przedmiotowych warunków jedynie w okolicznościach ich sformułowania i w konsekwencji, co prowadziłoby do naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1b ustawy Pzp. Stąd też czynności Zamawiającego nie zasługują na ochronę.

Dodać również należy, że Zamawiający domaga się oceny spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów, których tak szeroki zakres nie był wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Zabieg ten nie może spotkać się aprobatą, bowiem gdyby to przyjąć, doszłoby do naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który uprawnienie dla określenia katalogu tych dokumentów przypisuje zamawiającemu, wiążąc ocenę spełniania rzeczonych warunków z tymi właśnie, określonymi przez zamawiającego dokumentami.

Wreszcie, powyższe należy uznać za niedopuszczalne mając na uwadze przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wykonawcy muszą mieć wiedzę w oparciu, o jakie okoliczności i dokumenty oferta będzie oceniana i informacja ta musi pochodzić od zamawiającego, który ją upublicznia na określonym etapie postępowania.

1.2. Niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez nieprzedstawienie decyzji – zezwolenia na transport odpadów na cały okres realizacji zamówienia.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut należy wskazać, że zachowuje aktualność stanowisko Izby w zakresie rozważań natury ogólnej zaprezentowanych w pkt 1 ppkt 1.1.

W tym miejscu niezbędne jest wskazanie, że Zamawiający w części 5 pkt 5.3 ppkt 5.3.1. lit. a SIWZ sformułował warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej wskazując, że wykonawca spełni przedmiotowy warunek, w zakresie zadania nr 1, jeśli wykaże, że posiada m.in. ważne zezwolenie na transport odpadu o kodzie 19 12 12. Analogiczne warunki znalazły się w treści ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł (część 6 pkt 6.1. ppkt 6.1.1. SIWZ), że w celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku wykonawca zobowiązany jest przedłożyć m.in. kopię ważnego zezwolenia na transport odpadu o kodzie 19 12 12.

Powyższe oznacza, że uprawnienie do wykonywania przedmiotowego zamówienia Zamawiający wiąże z posiadaniem przez wykonawcę ważnego zezwolenia na transport odpadu o kodzie 19 12 12. Natomiast wykazanie tego uprawnienia (wykazanie spełniania przedmiotowego warunku) winno nastąpić poprzez przedłożenie kopii ważnego zezwolenia na transport odpadu o kodzie 19 12 12.

Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie kwestionował, że Odwołujący nie legitymuje się ważnym zezwoleniem na transport odpadów o kodzie 19 12 12, ale że zezwolenie to nie obejmuje całego okresu realizacji zamówienia.

Okoliczność, że przedmiotowe zezwolenie nie obejmuje okresu realizacji zamówienia nie jest sporna pomiędzy stronami, jednakże, w ocenie Izby, nie ma żadnego znaczenia dla oceny spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu, a tym samym nie mogła stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Dostrzec bowiem należy, że Zamawiający nie sformułował warunku udziału w postępowaniu dotyczącego okresu obowiązywania rzeczonożego zezwolenia na transport odpadów o kodzie 19 12 12. Obowiązkiem Wykonawcy było przedłożenie przedmiotowego zezwolenia, z zastrzeżeniem, co oczywiste, że miało być ważne na dzień składania ofert i tylko w tym zakresie Zamawiający był uprawniony do oceny dokumentu przedłożonego przez Odwołującego na okoliczność spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu.

Żadnego znaczenia nie ma okoliczność, że termin realizacji zamówienia jest dłuższy niż okres obowiązywania przedmiotowego zezwolenia. Warunków udziału w postępowaniu nie można bowiem odkodowywać na podstawie całokształtu postanowień zawartych w SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający, jeśli skorzysta z uprawnienia do sformułowania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek ich opisania w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) oraz wskazania dokumentów, które służą potwierdzeniu ich spełniania (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Wykonawca nie ma zatem

obowiązku ich domniemywania na podstawie innych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym Zamawiający nie był uprawniony do konkretyzowania spornego warunku udziału w postępowaniu w świetle terminu realizacji zamówienia.

Podkreślić należy, że to Zamawiający decyduje o treści warunku udziału w postępowaniu, bowiem przysługuje mu uprawnienie do jego sformułowania (oczywiście uprawnienie to podlega kontroli w trybie środków ochrony prawnej). Uprawnienie to służy zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, który poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu uzyskuje narzędzie do weryfikacji wykonawców pod kątem zdolności do realizacji zamówienia. Wadliwe czy też niedostateczne skorzystanie z tego instrumentu nie powoduje, że Zamawiający ma możliwość naprawienia powyższego na etapie oceny ofert poprzez odwołanie się do treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie, który nie normuje rzeczony materii. Ustawodawca bowiem wyraźnie odróżnił „warunki udziału w postępowaniu” od innych instytucji Prawa zamówień publicznych, o czym była mowa wyżej, po to, aby wykonawca i zamawiający mieli pewność co do podstaw oceny wykonawcy i jego oferty, a w konsekwencji, żeby zapewniona była transparentność postępowania i realizacja zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, skoro Zamawiający nie sformułował warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego okresu obowiązywania zezwolenia na transport odpadów o kodzie 19 12 12, to nie ma podstaw do weryfikacji oceny uprawnień Wykonawcy w tym zakresie. Tym samym, skoro Zamawiający to uczynił, a co więcej wyciągnął wobec Odwołującego negatywne konsekwencji (wykluczenie z postępowania), to zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp należało uznać za trafny.

Twierdzenia Odwołującego na temat braku podstaw do sformułowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych uprawnień z określeniem okresu ich obowiązywania ze względu na ograniczenie konkurencji pozostają poza oceną Izby, gdyż ocena czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania następuje przez pryzmat sformułowanych warunków udziału w postępowaniu, bez weryfikacji ich zasadności. Ta mogłaby bowiem nastąpić na etapie ich formułowania, no co już jest za późno, ze względu na upływ zawitego terminu do ich kwestionowania (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

1.3. Niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie decyzji – zezwolenia na transport odpadów zamiennie bez decyzji podstawowej.

Jak już zostało to wskazane, uprawnienia którymi winien legitymować się Wykonawca Zamawiający wiązał z obowiązkiem posiadania ważnego zezwolenia na transport odpadów o

kodeksie 19 12 12 (część 5 pkt 5.3 ppkt 5.3.1. lit. a SIWZ), zaś spełnienie tego warunku następowało przez przedłożenie rzeczonych dokumentów (część 6 pkt 6.1. ppkt 6.1.1. SIWZ).

Odwołujący przedłożył, celem potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, decyzję z dnia 24 sierpnia 2011 r. wydaną przez Starostę (...) (znak: ORL-I.6233.13.2011) zmieniającą decyzję Starosty (...) z dnia 4 kwietnia 2008 r. (znak: ORL.I.7644-6-9/08), którą udzielono Odwołującemu zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów. Z przedłożonej decyzji wynika, że pkt I.1. powołanej decyzji z 2008 r. otrzymuje nowe brzmienie poprzez określenie rodzajów odpadów przewidywanych do zbierania i transportu, a wśród nich wymieniono odpad o kodzie 19 12 12. W pozostałej części decyzja nie uległa zmianie.

Odwołujący stoi na stanowisku, że skoro w decyzji zmieniającej określono rodzaje odpadów przewidywanych do zbierania i transportu, w tym wymagany przez Zamawiającego odpad o kodzie 19 12 12, to nieuprawnione jest oczekiwanie Zamawiającego, że Odwołujący winien przedłożyć również decyzję podstawową (pierwotną).

Izba tego poglądu nie podziela. Odwołujący bowiem pomija, że jakkolwiek z treści decyzji zmieniającej wynika, że Odwołujący jest uprawniony do transportowania odpadów o kodzie 19 12 12, to jednakowoż Zamawiający nie dysponuje pełną treścią zezwolenia na transport odpadów, posiada bowiem jedynie decyzję, która nadaje nową treść decyzji podstawowej w określonym zakresie.

Tym samym, po pierwsze nie można twierdzić, że Zamawiający dysponuje zezwoleniem na transport odpadów o kodzie 19 12 12, dysponuje bowiem „częścią” tego zezwolenia (w wersji zmienionej), po drugie, właściwe odkodowanie uprawnienia do transportu odpadów, zdaniem Izby, może nastąpić jedynie w oparciu o pełną treść zezwolenia, zaś przedłożona decyzja zmieniająca tej pełnej treści nie zawiera.

Należy sprzeciwić się forsowaniu takiego sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu, iżby dopuszczalne było prowadzenie tej oceny w zakresie praw inkorporowanych w dokumencie w oparciu o dokument, część treści dokumentu, który inkorporuje te prawa. Ocena warunku udziału w postępowaniu winna nastąpić na podstawie pełnej treści zezwolenia, bowiem tylko taka w sposób niewątpliwy pozwala na stwierdzenie, jaka jest w istocie treść tego prawa. Nietrudno sobie bowiem wyobrazić, że choć z treści decyzji zmieniającej co do zasady może wynikać jakieś uprawnienie, to uprawnienie to w treści decyzji podstawowej może podlegać ograniczeniom, czego nie stwierdzi się na podstawie decyzji zmieniającej, która zawiera tylko treść zmienioną względem treści zawartej w decyzji podstawowej.

W tym zakresie zwraca po pierwsze, uwagę fakt, że Odwołujący przedstawił decyzje zmieniające pozwolenie zintegrowane, dostrzegając konieczność, a przynajmniej nie oponując przeciwko uzasadnieniu przedłożenia nie tylko decyzji zmieniających, ale i decyzji podstawowej, po drugie, jakkolwiek w pkt 1 ppkt 1.3., w którym sformułowano podstawę zarzutu, Odwołujący wskazał, że przedłożono decyzję zamienną to należy podkreślić, że sporna decyzja zmieniająca nie jest decyzją zamienną.

Odnosnie argumentacji, że Zamawiający na podstawie pozwolenia zintegrowanego mógł ustalić uprawnienie Odwołującego do transportu odpadów o kodzie 19 12 12 wskazać należy, że skoro Odwołujący przedłożył decyzję dotyczącą zezwolenia na transport odpadów, to należy przyjąć, że Odwołujący domaga się weryfikacji spornego warunku udziału w postępowaniu w oparciu o przedmiotowy dokument, w przeciwnym razie rzeczony decyzji by nie złożył. Przypomnieć w tym miejscu należy Odwołującemu, że jakkolwiek katalog dokumentów, które należy złożyć celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu określa zamawiający (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), to o tym, jakie dokumenty zostaną złożone decyduje wykonawca i w tym zakresie poddaje się ocenie. Zatem, Zamawiający nie miał podstaw do pominięcia przedmiotowej decyzji zmieniającej.

Co więcej, zbieranie odpadów oraz transport odpadów wymagało na gruncie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz.U.2010.185.1243 ze zm.) uzyskania zezwolenia, z zastrzeżeniem art. 31 ust. 1, art. 32 ust. 1 oraz art. 33 ust. 1a i 4 (art. 28 powołanej ustawy) niezależnie od posiadania pozwolenia zintegrowanego. Oznacza to, że na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, w warunkach wymagających wydania pozwolenia zintegrowanego, istniał obowiązek uzyskania zezwolenia na transport odpadów. Zatem, przedłożenie zezwolenia na transport jest niezbędne, skoro stanowiło podstawę prowadzenia działalności w tym zakresie i co do zasady zachowuje ważność (art. 233 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. z 2016 r., poz. 1987 ze zm.).

Nie ma racji Odwołujący, że skoro Zamawiający nie określił dodatkowych kryteriów potwierdzania spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu, to tym samym, brak podstaw do żądania decyzji podstawowej w sytuacji, gdy Odwołujący przedstawił decyzję zmieniającą. Raz jeszcze należy bowiem podkreślić, że zezwolenie na transport odpadów nie tylko zawarte jest w przedłożonej decyzji zmieniającej, ale i podstawowej. Zatem, skoro treść zezwolenia może wynikać z kilku (z ciągu) decyzji, to powoduje to, że Zamawiający nie miał obowiązku kreowania dodatkowych kryteriów, bowiem pod pojęciem zezwolenia w tych konkretnych okolicznościach faktycznych kryje się kilka decyzji.

Na marginesie należy jedynie wskazać, że zarówno działanie Odwołującego, jak i Zamawiającego jest w tym zakresie niekonsekwentne, bowiem treść decyzji podstawowej

została zmieniona nie tylko mocą decyzji przedłożonej przez Odwołującego, ale również na podstawie decyzji Starosty (...) z dnia 29 lipca 2010 r.

Reasumując, zdaniem Izby, przedłożenie decyzji podstawowej i decyzji zmieniającej jest niezbędne dla ustalenia pełnej treści zezwolenia na transport. Za niewystarczające natomiast należy uznać ustalenie rzeczzonego uprawnienia w oparciu o niepełną treść zezwolenia, jaką zawiera przedmiotowa decyzja zmieniająca. Za niewystarczające należy uznać odwołanie się jedynie do treści pozwolenia zintegrowanego, skoro to zezwolenie na transport stanowiło podstawę do wykonywania działalności w tym przedmiocie. Zatem, rację ma Zamawiający, który domaga się przedłożenia decyzji podstawowej, z tym zastrzeżeniem, że jej brak nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Niezbędne jest bowiem skorzystanie z procedury określonej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o czym szerzej będzie mowa niżej.

1.4. Niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie dokumentu referencji bez oznaczenia daty ich wystawienia.

Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wskazując, że warunek ten uzna za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie usługę zagospodarowania odpadów komunalnych o kodzie 19 12 12 (frakcja nadsitowa) o łącznej masie co najmniej 10 000 Mg (zakres zrealizowany).

W celu potwierdzenia spornego warunku należało przedłożyć wykaz usług, który służył wykazaniu wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są w szczególności referencje (część 6 pkt 6.2. lit. a SIWZ). W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Normatywną podstawę przedmiotowe postanowienie znajduje w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126).

Na tle powyższego nie powinno budzić wątpliwości, czego Zamawiający nie dostrzega, że potwierdzeniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej jest w szczególności wykaz usług, z zastrzeżeniem, że należyte ich wykonanie czy też wykonywanie winno być potwierdzone za pomocą dowodów, którymi mogą być referencje.

Oznacza to, że referencje należy badać jedynie w aspekcie potwierdzenia należytego wykonania czy też wykonywania referencyjnych usług, który to pogląd jest ugruntowany zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Wyjątkiem może być rażąca niespójność pomiędzy referencjami a treścią wykazu usług, wtedy wskazuje się na konieczność wyjaśnienia powyższego, ale za absolutnie niedopuszczalne należy uznać ocenę spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wyłącznie o dokument referencji.

Skoro zatem, z treści Wykazu usług wynika, że referencyjna usługa została zrealizowana (wskazano okres jej realizacji) i powyższe znalazło potwierdzenie w treści referencji, bowiem wskazano tam, że w określonym czasie (okresie) Odwołujący wykonał przedmiotową usługę, a jednocześnie Zamawiający nie dysponuje dowodem na okoliczność przeciwną (czyli, że usługa jest nadal wykonywana), to nie było podstaw do przyjęcia, że rzeczona usługa jest jednak realizowana, a skoro tak, to nie jest istotna jest data wystawienia referencji.

Brak daty wystawienia referencji może mieć znaczenie jedynie w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych, bowiem w odniesieniu do tego rodzaju usług zastrzeżono, że referencje powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Natomiast w niniejszej sprawie spełnienie tego wymogu nie może być badane, bowiem rzeczony zastrzeżenie nie dotyczy usług zrealizowanych, a na takie powołuje się Odwołujący. W konsekwencji, brak daty na przedmiotowym dokumencie referencji nie stoi na przeszkodzie przyjęciu, że referencyjna usługa została wykonana należyście.

Niezależnie od tego, że z treści referencji nie można wnioskować o referencyjnej usłudze, za wyjątkiem należytego jej wykonania, a już tym bardziej ustalać jej cech z pominięciem czy też nawet wbrew treści Wykazu usług, co uczynił Zamawiający, to podkreślenia wymaga, że nawet gdyby oprzeć się wyłącznie na treści Wykazu usług, to absolutnie nie ma podstaw do przyjęcia, że referencyjna usługa jest nadal wykonywana. Zwrot *„zlecone prace wykonuje rzetelnie, terminowo (...)”* zawarty w treści referencji w kontekście stwierdzenia, również zawartego w treści referencji, że *„w okresie od 07.01.2014 r. do 30.01.2015 roku, spółka M.-B. S.A. wykonała usługi (...)”* nie może być tłumaczony inaczej niż jako sposób, w jaki Spółka wykonuje usługi.

Stwierdzenie, że dokument nieopatrzone datą nie ma cech dokumentu jest absolutnie pozbawione uzasadnienia w świetle art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 77³ k.c., który zwiera normatywną definicję dokumentu stanowiąc, że dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Uzupełniająco należy podać, że również brak daty nie odbiera dokumentowi cech dokumentu prywatnego (art. 245 k.p.c.), bowiem tylko

dokumenty niepodpisane nie stanowią dokumentu w rozumieniu art. 245 k.p.c. (por. wyrok SN z dnia 9 grudnia 1980 r., II URN 171/80, OSP 1981, z. 7, poz. 126).

Okoliczność, na którą wskazywał Zamawiający, że w referencji znajdują się nieaktualne dane dotyczące siedziby i wysokości kapitału zakładowego ich Wystawcy nie ma żadnego znaczenia, biorąc pod uwagę, że referencje służą potwierdzeniu należytego wykonania czy też wykonywania zamówienia. Wnioskowanie z powyższego faktu, że referencje są „zaprzeszłe” jest nieuprawnione. Jakkolwiek Zamawiający nie wyjaśnił, co kryje się pod pojęciem „zaprzeszłe”, to należy domniemywać, że Zamawiający stoi na stanowisku, iż pochodzą one z czasu wykonywania referencyjnej usługi, co nie ma oparcia ani w treści Wykazu usług ani w treści referencji. Natomiast, jeśli by tę „zaprzeszłość” rozumieć jako wydanie referencji wcześniej niż w okresie 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, to argument ten jest nietrafny, bowiem w świetle przedłożonych dokumentów nie budzi wątpliwości, że referencyjna usługa została wykonana, a zastrzeżenie związane z datą wydania referencji dotyczy tylko usług nadal wykonywanych. Nadto, co najważniejsze, za absolutnie nieuprawnione, zdaniem Izby, należy uznać domniemywanie z danych zawartych na listowniku firmy o referencyjnej usłudze, wbrew treści zawartych w dokumencie zamieszczonym na tym listowniku.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez błędne stwierdzenie, iż Odwołujący zataił informacje świadczące, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Na gruncie powołanego przepisu jedną z przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest fakt zatajenia informacji, które służą stwierdzeniu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wskazana przesłanka zaktualizuje się w szczególności w okolicznościach, w których wykonawca nie poda informacji istotnych z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub też inaczej, ich podanie skutkowałoby wykluczeniem wykonawcy z postępowania, dlatego też wykonawca zdecydował się na ich zatajenie.

W niniejszej sprawie Zamawiający stoi na stanowisku, że zatajenie informacji przez Odwołującego, iż decyzją z dnia 23 września 2016 r., znak: DOW-S-V.7222.23.2015.MC.AP, Ldz. 2096/09/2016, Marszałek Województwa (...) cofnął Spółce M.-B. S.A., (...), bez odszkodowania, decyzję Wojewody (...) Nr PZ 114/2007 z dnia 27 lipca 2007 r., znak: SR.IV.6619/W63/5/06/07, udzielającą pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji zlokalizowanych w (...), o nazwie: „Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne o zdolności przyjmowania ponad 10 Mg odpadów na dobę z wydzieloną kwaterą do składowania odpadów niebezpiecznych zawierających azbest” oraz „Z. R. O.; odzysk odpadów niebezpiecznych o zdolności przetwarzania ponad 10 Mg na dobę” oraz zmieniającą tą decyzję: decyzję Marszałka Województwa (...) Nr PZ 114.1/2010 z dnia 11 czerwca 2010 r. znak: DM-S.V.7650-2060/06/10, Ldz.V/AKo/7650-78/170-111/09 powoduje, że zasadne jest przyjęcie, iż Odwołujący zataił informacje istotne dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślić jednakże należy, że Zamawiający choć dostrzegł, że od przedmiotowej decyzji cofającej decyzję, udzielającą pozwolenia zintegrowanego Odwołujący wniósł odwołanie, a to jednak nie wyciągnął z powyższego prawidłowych wniosków.

Po pierwsze bowiem, decyzja mocą której cofnięto pozwolenie zintegrowane nie ma przymiotu ostateczności w rozumieniu przepisu art. 16 ust. 1 k.p.a., a zatem nie można jej przypisać cech trwałości dopóty, dopóki organ drugiej instancji nie wyda rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania. Konkludując, należy stwierdzić, że pozwolenie zintegrowane nie zostało „skutecznie” cofnięte, skoro na obecnym etapie postępowania decyzja, którą cofnięto rzeczne pozwolenie podlega kontroli w normalnym toku instancji. Zatem, decyzja mocą której cofnięto pozwolenie zintegrowane jest nieostateczna.

Po drugie, przepisy art. 130 § 1 i 2 k.p.a. ustanawiają dwie zasady dotyczące wykonalności decyzji nieostatecznej: po pierwsze, zasadę niewykonalności (niewykonywania) decyzji przed upływem terminu do wniesienia odwołania, po wtóre, zasadę bezwzględnej suspensywności odwołania, czyli wstrzymania z mocy prawa wykonania decyzji, od której wniesiono odwołanie w terminie.

Powyższe oznacza, że decyzja będąca podstawą cofnięcia odwołania jest nieostateczna i nie podlega wykonaniu, a zatem Odwołujący skutecznie może posługiwać się decyzją udzielającą mu pozwolenia zintegrowanego. Decyzja ta pozostaje bowiem w obrocie, a skutkiem tego Odwołujący może korzystać z uprawnień nadanych mu rzeczoną decyzją. W konsekwencji Odwołujący może posługiwać się przedmiotową decyzją w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nie jest więc tak, jak twierdzi Zamawiający, że informacja o cofnięciu pozwolenia zintegrowanego i toczącym się postępowaniu odwoławczym w tym przedmiocie, której Odwołujący nie podał Zamawiającemu, mogłaby mieć jakikolwiek wpływ na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie posiadania wymaganych uprawnień. Odwołujący z uprawnień wynikających z pozwolenia zintegrowanego może korzystać, gdyż jak wskazano wyżej, przedmiotowa decyzja pozostaje w obrocie, wobec faktu, że decyzja o cofnięciu przedmiotowej decyzji nie jest ostateczna i wykonalna, a w konsekwencji pozwolenie zintegrowane może służyć wykazaniu, że Odwołujący posiada zezwolenie na odzysk odpadów o kodzie 19 12 12.

W tym kontekście nie może być mowy o jakimkolwiek zatajeniu informacji, które mają wpływ na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, skoro rzeczne pozwolenie zintegrowane pozostaje w mocy i Odwołujący może z niego korzystać. Nawet więc, gdyby Odwołujący poinformował Zamawiającego o wydaniu decyzji, którą cofnięto pozwolenie zintegrowane i wniesieniu odwołania, powyższe nie mogłoby skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Odwołującego, o jakich mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Okoliczność, na którą wskazywał Zamawiający, że należy się rychło spodziewać decyzji Ministra Środowiska w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania od decyzji cofającej przedmiotowe pozwolenie zintegrowane, jest nie tylko nie potwierdzona, ale i irrelevantna dla sprawy. Po pierwsze, spodziewane wydanie decyzji przez Ministra Środowiska w nieodległym czasie nie ma znaczenia w świetle przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Po drugie, powyższe stwierdzenie Zamawiającego zdaje się sugerować, że rozstrzygnięcie Ministra Środowiska będzie dla Odwołującego niekorzystne, co nie znajduje podstaw i co ważniejsze, zdarzenie przyszłe i niepewne nie może być podstawą do stwierdzenia zatajenia informacji przez Odwołującego, bo przecież wyniku tego rozstrzygnięcia Odwołujący nie zna.

Trudno sobie wyobrazić, aby Odwołujący informował, że być może wystąpią w przyszłości takie okoliczności, które będą miały wpływ na spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Brak podstawy normatywnej do takiego działania, przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp referuje bowiem do zatajenia takich informacji, które mają wpływ na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu nie w przyszłości, ale na moment składania ofert. Co więcej, z powołanego przepisu nie wynika, jak chciałby tego Zamawiający, żadna zasada lojalności i obowiązek informowania o potencjalnym ryzyku utraty określonych uprawnień.

Natomiast zwrócić należy uwagę Zamawiającemu, że może on wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 24 ust. 12 ustawy Pzp).

Na gruncie przedmiotowej sprawy nie można więc mówić o zatajeniu informacji istotnych z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co czyni zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zasadnym. Skoro zaś nie ma mowy o zatajeniu informacji, to rozważanie, czy u podstaw tego działania było rozmyślne działanie czy też rażące niedbalstwo jest bezprzedmiotowe.

Dodatkowo wskazać należy, że nie sposób przypisać Odwołującemu wprowadzenia w błąd Zamawiającego poprzez złożenie oferty na odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 12 w ilości 17 000 Mg/rok w kontekście ilości wskazanych odpadów możliwych do zagospodarowania, a wynikających z pozwolenia zintegrowanego. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający warunkowi udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganych uprawnień nie postawił w przedmiocie ilości odpadów, o czym szerzej była mowa wyżej. Zatem, nie można czynić na kanwie powyższego rozważań dotyczących wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Skoro bowiem nie sformułowano warunku, że wymagane uprawnienie winno umożliwiać odzysk odpadów o kodzie 19 12 12 w ilości 17 000 Mg/rok, to tym bardziej brak podstaw do stwierdzenia, że wprowadzono Zamawiającego w błąd odnośnie warunku, który *de facto* nie istnieje.

3. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów.

Jeśli idzie o decyzję udzielającą Odwołującemu pozwolenia zintegrowanego i decyzję mocą, której cofnięto rzeczne pozwolenie, Izba w odniesieniu do powyższych dokumentów nie dostrzega podstaw do zastosowania procedury, o jakiej mowa w art. 26 ust. 3 czy ust. 4 ustawy Pzp, bowiem podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie był fakt stwierdzenia niespełniania warunku udziału w zakresie uprawnień wobec zaniechania zastosowanej wskazanej procedury, ale błędna ocena prawa pozwolenia zintegrowanego, w świetle postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień oraz błędna ocena skutków, jakie wywołuje nieostateczna decyzja cofająca pozwolenie zintegrowane. Zatem, wadliwe wykluczenie Odwołującego z postępowania związane jest z błędną oceną prawną określonych okoliczności, stąd też ta ocena musi zostać powtórzona.

Natomiast, skoro pozwolenie zintegrowane jest prawidłowe na gruncie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu i w świetle tego warunku nie budzi wątpliwości, to nie ma podstaw do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia czy też uzupełnienia rzeczzonego dokumentu (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp), zatem zarzut Odwołującego w tym przedmiocie jest nieuzasadniony. Jeśli idzie zaś o decyzję, którą cofnięto pozwolenie zintegrowane to w tym zakresie brak podstaw do wezwania Odwołującego do

złożenia wyjaśnień, bowiem ocena skutków tego stanu rzeczy musi nastąpić przez pryzmat przepisów prawa, a nie okoliczności podanych przez Odwołującego.

Natomiast, jeśli chodzi o decyzję zmieniającą zezwolenie na transport, to w ocenie Izby, rację ma Zamawiający, że w świetle sformułowanego w tym przedmiocie warunku udziału w postępowaniu, przedłożenie decyzji zmieniającej, która nie odzwierciedla pełnej treści zezwolenia na transport odpadów jest niewystarczające, nawet przyjmując, że z treści decyzji zmieniającej wynika uprawnienie do transportu odpadów o kodzie 19 12 12. Transparentność, rzetelność oceny i równe traktowanie wykonawców wymaga, aby weryfikacja warunku udziału w postępowaniu następowała przez pryzmat pełnej treści zezwolenia na transport. Zatem, w tych okolicznościach niezbędne było wezwanie Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia decyzji podstawowej - decyzji Starosty (...) z dnia 4 kwietnia 2008 r., znak: ORL.I.7644-6-9/08 w przedmiocie zezwolenia na prowadzenie przez wykonawcę M.-B. S.A. z siedzibą w (...) działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów, co Izba nakazała.

Za pozbawione podstaw prawnych należy bowiem uznać wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z tej przyczyny, że Odwołujący nie przedłożył rzeczonyj decyzji podstawowej udzielającej zezwolenia na transport odpadów, w sytuacji braku wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, które to wezwanie, w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma charakter obligatoryjny.

Nieopatrzenie dokumentu referencji datą po pierwsze, nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu, że usługa została wykonana czy jest wykonywana należycie, skoro w niniejszej sprawie mamy do czynienia z usługą wykonaną, a w odniesieniu do tego rodzaju usług termin wystawienia referencji nie został określony. Po drugie, immanentną cechą dokumentu nie jest data jego wystawienia, a zatem nie ma podstaw do twierdzenia, że nie mamy do czynienia z dowodem w postaci dokumentu. Okoliczności te stanowią element oceny dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, która winna być dokonana przez Zamawiającego, a w związku z tym nie ma podstaw, aby dokument referencji uzupełniać czy też wyjaśniać (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp), a tym samym zarzut Odwołującego należało uznać za nietrafny.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania wskutek bezzasadnego wykluczenia Odwołującego.

Za trafny, zdaniem Izby, należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, choć nie z przyczyn, na które wskazywał Odwołujący i które legły u podstaw zastosowania tego przepisu przez Zamawiającego.

Nawet bowiem, gdyby zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, to przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie mógłby znaleźć zastosowania, gdyż dotyczy postępowań dwuetapowych, do których nie zalicza się postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w świetle powołanego przepisu zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Tymczasem w niniejszym postępowaniu z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia, bowiem Odwołujący nie został przed złożeniem oferty wykluczony z postępowania czy też nie został zaproszony do składania ofert. Jak już wskazano, nie było możliwości, aby te okoliczności się ziściły w warunkach niniejszej sprawy, skoro te instytucje nie występują w przetargu nieograniczonym.

Natomiast zwrócić należy uwagę Zamawiającemu, że wykluczenie wykonawcy *ex lege* wywołuje skutek w postaci uznania takiej oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), nie wymaga zatem podjęcia dodatkowych czynności przez Zamawiającego. Zatem, gdyby potwierdziły się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, Zamawiający wtenczas winien poinformować Odwołującego o skutku wynikającym z przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a nie odrzucać ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Dalej zwrócić należy uwagę, że Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stwierdzając, że w niniejszym postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Odrzucenie oferty Odwołującego, jako jedynej w tym postępowaniu, Zamawiający wiąże z wykluczeniem Odwołującego z postępowania (odrzucenie oferty na skutek wykluczenia – art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Tymczasem brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), jak również nie zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp, o czym będzie mowa poniżej.

5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, iż udzielenie zamówienia Odwołującemu spowodowałoby naruszenie bezpieczeństwa publicznego.

Przed przystąpieniem do rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu należy uczynić kilka uwag natury ogólnej. Po pierwsze, Zamawiający dokonując określonych czynności powinien to czynić w sposób konsekwentny i jednoznaczny. Z mocy bowiem przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp ma obowiązek informować o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Powyższe oznacza, że prawo nie zna alternatywnego sposobu dokonywania czynności. Zamawiający dokonując oceny winien mieć pewność, co do wyniku tej oceny, a nie jej warunkować w taki sposób, jak uczynił Zamawiający, że Odwołujący podlega wykluczeniu, a alternatywnie jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp. W tych okolicznościach nie dziwi fakt postawienia przez Odwołującego zarzutu niejako z ostrożności procesowej, choć Zamawiający nie powinien stwarzać podstaw do formułowania zarzutów w ten sposób. Nie ma bowiem „gorszej” czy „lepszey” podstawy wykluczenia wykonawcy czy też odrzucenia jego oferty.

Po drugie Zamawiający w swoich działaniach jest wysoce niekonsekwentny. Sam bowiem w części 8 pkt 8.24 SIWZ wskazał, że prowadzi postępowanie z zastosowaniem przepisu art. 24aa ustawy Pzp, a to oznacza, iż najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast analiza pisma Zamawiającego z dnia 23 marca 2017 r. pokazuje, że Zamawiający zupełnie o tym zapomniał i pominął przepis art. 24 aa ustawy Pzp. Zamawiający zrobił dokładnie odwrotnie, najpierw dokonał oceny Wykonawcy w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyniąc kluczowym rozstrzygnięcie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a alternatywnie wskazał, że zachodzą również przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego. Niekonsekwencja Zamawiającego jest tym większa, że wzywając Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających warunki udziału w postępowaniu (pismo z dnia 3 marca 2017 r.) wskazał, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona, a następnie w kolejnym piśmie (pismo z dnia 23 marca 2017 r.) informuje o podstawach do odrzucenia oferty Odwołującego.

Na tym tle należy wskazać, że myli się Odwołujący stwierdzając, iż skoro Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania oznacza to, że nie dokonywał oceny oferty Odwołującego. Sam Odwołujący formułując to stanowisko wydaje się, że nie dostrzegł, iż Zamawiający wskazał na przepis art. 24 aa ustawy Pzp, który znajduje w tym postępowaniu zastosowanie.

Przechodząc o oceny zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp wskazać należy, że powołany przepis kreuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.

Właściwe odkodowanie normy zawartej w ww. przepisie, zdaniem Izby oznacza, po pierwsze, że pomiędzy przyjęciem oferty a naruszeniem bezpieczeństwa publicznego lub istotnego interesu bezpieczeństwa państwa musi istnieć bezpośredni związek przyczynowy, po drugie, że wskazanych skutków, związanych z przyjęciem oferty nie można w inny sposób uniknąć.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Odwołujący trafnie wskazał, iż nie istnieje bezpośredni związek przyczynowy pomiędzy przyjęciem oferty a naruszeniem bezpieczeństwa publicznego. Twierdzenie, że odpady będą długo zalegać w oczekiwaniu na przetworzenie, będą się przesypywać, a mając na uwadze ich łatwopalność, stanowić będą zarzewie pożaru, a przez to wzrosnie ryzyko wybuchu pożaru, pozostają nieudowodnione i stanowią pewną hipotezę, co do wystąpienia wskazywanych okoliczności. Tymczasem, zdaniem Izby, tak dolegliwy skutek, jakim jest odrzucenie oferty wykonawcy, wyciągnięty względem wykonawcy na podstawie pewnych założeń co do ziszczenia się przesłanek warunkujących bezpieczeństwo publiczne nie jest uzasadniony.

Zadaniem Izby, nie ziściła się również druga z przesłanek, a mianowicie, że bezpieczeństwa publicznego czy też istotnego interesu bezpieczeństwa państwa nie można w inny sposób zagwarantować niż poprzez odrzucenie oferty wykonawcy.

W ocenie Izby, okoliczności wskazywane przez Zamawiającego, a zawarte w uzasadnieniu przedłożonej przez M.-B. S.A. decyzji nr PZ 114.2/2016 z dnia 15 września 2016 r. Marszałka Województwa (...) zmieniającej treść pozwolenia zintegrowanego: „(...) ilość pożarów, do dnia 18 sierpnia 2016 r. wzrosła do 38 (...) interwencja w sierpniu była kolejną związaną z niewłaściwym zabezpieczeniem zakładu przed dostępem osób nieupoważnionych (...) teren, na którym zlokalizowane jest przedmiotowe składowisko odpadów, jak i Zakład Recyklingu Odpadów, jest niewłaściwie zabezpieczony przed dostępem osób nieupoważnionych. W tym miejscu należy zwrócić szczególną uwagę, iż obie instalacje zlokalizowane są w bezpośredniej odległości, co ma znaczenie przy pożarach, ponieważ w przypadku podpalenia jednej z nich, istnieje ryzyko zajęcia ogniem drugiej instalacji. Istotną kwestią dot. bliskości obu instalacji jest także fakt, że w Z. R. O. funkcjonuje instalacja do produkcji paliwa alternatywnego, a więc odpady poddawane odzyskowi w tej instalacji są niewątpliwie odpadami o właściwościach palnych. Dodatkowo, w kwestii bezpośredniej bliskości obu instalacji, należy zwrócić uwagę na fakt, że w trakcie przeprowadzonej przez

Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska (...) stwierdzono, że odpady wykorzystywane do odzysku w Z. R. O. przesyływały się na kwaterę nr IV (...)” świadczą o tym, że wskazywanego zagrożenia bezpieczeństwa publicznego można uniknąć w inny sposób niż przez odrzucenie oferty Odwołującego.

Powołane okoliczności, jeśli je przyjąć, wskazują na istnienie pewnych nieprawidłowości związanych z prowadzeniem składowiska odpadów przez Odwołującego, ale te nieprawidłowości, czy też niedopuszczenie do przedmiotowych nieprawidłowości nie mogą być eliminowane w drodze odrzucenia oferty Odwołującego. Po pierwsze, nie jest to właściwy środek. Instrumentem właściwym do wyeliminowania nieprawidłowości związanych z gospodarką odpadami na składowisku Odwołującego nie jest odrzucenie oferty, ale właściwy nadzór ze strony organów administracji publicznej, w tym wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska czy też państwowego inspektora ochrony środowiska (wystarczy wskazać chociażby na przepis art. 140 powołanej ustawy o odpadach) oraz organów wydających właściwe zezwolenia w przedmiocie prowadzonej przez Odwołującego działalności.

Zdaniem Izby, nieadekwatnym jest sięganie po narzędzia określone w Prawie zamówień publicznych (odrzucenie oferty wykonawcy) w okolicznościach, w których chodzi o zagwarantowanie bezpieczeństwa związanego z eksploatacją składowiska odpadów. To bezpieczeństwo powinno być bowiem zagwarantowane przez właściwe organy pełniące nadzór nad tego rodzaju działalnością i posiadające instrumenty do zapewnienia tego bezpieczeństwa. Ewentualna indolencja organów w tym zakresie nie może być podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Z całą mocą należy bowiem podkreślić, że przepis ten ma charakter wyjątkowy i pozwala na odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, w której nie ma dostępnych narzędzi, aby w inny sposób niż przez odrzucenie oferty zagwarantować bezpieczeństwo publiczne. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b należało uznać za słuszny.

7. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego pozostaje niezgodna z SIWZ, wskutek niezaoferowania unieszkodliwiania odpadów o kodzie 19 12 12, a wyłącznie ich odzysku.

W ocenie Izby zarzut ten jest bezprzedmiotowy, bowiem analiza treści decyzji Zamawiającego z dnia 23 marca 2017 r. w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty skłania do wniosku, a wskazuje na to zarówno uzasadnienie prawne, jak i faktyczne podane przez Zamawiającego w treści rzeczonyj decyzji, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie było stwierdzenie jej niezgodności z treścią SIWZ, a więc zaoferowanie innego świadczenia niż to, którego oczekiwał Zamawiający.

Stwierdzenie Zamawiającego, że „Wykonawca oferował jedynie odzysk rzeczonych odpadów, a nie ich unieszkodliwienie”, biorąc pod uwagę, że padło w kontekście spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych uprawnień należy wiązać właśnie z rzeczonymi uprawnieniami, tym bardziej, że referują one do owego odzysku, a nie jak Zamawiający zdaje się twierdzić, do unieszkodliwiania. Pierwotnie bowiem warunek ten nawiązywał do unieszkodliwiania, ale w wyniku zmiany (30 grudnia 2016 r.) zdecydowano się uprawnienia ograniczyć jedynie do odzysku.

Wskazany sposób rozumienia analizowanego zwrotu, choć zawiera stwierdzenie, że „Wykonawca oferował” znajduje potwierdzenie w stanowisku Zamawiającego, który w toku rozprawy potwierdził, że w jego ocenie „Odwołujący zaoferował świadczenie zgodne z przedmiotem zamówienia”. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznano za nieuzasadniony.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że brak podstaw do uwzględnienia odwołania, bowiem gdyby nawet przyjąć, że weryfikacja Odwołującego i ocena jego oferty powinna być pozytywna, to przy przyjęciu, że sporne warunki udziału w postępowaniu, zwłaszcza dotyczące uprawnień, należy interpretować literalnie, bez sięgania do opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie uzyskałby właściwego zabezpieczenia własnych interesów, a zatem czynność unieważnienia postępowania i tak byłaby uzasadniona choć z innej podstawy, stwierdzić należy, że Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), zaś przedmiotem odwołania mogą być wyłącznie czynności podjęte lub zaniechane przez zamawiającego, a nie ich zapowiedzi. Skoro zatem Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania w oparciu o konkretny przepis, to ocena tej czynności musi nastąpić w świetle tego przepisu, a nie na podstawie okoliczności, które, jak się zdaje Zamawiającemu, mogą również stanowić przesłankę unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: