

Sygn. akt: KIO 504/18

Sygn. akt: KIO 517/18

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2018r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Aleksandra Patyk
Irmina Pawlik

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2018 roku oraz 10 kwietnia 2018 roku oraz 25 kwietnia 2018 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 19 marca 2018 r. przez wykonawcę PHU Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław) o sygnaturze akt KIO 504/18;
- B. w dniu 19 marca 2018 r. przez wykonawcę FBService Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa o sygnaturze akt KIO 517/18;

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź

przy udziale:

- A. wykonawcy FBService Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 504/18 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 504/18 oraz 517/18 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy PHU Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 517/18 po stronie odwołującego.

orzeka:

1.

A) uwzględnia odwołanie wykonawcy PHU Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu o sygnaturze akt KIO 504/18 w zakresie zarzutu braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w SIWZ w pkt 5.1.3.1. dla części nr 3 i nakazuje zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 3 zamówienia (sektor Widzew),
2. powtórzenie czynności badania i oceny oferty w zakresie części nr 3 zamówienia (sektor Widzew), w tym wezwanie wykonawcy Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w pkt. 5.1.3.1. dla części nr 3 zamówienia (sektor Widzew).

Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.

B) Oddala odwołanie wykonawcy FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie o sygnaturze akt KIO 517/18.

2. Kosztami postępowania o sygnaturze akt KIO 504/17 obciąża zamawiającego Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, oraz kosztami postępowania

o sygnaturze akt KIO 517/18 obciąża wykonawcę FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PHU Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od dowołania o sygnaturze KIO 504/18 oraz uiszczoną przez wykonawcę FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 517/18,
- 2.2. zasądza od zamawiającego Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź na rzecz wykonawcy PHU Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od wykonawcy FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem 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. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:
.....
.....

Sygn. akt: KIO 504/18

Sygn. akt: KIO 517/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp” na zadania pn: **„Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi - Sektor Bałuty, Sektor Śródmieście, Sektor Widzew oraz odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na terenie Miasta Łodzi - Sektor Górna, Sektor Polesie w okresie od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2021r.”**

Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2017/S 229-477284 z dnia 29.11.2017 r.

Postępowanie prowadzone jest z dopuszczeniem składania ofert częściowych. Przedmiot zamówienia został podzielony na pięć części.

Odwołanie dotyczyło wyboru wykonawcy w zakresie części 1 (Sektor Bałuty) i 3 (Sektor Widzew).

KIO 504/18

Dnia 19 marca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Wykonawcę, **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław)** zwanego dalej Odwołującym Komunalnik, wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- czynności dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez REMONDIS Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa Oddział Łódź - ul. Zbąszyńska 6 91-342 Łódź (dalej Remondis) w częściach nr 1 i 3 zamówienia publicznego (Część 1 - Sektor Bałuty, Część 3 - Sektor Widzew), w których ofertę złożył również Odwołujący,
- zaniechanie uznania, iż wykonawca REMONDIS Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp,
- zaniechanie uznania iż oferta REMONDIS Sp. z o.o. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp,

- zaniechanie uznania iż oferta REMONDIS podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp,
- zaniechanie uznania iż oferta REMONDIS podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp,
- zaniechanie wezwania REMONDIS do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 90 ust.1 i 1a w zw. z art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp;
- zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w częściach 1 i 3 zamówienia

Odwołujący Komunalnik zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego przez zamawiającego w pkt 5.1.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu, ewentualne zaniechanie wezwania do wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, którego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2017 r. poz. 229, 1089 i 1132), złożyli oferty częściowe,
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania,
- 5) art. 24 ust 1 pkt 12) Pzp poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia (niesprostanie wezwaniu zamawiającego i niezłożenie dowodu) i odrzucenia oferty z art. 89 ust 1 pkt 5) Pzp,
- 6) art. 90 ust.1 i 1a w zw. z art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe naruszenia Odwołujący Komunalnik przedstawił żądania dotyczące:

- a) uwzględnienia odwołania w całości;
- b) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności dokonania wyboru ofert wykonawcy Remondis Sp. z o.o.;
- c) nakazania Zamawiającemu wykluczenia ofert Remondis Sp. z o.o.;

- d) nakazania Zamawiającemu dokonania ponownego badania i weryfikacji ofert oraz dokonania wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszych w częściach 1 (Sektor Bałuty) i 3 (Sektor Widzew) zamówienia.

Odwołujący Komunalnik wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego. W przypadku bowiem uznania, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza podlega wykluczeniu, to oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a w wyniku tego Odwołujący uzyska dla siebie przedmiotowe zamówienie. Szkodą jaką Odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która znajduje się na drugim miejscu w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił poniższą argumentację.

- 1) Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego przez zamawiającego w pkt 5.1.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu, ewentualne zaniechanie wezwania do wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż w punkcie 5.1.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawiony został warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej: *„Warunek zostanie uznany za spełniony; jeżeli wykonawca wykaże, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie usługę/usługi polegające na:*

- dla części nr 1 - wykonaniu lub wykonywaniu nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usług polegających na odbiorze odpadów komunalnych o łącznej masie minimum 30 000 Mg,(„.)
- dla części nr 3 - wykonaniu lub wykonywaniu nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usług polegających na odbiorze odpadów komunalnych o łącznej masie minimum 20 000 Mg”.

- W zakresie wypełnionego załącznika nr 5 do SIWZ – wykaz usług.

Na wstępie Odwołujący zaznaczył, że wykonawca Remondis, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wyraźnie rozdzielił usługi, wskazując w kolumnie „Dotyczy części zamówienia”, iż poszczególne usługi wykazane są w odniesieniu do konkretnej części zamówienia. Inaczej mówiąc, każda z tych usług potwierdza spełnianie warunków wyłącznie dla wskazanej części zamówienia. Mimo umieszczonej przez Zamawiającego informacji o możliwości wykazania sumy wartości Mg wymaganych dla danych części zamówienia, usługi wykazywane dla różnych części nie mogły się powtarzać, czyli niedopuszczalne było wykazywanie tej samej usługi dla dwóch części zamówienia.

Sprecyzowane warunki postawione przez Zamawiającego to odebranie określonej ilości odpadów w ciągu 12 miesięcy przy zachowaniu ciągłości prowadzenia usługi.

Pierwsza z wykazanych przez Remondis usług dotyczyła zadania prowadzonego na rzecz Urzędu Miasta Łodzi. Wskazano tutaj, iż mimo prowadzenia tejże usługi przez okres 54 miesięcy - w wybranym okresie 12 miesięcy odebrano wymaganą przez Zamawiającego ilość odpadów czyli 43.380,059 Mg.

Natomiast wypełniając wiersze tabeli dotyczące wymaganej usługi dla części 3, Remondis przywołał usługę, która prowadzona była przez okres 24 miesięcy. W tym okresie odebrano określoną ilość odpadów. Nie ma natomiast informacji (tak jak to było w odniesieniu do części 1) jaką ilość odpadów odebrano w wybranym okresie 12 miesięcy, tj. nie ma możliwości ustalenia na podstawie tych informacji, czy warunek dotyczący określonej ilości odpadów odebranych w ciągu 12 miesięcy nieprzerwanie, został spełniony. Takich informacji nie sposób również dopatrzeć się w przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunków referencji. Zamawiający dopuszczał aby wykazywana usługa mogła być prowadzona minimum 12 miesięcy, ale zasadniczym warunkiem w tym postępowaniu jest ilość odebranych odpadów w ciągu 12 miesięcy. Wykonawca przedstawił poświadczenie odebrania odpadów w ilości 25.710,08 Mg w ciągu 24 miesięcy - co w żaden sposób nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca w żaden sposób nie udowodnił również, że odebrane odpady w części 20.000,00 Mg zostały odebrane w ciągu 12 z wykazanych w referencji miesięcy. Zatem wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w części 3 zamówienia.

W przypadku usługi prowadzonej na rzecz Miasta Zduńska Wola (warunek dla części 3) - warunek nie został spełniony. Zamawiający winien był wezwać wykonawcę do uzupełnienia bądź wyjaśnienia dokumentów.

- W zakresie przedłożonych referencji na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca Remondis Sp. z o.o. dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedłożył w uzupełnieniu do oferty:

1. dla części 1 zamówienia - Referencję wystawioną przez Urząd Miasta Łodzi z dnia 30.06.2017r.
2. dla części 3 - Referencję wystawioną przez Urząd Miasta Zduńska Wola z dnia 11.07.2017r.

Przedłożone referencje dla części 1 oraz 3 są dotknięte nieważnością m.in. z uwagi na nieprawidłowe ich potwierdzenie za zgodność z oryginałem, bowiem nie zawierają daty ich potwierdzenia. Można wywieść wrażenie, że jest to celowe działanie wykonawcy, bowiem pozostałe dokumenty składane w toku postępowania przetargowego są prawidłowo potwierdzane za zgodność przez osobę umocowaną z ramienia wykonawcy - zawierają pieczętkę za zgodność z oryginałem, podpis oraz datę potwierdzenia.

Zgodnie z § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U, z 2016 r. poz, 1126) w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w §2, §5 i § 7 rozporządzenia, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 Pzp, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne. Należy jednak zwrócić uwagę, iż zamawiający w tym aspekcie nie jest uprawniony do tworzenia tych dokumentów - jedynie do wykorzystania posiadanych dokumentów. W załączonym do odwołania protokole nie odnotowano jednak jakoby zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału wykonawcy w postępowaniu wykorzystał dokumenty będące w posiadaniu zamawiającego.

Ponadto zauważyć należy, że zamawiający wprowadzając podział przedmiotowego zamówienia publicznego na części miał na celu traktowanie tych zadań jako odrębne usługi. Dowodem tej tezy jest między innymi brak możliwości wykazywania się przez wykonawców składających ofertę na dwie części, tym samym potencjałem (odpowiedź na pytanie nr 83 do siwz) oraz doświadczeniem (informacja w zał. nr 5 do siwz „*Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże się usługą / usługami odpowiadającą / odpowiadającymi sumie wartości Mg wymaganych dla danych części zamówienia. Usługi nie mogą się powtarzać.*”). Wykonawca nie sprostął tym wymogom zamawiającego przedkładając błędny wykaz usług oraz dokumenty, które nie potwierdzają rzekomego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z brzmienia art. 36 ust. 2 pkt 15) Pzp, który stanowi o tym, że w treści SIWZ znajdować powinny się informacje o *liczbie części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę lub maksymalnej liczbie części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteriach lub zasadach, które będą miały zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części*, wnioskować należy, że części zamówienia należy traktować tak, jakby stanowiły oddzielne zamówienia.

Skoro Zamawiający opisuje części zamówienia, może również określić oddzielnie dla każdej z części formularze cenowe, terminy wykonania zamówienia, opis warunków udziału w postępowaniu, wymagania dotyczące wadium. W tych okolicznościach, oferty złożone na różne części zamówienia należy oceniać odrębnie, a wybór najkorzystniejszej oferty nastąpi również w ramach każdej z części zamówienia.

Gdyby nawet uznać, iż wykonawca zamierzał zsumować wykazane dla obu części doświadczenia, uznać należy, że w kolumnie dotyczącej części zamówienia „*wskazać numer części zamówienia której potwierdzenie warunków opisanych w pkt. 5.1.3.1 SIWZ dana usługa dotyczy*” - Wykonawca nie wskazał, że któraś z wykazanych usług odnosi się do obu części zamówienia. Innymi słowy, wykonawca ten oświadczył, że usługą na rzecz Urzędu Miasta Łodzi spełnia wymogi tylko dla części 1 zamówienia, natomiast usługą na rzecz Urzędu Miasta Zduńska Wola spełnia wymogi tylko dla części 3 rzeczonego zamówienia.

- 2) Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, którego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie z kolei do przepisu art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis art. 3 ust. 1 uznk stanowi klauzulę generalną (por. wyroki o sygnaturze KIO 1287/12 oraz KIO 2455/16).

Zamawiający w omawianym postępowaniu zastrzegł, że dopuszcza możliwość składania przez Wykonawcę oferty na maksymalnie 2 części (sektory) zamówienia. Mając wiedzę, którą Odwołujący przekazywał Zamawiającemu pismami z dnia 1 lutego 2018 roku i 27 lutego 2018 roku, iż wykonawców Remondis Sp. z o.o. oraz Corimp Sp. z o.o. łączą powiązania zarówno kapitałowe jak i osobowe i towarzyskie, wykonawcy zawiązali niedozwolone porozumienie o podziale rynku, tzn. złożyli oferty częściowe na zamówienie i zataili powiązania, które uniemożliwiają im wspólny udział w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, zgodnie z art. 15 ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 419 ze zm., dalej uznk) jest czynem nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wprowadzając ograniczenie możliwości złożenia oferty przez jednego z wykonawców maksymalnie na dwie części zamówienia miał na celu zachowanie konkurencyjności oraz uniemożliwienie jednemu „organizmowi gospodarczemu” zdominowania usługi, która mogłaby być podzielona między konkurującymi między sobą wykonawcami. Wykonawcy, którzy zawiazali porozumienie o zatajeniu powiązań zarówno kapitałowych jak i osobowych (które przedkładają się na czerpanie wspólnych zysków z prowadzenia usług) naruszają zasadę uczciwej konkurencji, podejmując próbę zdominowania rynku poprzez prowadzenie usługi przez dwie pozornie nie powiązane ze sobą spółki.

- 3) Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2017 r. poz. 229, 1089 i 1132), złożyli oferty częściowe.

Zamawiający mimo braku przedstawienia dowodów na brak powiązań kapitałowych w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, przez wykonawców: Remondis Sp. z o.o. i Corimp Sp. z o.o. nie wykluczył ich z postępowania. W związku z uprawdopodobnionymi przez Odwołującego powiązaniami wykonawców: Remondis Sp. z o.o. i Corimp Sp. z o.o., zamawiający dwukrotnie wzywał tych wykonawców do wyjaśnień w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia.

Mimo niesprostaniu wezwaniu Zamawiającego wykonawcy nie zostali wykluczeni z postępowania. Należy w tym miejscu przywołać wyrok KIO (KIO 283/17).

Wprowadzając art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, ustawodawca ustanowił domniemanie, iż udział wykonawców należących do jednej grupy kapitałowej w tym samym postępowaniu może naruszać uczciwą konkurencję. Wyjaśnienia, które składa wykonawca mają dotyczyć istniejących między tymi wykonawcami powiązań i posłużyć zamawiającemu do oceny ich wpływu na konkurencyjność postępowania. Ciężar dowodu wykazania, że istniejące powiązania nie naruszają zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, spoczywa na wykonawcach wezwanych do udzielenia wyjaśnień. W pismach odwołującego (z dnia 1 lutego 2018 roku i dnia 27 lutego 2018 roku - załączniki do odwołania) wskazano wyraźnie, iż oprócz powiązań kapitałowych - te dwa podmioty łączy szereg innych powiązań, które w myśl ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, również pośrednio stanowią powiązania kapitałowe. Kluczowym elementem będącym dowodem na zależności między tymi wykonawcami jest powiązanie poprzez osobę pana M. M., który poprzez swoje udziały w spółkach jak również pełnione w nich funkcje - ma wpływ na kluczowe decyzje podejmowane przez te spółki.

- 4) Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania.

Zamawiający winien wykluczyć z postępowania Wykonawcę, który w celu uzyskania zamówienia celowo wprowadza zamawiającego w błąd. Jak wspomniano wyżej, wykonawca Remondis Sp. z o.o. uzupełniając wykaz usług stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ oraz przedstawiając na potwierdzenie zwartych tam informacji referencje, których treść nie odpowiada wykazowi - celowo wprowadza zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Wprowadzanie w błąd zamawiającego ma miejsce w kilku elementach samej oferty jak również w dokumentach składanych w jej uzupełnieniu.

Przede wszystkim wykonawca w wykazie usług (załącznik nr 5 do SIWZ) w kolumnie dotyczącej przedmiotu zamówienia wpisuje, iż przedmiotem wskazanej usługi jest realizacja umowy w ciągu 54 miesięcy (od 1 lipca 2013 roku do 31 grudnia 2017 roku), natomiast w kolumnie dotyczącej okresu wykonywania usługi zawarto daty od 1 lipca 2013 roku do „nadal” - do 31 czerwca 2018 roku. Rozbieżności w tych zapisach mają na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Po pierwsze jest to okres który znacznie wykracza poza ramy czasowe wymagane przez zamawiającego (czyli 36 miesięcy).

Ponadto przedłożone referencje wystawione przez UM Łódź nie zawierają w swojej treści żadnych informacji na temat usług prowadzonych w okresie 01 lipca 2013 do 30 czerwca 2015, więc przedmiotowe referencje nie potwierdzają wykonania usług zamieszczonych w wykazie (zat. nr 5 do siwz). Wykonawca nie dochował należytej staranności w przygotowywaniu oferty, co również stanowi wprowadzanie w błąd zamawiającego.

Aspekt ten również umknął zamawiającemu, który był zobowiązany do wezwania wykonawcy do wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów.

Celowe wprowadzanie w błąd zamawiającego ma również miejsce w przypadku składania w formularzu JEDZ oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej oraz braku podstaw do wykluczenia.

Zgodnie z art. 45 ust. 2 “g” dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi / DZ.U. U.E. nr 134, poz. 114 z późn. zm./, z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych dyrektywą. Wprowadzenie w błąd musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy.

W przypadku wyjaśnień dotyczących grupy kapitałowej w wyniku zarówno pierwszego jak i drugiego wezwania Zamawiającego mamy niewątpliwie do czynienia z wprowadzaniem Zamawiającego w błąd.

Definicję informacji, które wprowadzają w błąd zamawiającego określano wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO 2736/17.

- 5) Uzasadnienie zarzutu z art. 24 ust 1 pkt 12) Pzp poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia (niesprostanie wezwaniu zamawiającego i niezłożenie dowodu) i odrzucenia oferty z art. 89 ust 1 pkt 5) Pzp.

W związku z uprawdopodobnionymi przez Odwołującego powiązaniem wykonawców: Remondis Sp. z o.o. i Corimp Sp. z o.o., Zamawiający dwukrotnie wzywał tych wykonawców do wyjaśnień w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia. Remondis Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia ale lakoniczne, nierzetelne i nie poparte żadnymi dowodami. Odwołujący przywołał wyrok o sygn. akt KIO 2003/12.

Wskazał, że wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień dwukrotnie, z uwagi na dalsze wątpliwości Zamawiającego, pomimo pierwotnych wyjaśnień wykonawcy. Wymijające wyjaśnienia oraz brak jakichkolwiek dowodów, potwierdzających, że powiązania między firmami Remondis Sp. z o.o. oraz Corimp Sp. z o.o. nie prowadzą do zakłócenia konkurencji, jedynie potwierdzają istnienie takich powiązań.

Wyjaśnienia złożone przez firmę Remondis Sp. z o.o. nie tylko nie czynią zadość wezwaniu Zamawiającego, ale zawierają jedynie jeden dokument, który absolutnie nie jest dowodem, który mógłby potwierdzić, że wątpliwości Zamawiającego co do powiązań tych oferentów, są bezprzedmiotowe. Zgodnie z treścią pisma Odwołującego z dnia 27 lutego 2018 roku jednymi z dokumentów, potwierdzającymi sprzedaż udziałów spółki Corimp przez Remondis byłyby dokumenty potwierdzone notarialnie.

Nadmienić należy, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 pkt 23 Pzp oraz na powiązanych wykonawcach spoczywa ciężar dowodu, że powiązania między nimi nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co dodatkowo prowadzi do istnienia po ich stronie obowiązku złożenia stosownych wyjaśnień i dokumentów. Same oświadczenia wykonawcy - bez przedstawienia dowodów potwierdzających aktualny stan formalny spółek, nie stanowią wystarczającego dowodu na potwierdzenie braku zachwiania uczciwej konkurencji.

W odpowiedzi z dnia 12 lutego 2018 roku., firma Remondis Sp. z o.o. uciekła się jedynie do złożenia pisemnego oświadczenia o braku przynależności spółki Corimp do grupy kapitałowej Remondis oraz do przekazania informacji o sprzedaży akcji firmy Eko-Inwestor

S.A. w 2013 roku. Tak zdawkowe informacje nie czynią zadość wezwaniu Zamawiającego. Po pierwsze informacje te nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami (a wystarczającym byłby w tym przypadku dowód w postaci dokumentu potwierdzającego sprzedaż akcji oraz aktualne dokumenty finansowe) jak również przekazanie informacji, które są sprzeczne z odpowiedzią złożoną przez Corimp Sp.z o.o. o sprzedaży w/w akcji (nazwa nabywcy oraz data nabycia akcji). Remondis podaje informacje jakoby akcje te zostały sprzedane firmie Inwestycje Turystyczne Sp. z o.o., natomiast Corimp, że akcje te nabyła firma Inwestycje Rodzinne Sp. z o.o. Z informacji dostępnych w rejestrach przedsiębiorców wynika, że firmy te mają ten sam nr KRS, a Inwestycje Rodzinne Sp. z o.o., ul. Pańska 73, 00-834 Warszawa powstały w 2011 r. po przekształceniu nazwy z Inwestycje Turystyczne Sp. z o.o. Należy tutaj wspomnieć, iż jedynym członkiem zarządu spółki Inwestycje Rodzinne jest p. M. M. (którego powiązania z oferentami Remondis i Corimp opisano szerzej w pismach Odwołującego z dnia 1 lutego 2018 roku i 27 lutego 2018 roku) i zapewne z tego względu wykonawcy ponoszą próbę ukrycia tej informacji.

Sprzeczność ww. informacji przekazywanych przez oferentów dowodzi próbie celowego zatajenia informacji przed Zamawiającym lub celowym wprowadzeniem go w błąd aby ukryć obecnie istniejące powiązania między wykonawcami.

Należy zwrócić uwagę, że spółka Remondis nie odpowiedziała na wezwanie, a jedynie podjęła próbę interpretacji definicji powiązań kapitałowych. Celem odpowiedzi tego wykonawcy było odwrócenie uwagi Zamawiającego od istotnego problemu, czyli uprawdopodobnienie niedozwolonych powiązań między rzeczonymi wykonawcami, prowadzonymi do zachwiania konkurencji.

Odpowiedź na kolejne wezwanie wykonawcy Remondis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień również nie dowodzi, iż stwierdzone powiązania oferentów nie prowadzą do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Z informacji zawartej w punkcie drugim pisma z dnia 27 lutego 2018 roku. Remondis oświadczył, że firma Remondis Sp. z o.o. nie jest powiązana kapitałowo z Rhenus Logistics S.A. na terenie Polski, co skłania do twierdzenia, że wg wykonawcy Remondis zapisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obowiązują tylko spółki powiązane na terenie Polski, co jest błędem. Ponadto w dalszej części wyjaśnień Remondis Sp. z o.o. potwierdził strukturę powiązań pomiędzy firmami Remondis, Rhenus oraz Rethmann.

Nieudolnym wydaje się być również próba uzasadnienia, iż fakt niezłożenia przez spółkę Rhenus Logistics oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie daje podstaw do rozpatrywania jej powiązań w stosunku do postępowania.

Utrwalony pogląd na temat składania jakichkolwiek wyjaśnień w miejsce tych rzetelnych, wyrażany był wielokrotnie w orzecznictwie, m.in.:

- w wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 3 lipca 2015 r. (sygn. VIII Ga 184/15), cyt.: „w razie stwierdzenia, że wyjaśnienia są niespójne, nierzetelne, aktualizuje się po stronie zamawiającego uprawnienie do odrzucenia oferty”,
- wyrok KIO 725/14, "(...) Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy",
- wyrok KIO 17/18: „Składane wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia”.

6) Uzasadnienie zarzutu z art. 90 ust.1 i 1a w zw. z art. 89 ust.1 pkt 4 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Remondis Sp. z o.o. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Remondis Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę na dwie części: Część 1 (Sektor Bałuty), Część 3 (Sektor Widzew).

- Część 1 (Sektor Bałuty) - cena zaproponowana przez REMONDIS Sp. z o.o. to 32.669.759,20 PLN brutto. Szacunkowa wartość zamówienia to 49.277.386,71 PLN brutto. Cena oferty wykonawcy jest niższa od wartości zamówienia o 33,70 % w stosunku do wartości zamówienia.
- Część 3 (Sektor Widzew) - cena zaproponowana przez REMONDIS Sp. z o.o. to 24.856.934,40 PLN brutto. Szacunkowa wartość zamówienia to 36.054.983,34 PLN brutto. Cena oferty wykonawcy jest niższa od wartości zamówienia o 31,06 % w stosunku do wartości zamówienia.

Przedmiotowe oferty zawierają ceny, które noszą znamiona rażąco niskich w stosunku do szacunkowych wartości zamówienia, bowiem jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT.

W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Zgodnie art. 90 ust. 1a Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których

mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zamawiający badając ofertę tego wykonawcy powinien powziąć wątpliwości, czy usługa może zostać zrealizowana za zaproponowane przez Remondis ceny, ponieważ są one nierealne. Wg kalkulacji stanowiącej Załącznik Nr 8 Do wniosku, stanowiącego załącznik do protokołu zamówienia publicznego, jednostkowe koszty transportu, przy założeniu szacunkowych mas odpadów komunalnych w odniesieniu do całego okresu zamówienia, wynoszą odpowiednio:

- Część 1 (Sektor Bałuty) - 150,09 zł za i Mg odpadów netto, czyli 162,10 zł brutto. Oferta Remondis w przeliczeniu na 1 Mg odpadów to 161,2 zł brutto, czyli wykonawca nie uwzględnił żadnych innych kosztów, a ponadto nie uwzględnia w tej cenie swojego zysku,
- Część 3 (Sektor Widzew) - 154,72 zł za i Mg odpadów netto, czyli 167,10 zł brutto. Oferta Remondis w przeliczeniu na 1 Mg odpadów to 172,80 zł brutto, czyli wykonawca uwzględnił jedynie 5,70 zł innych kosztów, a ponadto nie uwzględnia w tej cenie swojego zysku.

Artykuł 90 ust. 1 Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Dnia 21 marca 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca: Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – zwany dalej Przystępującym Remondis, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu. Przystępujący Remondis wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Wskazał, iż interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego polega na tym, iż jest on wykonawcą którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zakresie części 1 (Sektor Bałuty) i części 3 (Sektor Widzew). Rozstrzygnięcie sprawy na korzyść Zamawiającego, poprzez oddalenie odwołania zadecyduje o udzieleniu przedmiotowego zamówienia Przystępującemu Remondis, a zatem będzie miało bezpośredni wpływ na interes Przystępującego.

Dnia 22 marca 2018 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca: FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie – zwany dalej Przystępującym FB Serwis. Przystąpienie zostało zgłoszone z zachowaniem ustawowego terminu oraz przekazana została kopia przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu. Przystępujący FB Serwis wniósł o uwzględnienie odwołania. Wskazał, iż interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego polega na tym, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do wykluczenia z postępowania wykonawcy Remondis Sp. z o.o., wobec czego Zamawiający będzie zobligowany do zweryfikowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego Komunalnik. Weryfikacja taka może doprowadzić do wykluczenia Odwołującego Komunalnik oraz do uzyskania zamówienia przez Przystępującego FB Serwis, którego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu.

KIO 517/18

Dnia 19 marca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania, zostało wniesione odwołanie przez Wykonawcę, **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa)** zwanego dalej Odwołującym FBSerwis. Odwołanie dotyczyło czynności wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie części 1 (sektor Bałuty) i części 3 (sektor Widzew) oferty Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Oddział w Łodzi; dalej: „Remondis”, zaniechania wykluczenia Remondis z postępowania w zakresie ww. części, zaniechania odrzucenia oferty Remondis, względnie zaniechania wezwania Remondis do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, względnie również zaniechanie wezwania Remondis do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, a także wobec zaniechania wezwania PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu („Komunalnik”), Komunalnik do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący FBSerwis zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Remondis z postępowania w sytuacji, gdy podmiot ten nie wykazał spełnienia opisanego w pkt 5.1.3.2. lit. a) i c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, gdyż nie wykazał, iż dysponuje lub będzie dysponował:
 - a. w zakresie części 1 zamówienia: minimum 5 (pięcioma) sztukami pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowych (bez funkcji kompaktującej), o ładowności co najmniej 5 ton, w tym 3

(trzema) sztukami z dźwigiem do systemu HDS - gdyż w poz. 2 Załącznika nr 6 do SIWZ - wykaz narzędzi i urządzeń (dalej: „Wykaz”) dla części 1 zamówienia wykazał posiadanie pojazdów łącznie pięciu pojazdów, w tym trzech o numerach rejestracyjnych:

- i. S0 5030P (pojazd marki MAN spełniający wymogi normy euro 6),
- ii. S0 6699N (pojazd marki MAN spełniający wymogi normy euro 6),
- iii. ZS 057GV (pojazd marki MAN spełniający wymogi normy euro 6),

które to samochody nie są samochodami skrzyniowymi, lecz pojazdami przystosowanymi do przewozu kontenerów (pojazdy hakowe i pojazd bramowy),

- b. w zakresie części 3 zamówienia: minimum 4 (czterema) sztukami pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowych (bez funkcji kompaktującej), o ładowności co najmniej 5 ton, w tym 3 (trzema) sztukami z dźwigiem do systemu HDS - gdyż w poz. 2 Wykazu dla części 3 zamówienia wykazał posiadanie czterech pojazdów o numerach rejestracyjnych:

- i. EL 4448A (pojazd marki MERCEDES spełniający wymogi normy euro 3),
- ii. EL 609LK (pojazd marki MAN spełniający wymogi normy euro 5),
- iii. EL 612KH (pojazd marki MAN spełniający wymogi normy euro 5),
- iv. EL 608LK (pojazd marki MAN spełniający wymogi normy euro 5),

które to samochody nie są samochodami skrzyniowymi, lecz pojazdami przystosowanymi do przewozu kontenerów (pojazdy hakowe), a ponadto, w zakresie tej samej części zamówienia (cz. 3); minimum 4 (czterema) sztukami pojazdów do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową lub bramową o pojemności kontenera min. 7 m³, w tym co najmniej 2 (dwoma) sztukami z dźwigiem do systemu HDS, gdyż w poz. 3 Wykazu dla części 3 zamówienia wykazał posiadanie łącznie czterech pojazdów, w tym dwóch z HDS, przy czym jako jeden z tych pojazdów (jako zawierający dźwig do systemu HDS) został wskazany pojazd o numerze rejestracyjnym

- i. WE 84023 (pojazd marki MERCEDES spełniający wymogi normy euro 3),

który to pojazd nie jest pojazdem z zabudową hakową ani bramową (przystosowanym do przewozu kontenerów), lecz pojazdem skrzyniowym - wywrotką, którego dopuszczalna ładowność jest niższa niż wymagane przez Zamawiającego dla pojazdów skrzyniowych min. 5 ton,

przy czym nie jest dopuszczalne wzywianie REMONDIS do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku dotyczącego potencjału technicznego, gdyż prowadziłoby to do:

- niedopuszczalnej zmiany oferty i stanowiłoby niedopuszczalny przejaw negocjacji Zamawiającego z REMONDIS,

- zmiany treści oferty w zakresie zobowiązania ocenianego w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego aspektów ekologicznych (środowiskowych; pkt 14.3.3. SIWZ),
 - zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą;
2. art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Remondis, który należy do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Corimp” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Corimp”), pomimo iż obaj ww. wykonawcy złożyli w postępowaniu odrębne oferty częściowe (Remondis na 1 i 3 Część zamówienia, zaś Corimp na 2 i 4 część zamówienia), a jednocześnie żaden z tych wykonawców nie wykazał, aby istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadziły do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym, biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający w treści SIWZ zabronił wykonawcom składania ofert na więcej, niż 2 spośród części zamówienia, zakłócenie konkurencji mogło nastąpić pomimo, iż ww. oferty częściowe zostały złożone w zakresie odmiennych części zamówienia, gdyż mogło to doprowadzić do uzyskania przez podmioty działające w porozumieniu i należące do jednej grupy kapitałowej zamówienia w zakresie więcej niż dwóch części,
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia REMONDIS z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że:
- a. spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału technicznego, gdyż w przedstawionym Wykazie dla części 1 i 3 zamówienia podał on niezgodne z rzeczywistością informacje na temat spełniania wymagań Zamawiającego przez pojazdy o numerach rejestracyjnych: S0 5030P, S0 6699N ZS 057GV, EL 4448A, EL 609LK, EL 612KH, EL 608LK, podczas gdy w rzeczywistości ww. pojazdy wymagań określonych przez Zamawiającego nie spełniają, gdyż nie są wymaganymi pojazdami skrzyniowymi oraz przez pojazd o numerze rejestracyjnym WE 84023, który nie jest wymaganym przez Zamawiającego pojazdem z zabudową hakową lub bramową,
 - b. nie podlega wykluczeniu, pomimo że należy do tej samej grupy kapitałowej, do której należą inni wykonawcy którzy złożyli oferty częściowe w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu przetargowym, podczas gdy zarówno Remondis, jak i Corimp należą do grupy kapitałowej, w której przedsiębiorcą dominującym najwyższego szczebla jest spółka RETHMANN SE & Co. KG z siedzibą w Selm w Niemczech, gdyż prezes i zarazem jedyny członek zarządu kontrolującej (pośrednio) Corimp spółki Inwestycje Rodzinne sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Puławska 99; dalej: „INWESTYCJE RODZINNE”) jest jednocześnie członkiem rady nadzorczej w spółkach: Rhenus Logistics S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Puławska 99; dalej:

„RHENUS”) oraz spółki ELECTRO-SYSTEM Organizacja Odzysku Sprzętu Elektrycznego i Elektronicznego S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 16; dalej: „ELECTRO-SYSTEM”), co oznacza spółka INWESTYCJE RODZINNE jest spółką kontrolowaną przez RHENUS i ELECTRO-SYSTEM w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. I. z 2017 r. poz. 229, ze zm.; dalej: „ustawa OKiK”) - przedsiębiorcą zależnym od RHENUS i ELECTRO-SYSTEM, gdyż członkowie rady nadzorczej RHENUS i ELECTRO-SYSTEM stanowią więcej niż połowę członków zarządu spółki INWESTYCJE RODZINNE, przy czym ww. informację nieprawdziwą Remondis potwierdził dwukrotnie w odpowiedzi na wezwania skierowane do niego ze strony Zamawiającego,

przy czym REMONDIS będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinien dochować należytej staranności i zweryfikować prawdziwość informacji o posiadanych przez siebie samochodach oraz o podmiotach należących do jego własnej grupy kapitałowej, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej rażącego niedbalstwa,

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Remondis z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że:
 - a. spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału technicznego, gdyż w przedstawionym Wykazie dla części 1 i 3 zamówienia podał on niezgodne z rzeczywistością informacje na temat spełniania wymagań Zamawiającego przez pojazdy o numerach rejestracyjnych: SO 5030P, SO 6699N, ZS 057GV, EL 4448A, EL 609LK, EL 612KH, EL 608LK, podczas gdy w rzeczywistości ww. pojazdy wymagań określonych przez Zamawiającego nie spełniają, gdyż nie są wymaganymi pojazdami skrzyniowymi oraz przez pojazd o numerze rejestracyjnym WE 84023, który nie jest wymaganym przez Zamawiającego pojazdem z zabudową hakową lub bramową,
 - b. nie podlega wykluczeniu należąc do tej samej grupy kapitałowej, do której należą inni wykonawcy którzy złożyli oferty częściowe w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu przetargowym, podczas gdy zarówno Remondis, jak i Corimp należą do grupy kapitałowej, w której przedsiębiorcą dominującym najwyższego szczebla jest spółka RETHMANN SE & Co. KG z siedzibą w Selm w Niemczech, gdyż prezes i zarazem jedyny członek zarządu kontrolującej (pośrednio) Corimp spółki INWESTYCJE RODZINNE jest jednocześnie członkiem rady nadzorczej w spółkach: RHENUS oraz spółki ELECTRO-SYSTEM, co oznacza, że spółka INWESTYCJE RODZINNE jest spółką kontrolowaną przez RHENUS i ELECTRO-SYSTEM w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c ustawy OKiK - przedsiębiorcą

zależnym od RHENUS i ELECTRO-SYSTEM, gdyż członkowie rady nadzorczej RHENUS i ELECTRO-SYSTEM stanowią więcej niż połowę członków zarządu spółki INWESTYCJE RODZINNE,

przy czym ww. informację nieprawdziwą REMONDIS potwierdził dwukrotnie w odpowiedzi na wezwania skierowane do niego ze strony Zamawiającego, przy czym Remondis będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinien dochować należytej staranności i zweryfikować prawdziwość informacji o posiadanych przez siebie samochodach oraz o podmiotach należących do jego własnej grupy kapitałowej, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej niedbalstwa (i to zdaniem Odwołującego niedbalstwa rażącego),

5. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Komunalnik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo iż ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ,
6. art. 90 ust. 1 ustawy , poprzez zaniechanie wezwania Remondis do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo iż ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ,

ponadto, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów określonego w pkt 2 powyżej, zarzucam również naruszenie

7. art. 24 ust. 1 pkt 20 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 i 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419, ze zm.) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy OKiK poprzez zaniechanie wykluczenia REMONDIS z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, pomimo iż wykonawca ten zawarł z innym wykonawcą, tj. z Corimp, porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu zakresu i warunków ofert złożonych w postępowaniu, w tym w szczególności podziału pomiędzy nich części zamówienia, na które oferty zostaną złożone.

Odwołujący FBSerwis podnosząc ww. zarzuty wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty Remondis jako oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Remondis z postępowania,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Remondis,

względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądań określonych w pkt 3 i 4 powyżej

5. nakazanie Zamawiającemu wezwanie Remondis do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oraz o
6. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów Odwołujący FBSerwis przedstawił poniższą argumentację:

1. Uzasadnienie zarzutów dotyczących pojazdów.

1.1. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania potencjału technicznego.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie dysponowali specjalistycznymi pojazdami do odbioru odpadów, w tym m.in.,

dla części 1 zamówienia:

- 1) pojazdami przystosowanymi do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowymi (bez funkcji kompaktującej), o ładowności co najmniej 5 t - minimum 5 sztukami, w tym co najmniej 3 sztukami z dźwigiem do systemu HDS (pkt 5.1.3.2. lit. a) SIWZ tiret drugie),
- 2) pojazdami do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową lub bramową o pojemności kontenera min 7m³ - minimum 4 sztukami, w tym co najmniej 2 sztukami z dźwigiem do systemu HDS (pkt 5.1.3.2. lit. c) SIWZ tiret trzecie);

dla części 3 zamówienia

- 3) pojazdami przystosowanymi do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowymi (bez funkcji kompaktującej), o ładowności co najmniej 5 t - minimum 5 sztukami, w tym co najmniej 3 sztukami z dźwigiem do systemu HDS (pkt 5.1.3.2. lit. a) SIWZ tiret drugie),
- 4) pojazdami do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową lub bramową o pojemności kontenera min 7m³ - minimum 4 sztukami, w tym co najmniej 2 sztukami z dźwigiem do systemu HDS (pkt 5.1.3.2. lit. c) SIWZ tiret trzecie).

Z powyższego wynika, że Zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu, wyróżnił określone kategorie pojazdów do odbioru odpadów komunalnych, w tym w szczególności:

- kategorię pojazdów skrzyniowych,
- kategorię pojazdów służących do przewożenia kontenerów, z zabudową hakową lub bramową.

Te kategorie zostały wyróżnione w sposób rozłączny, co oznacza, że pojazdy skrzyniowe nie zostały uznane za jakąkolwiek odmianę (podtyp lub podkategorię) pojazdów kontenerowych i odwrotnie - pojazdy kontenerowe nie są również żadną odmianą (podtypem lub podkategorią) pojazdów skrzyniowych. Tym samym, określony pojazd mógł być uznany albo jako wyłącznie za pojazd „skrzyniowy”, albo wyłącznie jako pojazd „kontenerowy”. Nie mógł on być jednocześnie i pojazdem skrzyniowym, i pojazdem kontenerowym - w przeciwnym razie dokonany przez Zamawiającego podział pojazdów na kontenerowe i skrzyniowe byłby zupełnie niecelowy – gdyby taki był zamiar Zamawiającego, to określiłby on tylko jedną kategorię, jako „pojazdy skrzyniowe i z zabudową hakową lub bramową”, względnie „pojazdy skrzyniowe lub z zabudową hakową lub bramową”. W SIWZ ww. kategorie określone jednak zostały oddzielnie.

Przywołana powyżej kategoryzacja (podział na samochody skrzyniowe i kontenerowe (hakowce lub bramowce) nie jest jakimkolwiek „autorskim” pomysłem Zamawiającego. Opiera się ona na powszechnie znanym i stosowanym wśród przedsiębiorców działających na rynku odpadów. Podmioty takie w swojej działalności za pomocą takich kategorii określają pojazdy, którymi się posługują.

Taka kategoryzacja znana jest również wykonawcy Remondis, który w ofercie kierowanej publicznie do potencjalnych kontrahentów odróżnia pojazdy skrzyniowe (dostawcze) od pojazdów kontenerowych (tzw. hakowców lub bramowców).

Podział taki (kategoryzacja) jest stosowany również przez wiodących producentów pojazdów ciężarowych (w tym m.in. MAN, którego pojazdy Remondis zamierza wykorzystać przy realizacji przedmiotu zamówienia, czy np. SCANIA).

Podział taki jest także powszechnie stosowany w obrocie handlowym pojazdami ciężarowymi.

Istotna w tym zakresie jest również okoliczność, że stosowana przez Zamawiającego kategoryzacja pojazdów wymaganych do spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest zbieżna z klasyfikacją pojazdów określoną na mocy § 7 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 27 września 2003 r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach (Dz. U. z 2014 r. poz. 1727, ze zm.) opisaną w Załączniku nr 4 do ww. rozporządzenia.

Klasyfikacja ta jednoznacznie wyróżnia, jako rodzaje pojazdów ciężarowych, m.in. samochody skrzyniowe (skrzynia) oraz inne, do których należą - ze względu na przeznaczenie, pojazdy do przewozu kontenerów. Ww. klasyfikacja odzwierciedla oficjalną klasyfikację Instytutu Transportu Samochodowego.

W tych okolicznościach stwierdzić należy, że podział samochodów na samochody skrzyniowe i kontenerowe (bramowe, hakowe) dla każdego profesjonalnego przedsiębiorcy oferującego usługi w zakresie odbioru odpadów jest znany i żadnych wątpliwości budzić nie może.

W tym zakresie należy zauważyć, że w przedstawionym Zamawiającemu wykazie wykonawca Remondis zadeklarował dysponowanie i wykorzystywanie do realizacji zamówienia (więcej na temat zobowiązującego charakteru wykazu pojazdów w dalszej części niniejszego Odwołania) w zakresie m.in. następujących pojazdów:

a. w zakresie części 1 zamówienia:

- i. pojazdu o numerze rejestracyjnym SO 5030P (określonego jako pojazd przystosowany do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowy, marki MAN spełniający wymogi normy euro 6, o ładowności 14,86 t., stanowiący własność Remondis),
- ii. pojazdu o numerze rejestracyjnym SO 6699N (określonego jako pojazd przystosowany do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowy, marki MAN spełniający wymogi normy euro 5, o ładowności 9,63 t., stanowiący własność Remondis),
- iii. pojazdu o numerze rejestracyjnym ZS 057GV (określonego jako pojazd przystosowany do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowy, marki MAN spełniający wymogi normy euro 6, o ładowności 12,80 t., zawierający dźwig HDS, będący w najmie Remondis),

b. w zakresie części 3 zamówienia:

- i. pojazdu o numerze rejestracyjnym EL 4448A (określonego jako pojazd przystosowany do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowy, marki MERCEDES spełniający wymogi normy euro 3, o ładowności 6 t., stanowiący własność Remondis),
- ii. pojazdu o numerze rejestracyjnym EL 609LK (określonego jako pojazd przystosowany do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowy, marki MAN spełniający wymogi normy euro 5, o ładowności 6.12t., zawierający dźwig HDS, stanowiący własność Remondis),
- iii. pojazdu o numerze rejestracyjnym EL 612KH (określonego jako pojazd przystosowany do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie -

skrzyniowy, marki MAN spełniający wymogi normy euro 5, o ładowności 11,66 t., zawierający dźwig HDS, stanowiący własność Remondis),

- iv. pojazdu o numerze rejestracyjnym EL 608LK (określonego jako pojazd przystosowany do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowy, marki MAN spełniający wymogi normy euro 5, o ładowności 6.12 t., zawierający dźwig HDS, stanowiący własność Remondis),

Ww. informacje są niezgodne z rzeczywistością - są informacjami nieprawdziwymi:

- pojazd o numerze rejestracyjnym SO 5030P nie jest pojazdem skrzyniowym, lecz kontenerowym z zabudową hakową;
- pojazd o numerze rejestracyjnym SO 6699N nie jest pojazdem skrzyniowym, lecz kontenerowym z zabudową bramową;
- pojazd o numerze rejestracyjnym ZS 057GV nie jest pojazdem skrzyniowym, lecz kontenerowym z zabudową hakową;
- pojazd o numerze rejestracyjnym EL 4448A nie jest pojazdem skrzyniowym, lecz kontenerowym z zabudową hakową;
- pojazd o numerze rejestracyjnym EL 609LK nie jest pojazdem skrzyniowym, lecz kontenerowym z zabudową hakową;
- pojazd o numerze rejestracyjnym EL 612KH nie jest pojazdem skrzyniowym, lecz kontenerowym z zabudową hakową, dla porządku warto dodać, że jest to samochód marki MERCEDES, nie zaś jak wskazano w wykazie MAN;
- pojazd o numerze rejestracyjnym EL 608LK nie jest pojazdem skrzyniowym, lecz kontenerowym z zabudową hakową;
- pojazd o numerze rejestracyjnym WE 84023 nie jest pojazdem kontenerowym z zabudową hakową lub bramową, lecz pojazdem skrzyniowym, przy czym jego ładowność jest niższa, niż wymagana przez Zamawiającego dla pojazdów skrzyniowych (minimum 5 ton).

Powyższe oznacza, że REMONDIS nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym, gdyż:

w ramach części 1 zamówienia:

- 5) nie wykazał się minimum 5 sztukami pojazdów przystosowanych do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowych (bez funkcji kompaktującej), o ładowności co najmniej 5 t, w tym co najmniej 3 (trzema) sztukami z dźwigiem do systemu HDS (pkt 5.1.3.2. lit. a) SIWZ tiret drugie)
- wykazał się bowiem jedynie dwoma sztukami pojazdów skrzyniowych, w tym tylko dwoma z systemem HDS,

w ramach części 3 zamówienia:

- 6) nie wykazał się minimum 4 sztukami pojazdów przystosowanych do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowych (bez funkcji kompaktującej), o ładowności co najmniej 5 t, w tym co najmniej 3 (trzema) sztukami z dźwigiem do systemu HDS (pkt 5.1.3.2. lit. c) SIWZ tiret drugie)
 - nie wykazał się bowiem żadnym pojazdem skrzyniowym o wymaganej ładowności;
- 7) nie wykazał się minimum 4 sztukami pojazdów do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową lub bramową o pojemności kontenera min 7m³, w tym co najmniej 2 sztukami z dźwigiem do systemu HDS
 - wykazał się bowiem jedynie trzema sztukami pojazdów z zabudowa hakowa lub bramowa, w tym tylko jedną sztuką z systemem HDS.

Odwołujący FBSerwis wskazuje, że potwierdzeniem twierdzeń dotyczących tego, że pojazdy o numerach rejestracyjnych EL 4448A oraz EL 609LK są pojazdami kontenerowymi z zabudową hakową, są informacje przedstawione przez Remondis w prowadzonym przez Zamawiającego w 2015 i 2016 r. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi - Sektor Bałuty i Sektor Widzew oraz odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi - Sektor Górna, Sektor Polesie i Sektor Śródmieście" znak DOA-ZP-VIII.271.52.2015 (tj. w postępowaniu dotyczącym obecnie realizowanej usługi odbioru odpadów; dalej: „Postępowanie 2016”). W toku tego postępowania Remonids wskazał bowiem ww. pojazdy jako „pojazdy do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową lub bramową o pojemności kontenera min. 7 m³, zawierające HDS. Będąc zaś wezwanym przez Zamawiającego do wyjaśnienia, jaka jest pojemność kontenera ww. pojazdów, Remondis wskazał, że pojazdy te są hakowcami JANCO HS7, zdolnymi do przewozu kontenerów o pojemności od 7 do 12 m³ oraz przedstawił specyfikację ww. hakowców. Jako dowód Odwołujący złożył pismo Remondis z dnia 21 stycznia 2016 roku dotyczące wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu 2016 oraz wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych złożonych przez Remondis w postępowaniu 2016. Odwołujący podniósł ponadto, że w postępowaniu 2016 Remonidis pojazd o numerze rejestracyjnym WE 84023 wykazał jako pojazd skrzyniowy.

Pojazd ten, według najlepszej wiedzy Odwołującego jest właśnie pojazdem skrzyniowym - jednak jego ładowność jest mniejsza, aniżeli wymagana przez Zamawiającego (zarówno w postępowaniu 2016, jak i w niniejszym postępowaniu) ładowność co najmniej 5 ton. W tym zakresie odnoszące się do pojazdu WE 84023 dane podane przez Remondis były niezgodne z rzeczywistością tak w postępowaniu 2016 (co do ładowności) jak i w postępowaniu niniejszym (co do rodzaju tego pojazdu).

Odnosząc się do wszystkich zakwestionowanych pojazdów Odwołujący FBSerwis wskazuje, że dokumenty potwierdzające rodzaj tych pojazdów znajdują się w posiadaniu Remondis - są to w szczególności dowody rejestracyjne oraz karty pojazdów. Przedstawienie tychże dokumentów pozwolić może na bezsporne ustalenie, czy Remondis wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, Odwołujący FBSerwis wniósł o zobowiązanie Remondis do przedstawienia dowodów rejestracyjnych dotyczących ww. pojazdów wraz z kartami tych pojazdów.

1.2. Brak podstaw do zastosowania procedury sanacyjnej przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego FBSerwis, w okolicznościach niniejszej sprawy nie jest dopuszczalne zastosowanie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wezwanie Remondis do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (wykazu) z przyczyn omówionych poniżej.

1.2.1. Uzupełnienie dokumentów dotyczących pojazdów jako niedopuszczalna zmiana oferty

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dopuszczona w prawie europejskim instytucja uzupełnienia dokumentów służy do poprawienia szczegółów oferty, jeżeli wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek. Pierwotną ofertę można bowiem poprawić w celu usunięcia oczywistych omyłek jedynie w wyjątkowych przypadkach i tylko jeżeli zmiana nie doprowadzi do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (por. pkt 40 wyroku z dnia 29 marca 2012 w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko).

Żądanie wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty nie może jednak w żadnym razie rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, a więc w ogóle nie może oferentowi umożliwić przedstawienia takich dokumentów (tak w pkt 40 wyroku z dnia 10 października 2013 r. w sprawie 0336/12 Manova oraz w pkt 36 wyroku z dnia 11 maja 2017 r. sygn. akt C 131/16 Archus sp. z o.o.).

W tym kontekście wymaga dostrzeżenia, że obowiązkiem Remondis po wezwaniu go przez Zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu było wskazanie wszystkich pojazdów, które spełniają wymagania Zamawiającego. Wskazanie tych pojazdów miało zatem potwierdzić potencjalną zdolność wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia.

Uzupełnianie przekazanej informacji o kolejne pojazdy - pierwotnie nie wyspecyfikowane w przedstawionym wykazie - byłoby w świetle przywołanego orzecznictwa niedopuszczalne. Prowadziłoby to bowiem nie tyle do sprecyzowania czy wyjaśnienia jakiegokolwiek nieścisłości, lecz zrekompensowania braku pierwotnej oferty.

Jednakże w stanie faktycznym sprawy rola wykazu była znacznie szersza aniżeli tylko potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na gruncie postępowania dokument ten określa bowiem również kształt zobowiązania Remondis do realizacji przedmiotu zamówienia z użyciem wskazanych w nim w pojazdów.

Jak bowiem wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 61 wobec treści SIWZ, *„Wykazane pojazdy w załączniku nr 6 do SIWZ, stanowią jednocześnie zobowiązanie do ich wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia”*.

Powyższa odpowiedź jednoznacznie wskazuje, że składając wykaz Remondis zobligował się do realizacji przedmiotu zamówienia w określony sposób, tj. przy użyciu dokładnie takich pojazdów, jak te zadeklarowane w wykazie. Zatem jakkolwiek zmiana wspomnianych pojazdów na etapie postępowania stanowić będzie zmianę treści oferty Remondis. Zmiana taka na mocy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalna.

1.2.2. Niedopuszczalność uzupełnienia Wykazu jako dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań kryterium ekologicznego (środowiskowego)

Niezależnie od tego Odwołujący zauważa, że zadeklarowanie przez Remondis w wykazie konkretnych pojazdów miało istotne znaczenie w kontekście punktacji przyznawanej przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert dotyczącego „aspektów środowiskowych”.

Zgodnie z postanowieniem pkt 14.3.3.SIWZ, Zamawiający w ramach ww. kryterium przyznać miał punkty, jeżeli wykonawca zaoferuje określony udział w przedmiocie zamówienia pojazdów spełniających wymagania minimum EURO 5 (odpowiednio 50% albo 70%). Jednocześnie jednak Zamawiający zaznaczył, że „wskazane procentowe ilości winny być zgodne z informacjami, które będą podane w Wykazie narzędzi i urządzeń (Załącznik nr 6 do SIWZ)”. Z powyższego wynika, że punktacja w ramach kryterium „aspekty środowiskowe” miała być przyznawana nie tylko na podstawie zawartej w formularzu ofertowym deklaracji wykonawcy, ale również na podstawie szczegółowych informacjach o pojazdach zawartych w Wykazie narzędzi i urządzeń.

Stanowisko takie potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na pytania nr 60 - 62 dotyczące treści SIWZ wskazując ponownie, że *„punkty w tym kryterium (kryterium „udział pojazdów spełniających wymagania minimum EURO 5”) zostaną przyznane wykonawcom na podstawie oświadczeń zawartych w Załączniku nr 2 do SIWZ (Formularz ofertowy)”*, zastrzegając jednocześnie, że *„wskazane procentowe ilości (pojazdów - przyp. autora Odwołania) winny być zgodne z informacjami, które będą podane w Wykazie narzędzi*

i urzędzeń - na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (Załącznik nr 6 do SIWZ), tj. zawierać się w zaoferowanych wcześniej przedziałach procentowych i powinny odnosić się do ilości tych pojazdów".

W konsekwencji wykaz, jako dokument, który potwierdza treść oferty w zakresie ocenianym w ramach kryterium jej oceny uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie podlega. Pogląd taki jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalony (por. m.in. uzasadnienie wyroku Izby z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt KIO 763/17, podobnie uzasadnieniu wyroku z dnia 15 września 2016 r. sygn. akt KIO 1628/16 oraz w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 12 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1171/08).

1.2.3. Niedopuszczalność uzupełnienia dokumentów w celu „zastąpienia” informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że informacje dotyczące pojazdów wskazanych przez Remondis w wykazie, a wymienionych w niniejszym Odwołaniu, są informacjami obiektywnie niezgodnymi z rzeczywistością. Są to informacje nieprawdziwe, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do oceny spełnienia przez Remondis warunków udziału w postępowaniu. Informacje takie nie podlegają uzupełnieniu.

Nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP zastępować inną informacją, chociażby była ona prawdziwa i również wskazywałaby na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca przedstawi nieprawdziwe informacje, które są podstawą pozytywnej weryfikacji, nie można jednocześnie twierdzić, że wymagają one uzupełnienia. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna lub błędna. Tymczasem przesłanką zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP jest sytuacja, w której oświadczenia lub dokumenty zawierają tego rodzaju błędy, że z ich treści nie wynika potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (por. m.in. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 205/17; KIO 206/17, podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 28 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2321/16, a także wyroku z dnia 17 maja 2016 r. sygn. akt KIO 673/16 oraz wyroku z dnia 8 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1509/17). W konsekwencji powyższego, Zamawiający winien był Remondis z postępowania wykluczyć bez umożliwienia temuż wykonawcy uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

1.3. Uzasadnienie zarzutów dotyczących wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 (kryteria selekcji) lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się również wykonawcę, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przedmiotowe uregulowania nakazują wykluczyć takich wykonawców, którzy:

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

W ocenie Odwołującego FBSerwis w niniejszej sprawie wszystkie ww. okoliczności zostały spełnione.

Ad. 1) Co do zasady wprowadzenie zamawiającego w błąd następuje (bądź może nastąpić) poprzez przekazanie informacji nieprawdziwych. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy. Jest to zatem informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeganie rzeczywistości.

Niewątpliwie wskazana w Wykazie informacja, jakoby pojazdy o numerach rejestracyjnych SO 5030P, SO 6699N, ZS 057GV, EL 4448A, EL 609LK, EL 612KH, EL 608LK były pojazdami skrzyniowymi, a pojazd o numerze WE 84023 był pojazdem z zabudową hakową lub bramową, jest informacją nieprawdziwą. Jej podanie przez Remondis wywołało u Zamawiającego błędne przekonanie, że ww. pojazdy spełniają wymagania określone w SIWZ, a w konsekwencji uznanie przez niego, że Remondis spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Ad. 2) Informacje dotyczące dysponowania wymaganymi przez Zamawiającego pojazdami dotyczyły warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego. Informacje takie miały bezpośredni wpływ na decyzję Zamawiającego o niewykluczeniu Remondis z postępowania (względnie: o niewzwaniu go do uzupełnienia dokumentów) i w konsekwencji do udzielenia zamówienia temu wykonawcy.

Ad. 3) Podanie ww. informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa, i to niedbalstwa rażącego.

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności. Ów wzorzec staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r. sygn. akt. V CK 311/02).

W stosunku do profesjonalistów (do których z pewnością należą wykonawcy oferujący swoje usługi na rynku zamówień publicznych) miernik należytej staranności należy ustalać przy zastosowaniu przepisu art. 355 § 2 k.c. Zgodnie z jego treścią, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności. Jak się wskazuje w orzecznictwie, prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2015 r. sygn. akt I ACa 347/15). Od podmiotu takiego wymaga się posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, która obejmuje nie tylko formalne kwalifikacje, ale również ustalone standardy wymagań (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 7 maja 2015 r. sygn. akt I ACa 1666/14). Należyta staranność dłużnika, określona z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt I CSK 330/11).

Pojęcie „rażącego niedbalstwa” jest nieostre i nie zawsze łatwe do oddzielenia od niedbalstwa zwykłego. W polskim orzecznictwie podkreśla się jednak konieczność obiektywizacji tego pojęcia, oceniając je w oderwaniu od elementów subiektywnych (jak np. stan psychiczny sprawcy). W tym zakresie, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2010 r. sygn. akt IV CK 151/03: *„Rażące niedbalstwo jest wyższym od niedbalstwa stopniem winy nieumyślnej. Niedbalstwo określa się jako niedołożenie należytej staranności; tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności,*

nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak: zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej."

Ponadto, jak się wskazuje w piśmiennictwie w przypadku, gdy wykonanie zobowiązania wymaga specjalnych wiadomości lub umiejętności, za rażące niedbalstwo należy uznać także jego postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu tych wiadomości lub umiejętności (tak m.in. J. Dąbrowa, System Prawa Cywilnego, Tom III, Część 1, Prawo zobowiązań - część ogólna (red. Z. Radwański) oraz M. Nestorowicz, System Prawa Prywatnego, Tom VII, Prawo zobowiązań - część szczegółowa (red. J. Rajski), str. 1009 - 1010).

W tym zakresie wymaga dostrzeżenia, że pewnym minimum staranności, której należy wymagać od wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne, jest oczekiwanie, aby przekazywane przez niego informacje były informacjami prawdziwymi. Wykonawca, jeśli tylko posiada możliwość ich sprawdzenia (np. poprzez uzyskanie informacji od odpowiednio poinformowanych pracowników, oględziny sprzętu, zapoznanie się z posiadanymi dokumentami, takimi jak np. karty pojazdu, dowody rejestracyjne), winien takiego sprawdzenia dokonać. Wykonawca winien sobie bowiem zdawać sprawę, że przekazywane informacje stanowią podstawę wydatkowania istotnych środków publicznych (w tym przypadku kilkudziesięciu milionów złotych), zaś odpowiedzialność wykonawcy za podanie informacji fałszywych jest w prawie polskim szczególnie rygorystyczna.

W stanie faktycznym sprawy takiej staranności po stronie Remondis mogło zabraknąć. Wykonawca Remondis winien posiadać wiedzę, jakimi pojazdami on sam dysponuje. Wiedzę taką posiadał w roku 2016 - składając wyjaśnienia w postępowaniu 2016 oraz wykazując swój potencjał na potrzeby tego postępowania.

Winien sobie również doskonale zdawać sprawę (będąc profesjonalistą posiadającym znacznie wyższą, aniżeli przeciętna wiedza o pojazdach odbierających odpady) z różnic pomiędzy poszczególnymi rodzajami pojazdów (pojazdy skrzyniowe, kontenerowe). Niewątpliwie taką wiedzę posiadał w roku 2013, kiedy to podejmował próby zmiany wymagań Zamawiających dotyczących posiadania pojazdów skrzyniowych.

Tytułem przykładu warto tutaj wskazać, że w dniu 15 kwietnia 2013 roku Remondis wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zakwestionował opisany przez zamawiającego Gminę Bielsko-Biała warunek udziału w postępowaniu dotyczący m.in.

„dysponowania minimum 2 pojazdami skrzyniowymi o ładowności 3t” oraz „minimum 2 pojazdami skrzyniowymi o ładowności 3t z żurawiem HDS”.

Oddalając odwołanie Remonds w ww. sprawie wyrokiem z dnia 30 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 874/13) Izba uznała, że *„w toku rozprawy zamawiający uzasadnił istnienie obiektywnych potrzeb związanych z koniecznością dysponowania przez wykonawców pojazdami skrzyniowymi, której w jego ocenie są niezbędne do wywozu odpadów wielkogabarytowych. Żądanie odwołującego, aby obok pojazdów skrzyniowych dopuścić także możliwość wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem pojazdami kontenerowymi nie zostało w żaden sposób uzasadnione. Gołosłowne twierdzenie odwołującego, że zakres zamówienia obejmujący wywóz odpadów wielkogabarytowych jest możliwy do wykonania także przy użyciu pojazdów kontenerowych nie stanowi uzasadnienia do nakazania zamawiającemu wprowadzenia modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.*

W tym samym roku (2013) Remondis próbował doprowadzić do modyfikacji warunku dotyczącego dysponowania pojazdami skrzyniowymi w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Miasta Łodzi (sektor Bałuty). Zadał mianowicie pytanie nr 21 wobec SIWZ (według numeracji Zamawiającego, zgodnie z numeracją pisma Remondis było to pytanie nr 3 wobec SIWZ) o następującej treści:

„zgodnie z pkt 5.1.3 b) SIWZ wykonawca winien wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował, co najmniej czterema pojazdami przystosowanymi do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie (skrzyniowy) bez funkcji kompaktującej o ładowności co najmniej 5t. Czy dla wykazania spełnienia warunku wystarczy wykazanie się dysponowaniem co najmniej czterema pojazdami przystosowanymi odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie (kontenerowy) bez funkcji kompaktującej o ładowności co najmniej 5t?”

Na tak zadane pytanie Zamawiający odpowiedział, że podtrzymuje warunek dotyczący dysponowania przez Wykonawcę co najmniej czterema pojazdami przystosowanymi do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie (skrzyniowy) bez funkcji kompaktującej o ładowności co najmniej 5t. Jako dowód potwierdzający ww. okoliczności Odwołujący FBSerwis załączył do odwołania wyciąg z pisma Remondis w sprawie pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2013 r. oraz wyciąg z pisma Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2013 r. w sprawie odpowiedzi na pytania.

Jest więc oczywistym, że Remondis odróżniał już w roku 2013 pojazdy skrzyniowe od pojazdów kontenerowych. Można również dostrzec, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania pojazdów skrzyniowych już w roku 2013 sprawiało mu trudności (skoro już wtedy podejmował próby modyfikacji takiego warunku).

Składając ofertę w niniejszym postępowaniu również powinien (zachowując przynajmniej minimum staranności wymaganej od podmiotu zawodowo ubiegającego się o zamówienia publiczne) zdawać sobie sprawę z ww. okoliczności i tym bardziej dołożyć szczególnej dbałości o sprawdzenie, czy pojazdy skrzyniowe posiada.

Skoro jednak zadeklarował dysponowanie pojazdami skrzyniowymi (wskazując pojazdy w rzeczywistości przystosowane do przewozu kontenerów), to przypisanie mu niedbalstwa (zdaniem Odwołującego niedbalstwa rażącego) najmniejszych wątpliwości budzić nie może. W konsekwencji, za uzasadnione należy uznać, że Remondis winien zostać wykluczony z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (w stanie faktycznym sprawy spełnione są przesłanki określone w obu tych przepisach).

1.3 Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Remondis, który należy do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca Corimp

W zakresie powyższego zarzutu, Odwołujący w pierwszej kolejności powołuje się na listę podmiotów z grupy kapitałowej, którą REMONDIS posługiwał się w postępowaniach w czasie, gdy jej składanie wynikało z ustawowego obowiązku. REMONDIS wskazywał wtedy, iż należy do grupy podporządkowanej przedsiębiorcy RETHMANN AG & Co. KG („RETHMANN”). Lista podmiotów podporządkowanych RETHMANN zawierała również m.in. spółki ELECTRO-SYSTEM oraz RHENUS. Zgodnie zatem, z Oświadczeniem Samego Remondis, należał on wówczas do grupy kontrolowanej przez RETHMANN i jest powiązany był z ELECTRO-SYSTEM oraz RHENUS. Kwestia powiązania z wyżej wymienionymi podmiotami, nie była kwestionowana przez REMONDIS również na etapie postępowania. Odwołujący złożył jako dowód listę podmiotów należących do grupy kapitałowej Remondis, złożoną Zamawiającemu w 2015 r.

ELECTRO-SYSTEM oraz RHENUS (zgodnie z oświadczeniem samego REMONDIS będące bez wątpienia w grupie kapitałowej REMONDIS) kontrolują zaś spółkę INWESTYCJE RODZINNE, jako że ich członek rady nadzorczej, Pan M. M., jest jednocześnie Prezesem Zarządu i większościovym wspólnikiem właśnie INWESTYCJI RODZINNYCH. Innymi słowy, spółka INWESTYCJE RODZINNE należy do grupy kapitałowej REMONDIS, z uwagi na fakt, iż spółki z grupy REMONDIS, kontrolowane przez RETHMANN, posiadają nad spółką INWESTYCJE RODZINNE kontrolę w rozumieniu art. 4 pkt 4) lit. c) ustawy OKiK, tym samym, również należą do grupy podmiotów kontrolowanych pośrednio przez RETHMANN. Wspomniany przepis ustawy OKiK mówi bowiem wyraźnie, że przez przejęcie (posiadanie) kontroli rozumie się sytuację, w której członkowie rady nadzorczej jednego przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy, i właśnie taka sytuacja ma miejsce w przypadku powiązania ELECTRO-SYSTEM oraz RHENUS

a INWESTYCJAMI RODZINNYMI. Jako dowód Odwołujący FBService załącza wydruk odpowiadający odpisowi aktualnemu KRS ELECTRO-SYSTEM, wydruk odpowiadający odpisowi aktualnemu KRS RHENUS oraz wydruk odpowiadający odpisowi aktualnemu KRS INWESTYQE RODZINNE. EKO-INWESTOR S.A. jest zaś większościowym udziałowcem spółki CORIMPP (posiada 628 na 830 wszystkich udziałów). Dowód - wydruk odpowiadający odpisowi aktualnemu KRS Corimp.

Wobec powyższego, należy wskazać, że spółka Corimp oraz Remondis należą bez wątplenia do jednej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14) ustawy OKiK.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż podmioty te nie tylko są ze sobą formalnie powiązane, czy to pośrednio czy bezpośrednio, kapitałowo i osobowo, ale o bliskości i ścisłości tych powiązań świadczy między innymi powtarzająca się w organach spółek osoba Pana M. M. . Dla zobrazowania powyższego, Odwołujący poniżej zamieścił tabelę, określającą rolę Pana M. M. w poszczególnych podmiotach, sporządzoną w oparciu o wszystkie wskazane wyżej dowody, stanowiące dokumenty pozyskane z Krajowego Rejestru Sądowego.

ELECTRO-SYSTEM (spółka z grupy REMONDIS, wykazywana na liście podmiotów z grupy kapitałowej podporządkowanej RETHMANN)	Członek Rady Nadzorczej
RHENUS (spółka z grupy REMONDIS, wykazywana na liście podmiotów z grupy kapitałowej podporządkowanej RETHMANN)	Członek Rady Nadzorczej
INWESTYCJE RODZINNE (spółka zależna od ELECTRO-SYSTEM i RHENUS zgodnie z art. 4 pkt 4) lit. c) ustawy OKiK)	Jedyny Członek Zarządu i większościowy wspólnik
EKO-INWESTOR (spółka zależna od INWESTYCJE RODZINNE)	Członek Rady Nadzorczej i reprezentujący jedynego akcjonariusza (Inwestycje Rodzinne)
CORIMP (spółka zależna od EKO-INWESTOR)	Reprezentujący większościowego wspólnika (Eko-Inwestor)

Odwołujący zwraca również uwagę na adresy siedzib powyżej wymienionych podmiotów.

REMONDIS	ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa
ELECTRO-SYSTEM	ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa

RHENUS	ul. Puławska 99, 02-595 Warszawa
INWESTYCJE RODZINNE	ul. Puławska 99, 02-595 Warszawa
EKO-INWESTOR	ul. Puławska 99, 02-595 Warszawa
CORIMP	ul. Wojska Polskiego 65, 85-825 Bydgoszcz

Jak wynika z powyższego, wyżej wskazane podmioty łączy nie tylko funkcjonowanie w jednej grupie kapitałowej, nie tylko osoba Pana M. M., ale także ich siedziby. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że dotyczy to między innymi większościowego wspólnika wykonawcy CORIMP. Co więcej, Spółka ELECTRO-SYSTEM oraz REMONDIS również dzielą ze sobą siedzibę. Powyższe świadczy o ścisłości powiązań pomiędzy podmiotami i dowodzi oczywistości tak współpracy pomiędzy nimi, jak i samego funkcjonowania w jednej grupie. Dodatkowo, o aktywnej współpracy pomiędzy osobą Pana M. M. i reprezentowanych bądź nadzorowanych przez niego podmiotów z grupy Remondis, świadczy chociażby fakt, iż Pan M. M. w dniu 16 listopada 2017 roku brał udział w jubileuszu 25- lecia Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o., o czym informował na stronie internetowej swojej kancelarii. Warto zauważyć, że w spotkaniu brał udział również N. R., Przewodniczący Rady Nadzorczej firmy RETHMANN, która to spółka jest przedsiębiorcą kontrolującym wszystkie podmioty z grupy.

Jako dowód, Odwołujący złożył wydruk ze strony internetowej M. M. i Partnerzy.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art. 4 pkt 14) ustawy OKiK, ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej, rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Pojęcie przejęcia kontroli reguluje zaś pkt 4) wskazanego artykułu stwierdzając, że poprzez przejęcie kontroli rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Doktryna jednoznacznie uznaje, że zawarta w art. 4 pkt 4 ustawy OKiK definicja „przejęcia kontroli” może też być rozumiana w znaczeniu „posiadania” kontroli jednego przedsiębiorcy nad innym (kontroli jako stanu relacji między przedsiębiorcami). Ze wskazanych wyżej definicji wynika, że kluczowa dla istnienia grupy kapitałowej jest osoba jednego przedsiębiorcy, który kontroluje w sposób pośredni lub bezpośredni pozostałych przedsiębiorców. W omawianym przypadku chodzi właśnie o RETHMANN.

Tak więc, o zaliczeniu do grupy kapitałowej decydują tego samego rodzaju powiązania, które umożliwiają kontrolę, a zatem uprawnienia, które umożliwiają wywieranie przez jednego przedsiębiorcę nad drugim (innymi) „decydującego wpływu”. Kontrola („decydujący wpływ”) może być sprawowana (realizowana) przez podmiot kontrolujący bezpośrednio (bez pośrednictwa innych podmiotów) lub pośrednio (za pośrednictwem innych podmiotów). Podmioty kontrolowane (podmioty zależne) mogą zatem być poddane bezpośredniej lub pośredniej kontroli (zależności). Inaczej mówiąc, także poddanie (podleganie) kontroli i zależności bezpośredniej lub pośredniej jest prawnie i faktycznie tożsame. W tym ujęciu grupę kapitałową należy rozumieć szeroko, jako zespół powiązań i uprawnień, powodujących, że łącznie dany podmiot znajduje się pod kontrolą jednego przedsiębiorcy. W tym zakresie należy również wspomnieć, że przesłanki określone w art. 4 pkt 4 lit. a-f ustawy OKiK nie stanowią katalogu zamkniętego, a zatem również inne okoliczności o charakterze prawnym, bądź faktycznym umożliwiające de facto wywieranie wpływu, na innego przedsiębiorcę będą się mieścić w hipotezie art. 4 pkt 4) ustawy OKiK. Przejęcie kontroli może nastąpić na podstawie różnych okoliczności prawnych, jak również faktycznych. Mogą to być okoliczności prawne, np. wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów (np. Kodeksu spółek handlowych), czy też na podstawie umów, czy porozumień oraz okoliczności faktycznych: wykup akcji, przejęcie majątku. W niniejszej sprawie, mamy jednak do czynienia wprost z przesłanką określoną w ustawie, jeśli chodzi o relacje ELECTRO-SYSTEM i RENUS a INWESTYCJAMI RODZINNymi. Reasumując, rozpisana powyżej struktura powiązań dowodzi jednoznacznie, że CORIMP znajduje się w grupie kapitałowej Remondis, podporządkowanej RETHMANN.

Wbrew zatem twierdzeniom Remondis zawartym w wyjaśnieniach z 12 lutego 2018 roku, powiązanie nie wynika z posiadanych niegdyś bezpośrednio przez Remondis akcji spółki EKO-INWESTOR. Akcje, choć zostały sprzedane, to są w posiadaniu spółki INWESTYCJE RODZINNE (co znajduje potwierdzenie w wyjaśnieniach), która to należy do grupy kapitałowej Remondis, co zostało wykazane powyżej. Sprzedaż w ramach grupy jest irrelevantna dla oceny, czy Corimp należy do grupy kapitałowej Remondis. Przedstawiona zaś przez Remondis informacja o braku powiązań pomiędzy Remondis a Corimp jest daleko idącym wprowadzeniem w błąd mającym wpływ na wynik postępowania oraz usiłowaniem manipulacji tym wynikiem. Jako dowód Odwołujący przywołał wezwanie do złożenia wyjaśnień z 7 lutego 2018 roku (w aktach postępowania) oraz wyjaśnienia Remondis z 12 lutego 2018 roku (w aktach postępowania).

Odwołujący FBSerwis pragnie także podkreślić, iż w doktrynie i orzecznictwie nie budzi absolutnie żadnych wątpliwości, że uczestniczenie dwóch lub więcej przedsiębiorstw należących do tej samej grupy kapitałowej może naruszać zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu. Co istotne, obecnie obowiązujący przepis jest bardziej rygorystyczny

niż przepisy ustawy Pzp przed nowelizacją, ponieważ wskazuje wprost, iż podstawą wykluczenia jest także złożenie ofert częściowych w tym samym postępowaniu (P. Granecki, komentarz do art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, Legalis). Ustawodawca wyraźnie dostrzegł problem, z którym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

W tym miejscu Odwołujący przywołuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, który odnosi się do sytuacji identycznej, jak w omawianej sprawie, w którym Izba wprost wskazała, że: *„Nie można wykluczyć sytuacji, kiedy oferty składane są przez podmioty należące do wspólnej grupy kapitałowej na różne części w danym postępowaniu, jako działania, które może prowadzić do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W sytuacji kiedy oferty częściowe w postępowaniu złożyły podmioty z grupy kapitałowej, działające w porozumieniu, którego celem było ustalenie na jakie części oferty będą składane, to należy przyjąć iż faktycznie dochodzi do obejścia zapisu siwz, który wprowadza limity częściowe i jako taki w równym stopniu jest wiążący dla wszystkich wykonawców. Sytuacja ta pokazuje, w jaki sposób mogło dojść do zakłócenia konkurencji, będącego wynikiem porozumienia podmiotów z grupy kapitałowej, które umożliwiło im faktycznie złożenie ofert częściowych w takiej konfiguracji, aby ze sobą nie konkurować, a jednocześnie umożliwić szerszy udział w zamówieniu, niż byłby on udziałem pozostałych wykonawców. Ustawodawca nie wymaga do wykazania przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych ustalenia, iż złożenie ofert częściowych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wystarczającym jest wykazanie, iż doszło do zakłócenia konkurencji, co w niniejszej sprawie było wynikiem celowego omińnięcia przez podmioty z grupy kapitałowej ograniczenia dotyczącego ilości składanych ofert częściowych. Skoro pozostali wykonawcy (spoza grupy kapitałowej) byli związani ograniczeniem dotyczącym ilości ofert częściowych, to również w taki sam sposób należało traktować podmioty z grupy kapitałowej, składające oferty częściowych”* (uzasadnienie wyroku z 6 marca 2017 r., sygn. KIO 283/17; KIO 291/17; KIO 298/17).

Wykazana powyżej bliskość powiązań oraz schemat działania Remondis i Corimp pozwala dojść do przekonania, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia nie tylko z udziałem dwóch podmiotów należących do jednej grupy kapitałowej w postępowaniu, usiłowaniem omińnięcia obowiązujących przepisów prawa oraz limitów określonych w SIWZ, celowym wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, ale także z celową próbą podziału łódzkiego rynku odpadów pomiędzy powiązane ze sobą podmioty. Tym samym zdaniem Odwołującego, nie budzi żadnych wątpliwości, że Remondis winien być z postępowania wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23) Pzp.

Odwołujący jednocześnie wniósł, aby przy dokonywaniu przez Izbę oceny co do zasadności powyższego zarzutu, KIO uwzględniła również materiał dowodowy przedstawiony w uzasadnieniu zarzutu ewentualnego dotyczącego zмовы przetargowej.

2. Uzasadnienie zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez wskazanie, iż Remondis nie należy do grupy kapitałowej z Corimp

W ocenie Odwołującego FBSerwis, wobec tak jasnych powiązań kapitałowych i osobowych, a jednocześnie dodatkowych wezwań Zamawiającego do wyjaśnienia relacji ze spółką Corimp, działanie Remondis nosi znamiona celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd. O ile można byłoby czysto teoretycznie uznać, że samo złożenie listy niezgodnie z prawdą jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, to już udzielenie wprost odpowiedzi zawierającej informacje bez wątplenia nieprawdziwe, na dodatkowe wezwanie Zamawiającego, należy rozpatrywać w kategoriach celowego, zamierzonego działania. Nie sposób sobie bowiem wyobrazić, aby profesjonalny podmiot, działający na rynku odpadów, występujący regularnie na rynku zamówień publicznych, nie miał wiedzy, co do podmiotów znajdujących się w grupie. Tym bardziej jest to nieprawdopodobne, wobec faktu, iż jako duży podmiot, korzysta z profesjonalnego doradztwa prawnego, w tym doradztwa w osobie Pana M. M., który z całą pewnością musi mieć świadomość w organach jakich spółek pełni funkcje oraz jakie kwestie należy zbadać przy ocenie czy i jeśli tak, to do jakiej grupy kapitałowej należy dany podmiot. Nawet gdyby hipotetycznie uznać - z czym Odwołujący się nie zgadza - to Remondis przedstawił informacje nieprawdziwe w wyniku rażącego niedbalstwa. Jak wskazuje się w orzecznictwie *„Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”* (Wyrok KIO z 12 maja 2017 roku, sygn. KIO 836/17). Nie budzi wątpliwości, że Remondis, jako profesjonalista, powinien był co najmniej zweryfikować powiązania z Corimp i ich charakter. Tego jednak nie uczynił, więc gdyby nawet nie działał celowo, to przedstawienie informacji nieprawdziwych tak w oświadczeniu dotyczącym grupy kapitałowej, jak i w udzielonych wyjaśnieniach, należy uznać za rażące niedbalstwo.

Jedynie z ostrożności Odwołujący pragnie wskazać, że postawił również zarzut z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp i jednocześnie zwraca uwagę, iż *„Analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) pozwala na przyjęcie,*

iz przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd”(Wyrok KIO z 18 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 576/17).

Jeśli zatem w niniejszej sprawie doszło do celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, to tym bardziej doszło do naruszenia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp.

1.4 Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zawarcia przez Remondis porozumienia ograniczającego konkurencję.

Na wypadek, gdyby skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie uwzględnił zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Remondis z uwagi na złożenie ofert częściowych przez dwa podmioty należące do jego grupy kapitałowej, Odwołujący FBSerwis wskazuje, że w stanie faktycznym sprawy jest wysoce prawdopodobne (przy czym prawdopodobieństwo to graniczy z pewnością), iż złożenie oferty przez Remondis i Corimp na odrębne części prowadzonego przez Zamawiającego postępowania przetargowego nastąpiło w ramach zawartego przez tych wykonawców porozumienia.

Celem takiego porozumienia było ograniczenie lub naruszenie konkurencji na rynku właściwym odbioru odpadów z terenu Miasta Łodzi. Porozumienie to dotyczyło z jednej strony podziału rynku zbytu (podziału pomiędzy obu wykonawców sektorów, na które złożyli swe oferty, nie kolidując w żaden sposób ze sobą i maksymalizując szanse na uzyskanie zamówienia) - co jest zakazane na mocy art. 6 ust.1 pkt 3 ustawy OKiK, z drugiej zaś na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert (art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy OKiK, tzw. „zmowa przetargowa”).

Jak się wskazuje w piśmiennictwie, porozumienia podziałowe (*market sharing*) polegają na wyznaczeniu granicy („przypisaniu”) części rynku danemu przedsiębiorcy. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów następuje podział („przypisanie”) rynku. Podział ten może być dokonany w szczególności według kryterium geograficznego, polegającego na wyznaczeniu przedsiębiorcy terytorium, na którym może prowadzić swą działalność gospodarczą, czyli np. obszaru, na którym może on sprzedawać swe towary lub zaopatrywać się w surowce (*por. komentarz do art., 6 ustawy OKiK, K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX 2018*). Porozumienia takie zalicza się do najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji, zakazanych z uwagi na swój przedmiot, szczególnie w przypadkach, gdy porozumienia takie mają charakter horyzontalny (są zawierane pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego - pomiędzy konkurentami) (*tak m.in. K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX 2018 oraz A. Stawicki, E Stawicki,*

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wyd. II, Warszawa 2016, komentarz do art. 6 ustawy OKiK).

Odnosząc się zaś do drugiego typu porozumień ograniczających konkurencję wskazać należy, że jego przedmiotem są warunki ofert składanych w przetargach. Nie muszą być to nawet warunki o podstawowym znaczeniu dla rozstrzygnięcia przetargu (czyli dotyczące zakresu prac oraz ceny) - uzgodnienie może dotyczyć warunków mniej istotnych. Podstawę do takiej interpretacji daje treść art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy OKiK, w którym ustawa wymienia „zakres prac” oraz „cenę” jedynie jako przykład typowych elementów walki przetargowej. Zmową przetargową w ujęciu horyzontalnym jest w szczególności porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami działającym na rynku jako konkurenci, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty na poszczególne części tak, aby ich oferty ze sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie przedmiot zamówienia. Przy czym, jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 września 2017 r. sygn. akt VI ACa 173/16, nie jest zasadne twierdzenie, że prawidłowa i zgodna z zasadami wynikającymi z ustawy OKiK, przy uwzględnieniu treści jej art. 6 ust. 1 pkt 7 jest sytuacja, w której przedsiębiorcy, którzy są ze sobą powiązani kapitałowo lub osobowo (współpracują), złożą w postępowaniu dwie rzekomo konkurencyjne oferty. Podobnie należy ocenić sytuację, w której te spółki umawiają się między sobą oraz innymi przedsiębiorcami, że złożą oferty ze sobą niekonkurujące, a więc na różne części zamówienia publicznego. Takie porozumie wyłącza konkurencję poprzez wyeliminowanie niepewności pomiędzy formalnie niezależnymi oraz samodzielnymi przedsiębiorcami - prowadzi bowiem do sytuacji, w której strony porozumienia mają pewność, że spółki z danej grupy kapitałowej nie spotkają się z konkurencją ze swojej strony i będą konkurować jedynie z innymi przedsiębiorcami, którzy mogą zgłosić swój udział w przetargu. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa, dla wykazania zawarcia tego porozumienia ograniczającego konkurencję, nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia umowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) (por. uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 423/16, z dnia 3 marca 2014 r., sygn. akt KIO 309/14, z dnia 23 grudnia 2013 r., sygn. akt: KIO 2851/13, z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2865/12, czy też z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 517/13. Stanowisko takie potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006 roku, sygn. akt: III SK 6/06 wskazując, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk

ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że dokładna analiza zachowań wykonawców Corimp i Remondis pozwala na przyjęcie, że przedsiębiorcy ci zawarli pomiędzy sobą porozumienie dotyczące uczestnictwa w przetargu. Istnieje cały szereg okoliczności, które na prawdopodobieństwo takiego porozumienia w sposób pośredni wskazują, a ich nagromadzenie i ciężar gatunkowy pozwala przyjąć, iż prawdopodobieństwo to graniczy z pewnością. Poniżej wspomniane okoliczności.

2.1. Powiązania osobowo-kapitałowe pomiędzy spółkami Corimp i Remondis.

Jak zostało wykazane w pkt 2 niniejszego Odwołania, spółka Corimp i Remondis są ze sobą powiązane kapitałowo. Powiązania te w głównej mierze koncentrują się na osobie Pana M. M. - będącego członkiem Rady Nadzorczej kontrolującej CORIMP spółki EKO-INWESTOR oraz Prezesem Zarządu (jedynym członkiem) i większościowym wspólnikiem kontrolującej je spółki INWESTYCJE RODZINNE.

Warto również nadmienić, że Pan M. M. w przeszłości zasiadał również w organach innych spółek należących do grupy kapitałowej RETHMANN oraz REMONDIS:

- od 2 lutego 2006 roku (od przejęcia większościowego udziału przez Remondis) do 16 czerwca 2013 roku był członkiem rady nadzorczej Remondis Mrągowo sp. z o.o.
- od 24 października 2002 roku do 21 sierpnia 2003 roku był członkiem rady nadzorczej Remonidis Bydgoszcz sp. z o.o. w Bydgoszczy (wcześniej: Lobbe Bydgoszcz sp. z o.o. oraz Rethman Bydgoszcz sp. z o.o.),
- od 29 sierpnia 2001 roku do 30 października 2009 roku był członkiem rady nadzorczej spółki EKO-PUNKT Organizacja Odzysku Opakowań sp. z o.o. w Warszawie,
- od 10 stycznia 2003 roku do 24 września 2003 roku był członkiem zarządu spółki Rethmann Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej,
- od dnia 18 maja 2009 roku do 8 listopada 2011 roku był członkiem rady nadzorczej Rhenus Polta S.A w Błoniu,
- od dnia 3 października 2002 roku do dnia 1 grudnia 2006 roku był członkiem rady nadzorczej spółki Saria Małopolska sp. z o.o.

Z powyższego wynika, że Pan M. M. w swojej działalności zawodowej wielokrotnie współpracował ze spółkami z grupy RETHMANN, pozostając członkiem ich organów. Nie jest to oczywiście jakkolwiek zarzut w stosunku do jego osoby, a jedynie obiektywna okoliczność wskazująca na to, że osoba, która jest właścicielem większości udziałów spółki Corimp cieszy się dużym zaufaniem grupy kapitałowej RETHMANN (koniecznym do powierzenia tak istotnej roli, którą pełni członek rady nadzorczej). Bliska współpraca ww. osoby z ww. osobami trwa

do dziś - czego wyrazem jest m.in. zasiadanie przez Pana M. M. w radzie nadzorczej spółek RHENUS i ELEKTRO-SYSTEM.

Okoliczności ta niewątpliwie czynią bardziej prawdopodobną ewentualną współpracę Corimp z Remondis w latach kolejnych (w tym w szczególności w niniejszym postępowaniu).

2.2. Ograniczony wpływ sprzedaży przez Remondis akcji Eko-Inwestor na działalność tej spółki

W wyjaśnieniach przekazanych Zamawiającemu w dniu 12 lutego 2018 roku Remondis wskazywał, że w 2013 roku sprzedał 100% posiadanych akcji Eko-Inwestor na rzecz spółki Inwestycje Rodzinne (błędnie ją oznaczył jako Inwestycje Turystyczne sp. z o.o.), co wyłącza możliwość formułowania zarzutów o jakimkolwiek powiązaniu Remondis i Corimp.

Abstrahując od nieprawdziwości twierdzenia dotyczącego przynależności Remondis i Corimp do jednej grupy kapitałowej wskazać należy, że ww. sprzedaż akcji Eko-Inwestor miała bardzo ograniczony wpływ na działalność tej spółki. Spółka Eko-Inwestor (początkowo jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, przekształcona 25 lutego 2004 r. w spółkę akcyjną) początkowo była kontrolowana przez jedynego wspólnika, później akcjonariusza, spółkę Invexim sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (której udziałowcem jest Pan M. M. i jego żona Pani W. M., będący jednocześnie członkami jej zarządu) (taka informacja widniała w KRS spółki Eko-Inwestor do 20 maja 2004 r.).

W późniejszym czasie brak jest w aktualnym odpisie KRS wpisów pozwalających na ustalenie akcjonariatu Eko-Inwestor - choć do roku 2008 Walne Zgromadzenie tej spółki otwierał Pan M. M., choć trudno powiedzieć, jaki podmiot reprezentował. Tym niemniej, jak wynika z informacji przedstawionych przez Remondis w wyjaśnieniach z dnia 12 lutego 2018 roku, w okresie poprzedzającym rok 2013 większościowym akcjonariuszem Eko-Inwestor była właśnie spółka Remondis. W roku tym (jak wynika z informacji dostępnych w KRS - było to jednak w roku 2012) spółka Remondis zbyła wszystkie posiadane akcje innej spółce należącej do Pana M. M., tj. spółce Inwestycje Rodzinne.

Tym niemniej, pomimo zmian w akcjonariacie, przez cały okres od roku 2004 aż do dnia dzisiejszego, członkami rady nadzorczej pozostawali Pan M. M. i W. M. . W okresie od 2009 r. do 2012 r. członkiem rady nadzorczej Eko-Inwestor pozostawała dodatkowo Pani M. M. (była więc ona członkiem rady nadzorczej EKO-INWESTOR w okresie, kiedy spółka ta była kontrolowana przez REMONIDS, jak i wówczas, gdy kontrolę sprawowała spółka INWESTYCJE RODZINNE). W roku 2012 Pani M. M. funkcję członka rady nadzorczej EKO-INWESTOR zamieniła na funkcję Prezesa Zarządu (jedynego członka zarządu) tejże spółki (w roli członka rady nadzorczej zastąpiła ją siostra, Pani E. M. - pozostająca w tym czasie zatrudnioną w należącej do grupy Rethmann spółce Saria Polska sp. z o.o.).

Powyższe wskazuje, że zmiany własnościowe spółki Eko-Inwestor nie skutkowały zmianami kadrowymi większości osób zasiadających w organach ww. spółki. Osoby Pana M. M., W. M. i M. M. przez cały okres funkcjonowania Eko-Inwestor cieszyły się zaufaniem większościowego akcjonariusza, zarówno gdy był nim Remondis, jak i Inwestycje Rodzinne oraz Invexim.

2.3. Bliska i stała współpraca osób zarządzających spółkami kontrolującymi Corimp z Remondis

Należy zauważyć, że Pan M. M. prowadzi w Warszawie renomowaną kancelarię prawną M. i Partnerzy Radcowie Prawni sp. p. (ul. Puławska 99). Kancelaria ta wielokrotnie reprezentowała Remondis w sprawach dla tej spółki szczególnie istotnych. Z racji ww. współpracy Pan M. M. pozostaje w bliskich relacjach z przedstawicielami Remondis i innych spółek z grupy Rethmann. Jako dowód Odwołujący załączył zdjęcie z gali WEKTORY 2017 oraz wydruk ze strony internetowej M. M. i Partnerzy.

Warto również nadmienić, że zasiadająca obecnie w radzie nadzorczej Eko-Inwestor (spółki bezpośrednio kontrolującej Corimp) pani E. M. w przeszłości była zatrudniona w spółkach z grupy Rethmann - tj. w Remondis (od czerwca 2002 roku do marca 2010 roku) oraz w spółce Saria Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Dowód - informacja z profilu zawodowego Pani E. M. .

2.4. Zachowania rynkowe Corimp i Remondis w okresie poprzedzającym złożenie ofert w Postępowaniu

Analiza działalności spółek Corimp i Remonids na rynku, na którym ich działalność się pokrywa (rynek odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych oraz innych usług środowiskowych, takich jak oczyszczanie ulic miejskich - na terenie Regionu 5 województwa kujawsko-pomorskiego) pozwala dostrzec, że pomimo konkurencyjnego charakteru ich działalności spółki te w przetargach publicznych ze sobą niemal nie konkurują. Oferty składane przez Corimpp i Remondis (względnie przez zależną od Remondis spółkę Remondis Bydgoszcz sp. z o.o. w Bydgoszczy) składane są w bądź to w zupełnie innych postępowaniach, bądź w tych samych, ale w ramach różnych części (analogicznie, jak w niniejszym postępowaniu przetargowym).

Przykładem takiego postępowania może być prowadzone przez Miasto Bydgoszcz - Urząd Miasta Bydgoszczy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Oczyszczanie miasta Bydgoszczy w rejonach oznaczonych nr I - IX w latach 2018 - 2020” znak: WZP.271.30.2017.E, gdzie w ramach wszystkich 9 części zamówienia spółka Remondis

Bydgoszcz złożyła ofertę na 4 części, Corimp na 5, a w żadnej z części ich oferta się nie spotkała. Dowód - informacja z otwarcia ofert w ww. postępowaniu.

Na przestrzeni ostatnich 5 lat oferty wspomnianych spółek konkurowały ze sobą sporadycznie (trudno stwierdzić, czy była to realna konkurencja, czy raczej praktyka składania tzw. ofert „rotacyjnych”), jednak już po roku 2015 takiej konkurencji między spółkami nie było. Jest mało prawdopodobne, aby taka sytuacja wynikała z jakichkolwiek innych okoliczności, aniżeli uzgodnienia pomiędzy Remondis (i spółkami zależnymi) oraz Cormip (porozumienia w zakresie podziału rynku).

2.5. Brak ekonomicznego uzasadnienia dla zachowania Corimp w niniejszym postępowaniu

Wymaga zaznaczenia, że spółka Corimp jest stosunkowo niewielkim wykonawcą na rynku odbioru odpadów komunalnych i oczyszczania, oferującą swoje usługi praktycznie tylko na rynku lokalnym (w okolicach Bydgoszczy). Aktualnie świadczy usługi odbioru odpadów w: mieście Bydgoszcz (2 sektory), gminie Dobrcz, gminie Nowa Wieś Wielka, gminie Rojewo, gminie Sicienko oraz Złotniki Kujawskie.

Corimp nie posiada na terenie Regionu 2 województwa łódzkiego (w szczególności na terenie Łodzi) bazy magazynowo-sprzętowej ani jakiegokolwiek zaplecza technicznego czy wyspecjalizowanej kadry. Spółka ta nie jest nawet wpisana do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Urząd Miasta Łodzi.

Ponadto, jak wynika z przekazanych przez Corimp w dniu 9 marca 2018 roku wyjaśnieniach, Corimp nie posiadał sprzętu wymaganego przez Zamawiającego na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (dopiero rzekomo prowadził negocjacje z podwykonawcą/podwykonawcami mające zabezpieczyć ów sprzęt). Mimo to oświadczył w dokumencie JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w oparciu o zasoby własne (bez polegania na potencjale innego podmiotu). Oświadczenie takie - gdyby było nieprawdziwe - powodowałoby dla Corimp daleko posunięte konsekwencje (nie tylko związane z ryzykiem zatrzymania wysokiego wadium, ale również z odpowiedzialnością osobistą osób składających ofertę, w tym z odpowiedzialnością karną na zasadzie art. 233 oraz 305 kodeksu karnego). Jest zupełnie nieprawdopodobne, aby jakikolwiek podmiot profesjonalnie działający na rynku zamówień publicznych takie oświadczenie złożył, nie mając zagwarantowanego dysponowania wymaganym przez Zamawiającego sprzętem - wiedząc jednocześnie, że przed zawarciem umowy będzie musiał ów sprzęt wykazać.

Z drugiej jednak strony Corimp, wezwany przez Zamawiającego do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, a następnie ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

spełnienia tego warunku z jakiegoś powodu nie wykazał (usprawiedliwiając się w tym zakresie nieudanymi negocjacjami z podwykonawcą).

W tym zakresie należy jednak zauważyć, że w tym samym czasie do Zamawiającego wpłynęła informacja o możliwej przynależności Remondis i Corimp do jednej grupy kapitałowej oraz o możliwej współpracy tych podmiotów na gruncie niniejszego postępowania przetargowego. Wyrazem wątpliwości Zamawiającego w ww. zakresie było m.in. wezwanie Corimp i Remondis w dniu 7 lutego 2017 roku do złożenia wyjaśnień w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej oraz do ewentualnego złożenia oświadczenia w zakresie ww. przynależności, z możliwością przedstawienia dowodów potwierdzających brak zakłócenia konkurencji w tym postępowaniu. Trudno nie dostrzec związku pomiędzy ww. sytuacjami.

Znacznie bardziej prawdopodobnym od ujawnionego w wyjaśnieniach Corimp powodem niewykazania przez tego wykonawcę dysponowania wymaganymi pojazdami byłaby okoliczność, iż pojazdami takimi musiałyby być pojazdy stanowiące własność Remondis lub powiązanych z tym wykonawcą spółek. To jednak potwierdziłoby bezspornie współpracę obu tych spółek - zatem zupełnie rozumiałym stałoby się, że takich pojazdów Corimp ostatecznie przed Zamawiającym nie wykazał.

2.6. Konstrukcja oferty CORIMPP oraz podobieństwa w kalkulacji cenowej

Wymaga dostrzeżenia, że zarówno oferty częściowe Remondis, jak i Corimp, są ofertami najtańszymi. Oferty te odbiegają od ofert innych wykonawców na zbliżonym poziomie. Oferty Remondis są tańsze od ofert konkurentów w przeliczeniu na tonę odbieranych odpadów o kwoty rzędu:

- dla sektora Bałuty: 30 zł (Komunalnik) i 40 zł (Odwołujący) oraz
- dla sektora Widzew: 20 zł (Komunalnik) i 55 zł (Odwołujący), zaś oferty Corimp:
- dla sektora Śródmieście: 50 zł (Tonsmeier),
- dla sektora Górna: 35 zł (Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w Łodzi).

Różnice te - szczególnie w stosunku do przedsiębiorców, którzy aktualnie realizują usługę odbioru odpadów na terenie Łodzi i doskonale znają warunki i koszty jej realizacji (tj. w stosunku do Tonsmeier, MPO Łódź oraz Odwołującego) - oscylują na zbliżonym poziomie (odpowiednio: 35 zł, 40 zł, 50 zł i 55 zł za tonę odpadów).

Powyższe wskazuje na podobieństwo kalkulacji cenowych Remondis i Corimp. Wynikać ono może z przyjęcia analogicznych założeń logistycznych (lokalizacja bazy magazynowo-sprzętowej, przyjęta dla potrzeb kalkulacji instalacja przetwarzania odpadów, do których będą przekazywane odpady, uwzględnienie ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu

zamówienia, np. ryzyka wzrostu kosztów transportu odpadów w przypadku konieczności i przewiezienia do instalacji znajdującej się poza Regionem II województwa łódzkiego, koszty wykorzystania sprzętu i jego amortyzacji, koszty wynagrodzeń itp.).

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że Corimp zadeklarował w swej ofercie powierzenie niemal całości prac podwykonawcy (a potwierdził to w wyjaśnieniach z dnia 9 marca br.). Jest oczywistym, że w takim przypadku kalkulacja ceny ofertowej musiała się opierać na odpowiedniej kalkulacji sporządzonej przez owego podwykonawcę (który faktycznie koszty realizacji zamówienia miałby ponosić). Zbieżność kalkulacji ceny ofertowej Corimp z kalkulacją dokonaną przez Remondis uprawdopodobnia zatem tezę, iż podwykonawcą mającym udostępnić Corimp swój potencjał był właśnie Remondis.

Biorąc pod uwagę wszystkie przywołane okoliczności, za wysoce prawdopodobną należy uznać współpracę Remondis i Corimpp przy składaniu oferty w postępowaniu.

Trudno znaleźć jakiegokolwiek racjonalne uzasadnienie dla zachowania Corimp w niniejszym postępowaniu, inne niż wynikające z zawarcia z Remondis niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję - przewidującego podział rynku oraz uzgadniającego warunki oferty złożonych przez tych przedsiębiorców w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Powyższe winno skutkować wykluczeniem Remondis (analogicznie również Corimp) z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp (wobec popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, za który jest uznawane zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję).

3. Uzasadnienie zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny Remondis i Komunalnik

Słowem wprowadzenia Odwołujący pragnie wskazać, iż Zamawiający nie wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu wartości szacunkowej zamówienia, a to właśnie ta wartość jest kluczowa dla oceny, czy wystąpiły obligatoryjne przesłanki do wezwania wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Dopiero po udostępnieniu protokołu z postępowania Odwołujący pozniął informację o wartości szacunkowej zamówienia. Co istotne, kwota ta istotnie się różni od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Odwołujący nie kwestionuje tego, że kwoty te mogą się trochę różnić, jednak tak duża różnica może budzić istotne wątpliwości, wskazując na błędy w kalkulacji wartości zamówienia. Za powyższym przemawia fakt, iż w praktyce bardzo rzadko się spotyka sytuacje, w których wartość szacunkowa zamówienia tak drastycznie różni się od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Dowód - protokół z postępowania ZP-PN 17- w aktach postępowania.

Odwołujący poddaje pod wątpliwość prawidłowość oszacowania wartości Zamówienia oraz podjętą na podstawie takiego oszacowania decyzję o nie wzywaniu Remondis do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zdaniem Odwołującego szacunkowa wartość zamówienia została określona błędnie i jej wysokość nie znajduje uzasadnienia ani w SIWZ, ani w aktualnych realiach rynkowych. Należy pamiętać, że obecnie wyraźnie dostrzegalny jest trend wzrostowy w zakresie cen usług odbioru odpadów, co wynika z powszechnego niedoszacowywania tych cen przez przedsiębiorców w początkowym okresie obowiązywania regulacji dotyczących systemu odbioru odpadów (por. m.in. artykuł opublikowany w Gazecie Prawnej, dostępny na stronie internetowej pod adresem:

- <http://serwisv.gazetaprawna.pl/samorzad/artvku/v/865454.fala-podwyzek-za-smieci- jest-nieunikniona.html>

Jednocześnie Odwołujący podnosi, iż wielokrotnie występował do Zamawiającego o przekazanie kompletnej informacji o sposobie oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Pierwsze z ww. wystąpień miało miejsce wkrótce po otwarciu ofert w postępowaniu (tj. w dniu 22 stycznia 2018 roku). Do dnia wniesienia niniejszego odwołania ww. informacje nie zostały jednak Odwołującemu udostępnione. Jedyny dokument, którym dysponuje Odwołujący to notatka służbowa uzyskana w trybie udostępnienia informacji publicznej dotycząca badania rynku przed postępowaniem na odbiór i zagospodarowanie odpadów z Miasta Łodzi w 2015 roku. Co wymaga podkreślenia, w badaniu rynku brał udział również REMONDIS. Zaskakujące dla Odwołującego jest to, że nawet wtedy Remondis wskazywał cenę za odbiór tony odpadów w wysokości wyższej (249,00 PLN/Mg) niż oferuje w niniejszym postępowaniu, po niecałych 3-latach od tego badania.

Dowód - Notatka służbowa z 26 października 2015 r.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (z całą pewnością realniejszą od wartości szacunkowej zamówienia) należy wskazać, że oferty Remondis i Komunalnik, zarówno w części obejmującej sektor Bałuty, jak również Widzew są niższe o niebagatelne kwoty 17 mln (Remondis, Bałuty), 11 mln (Komunalnik, Bałuty), 12 mln (Remondis, Widzew), 9 mln (Komunalnik, Widzew) od kwoty przewidzianej przez Zamawiającego. Tak istotna różnica powinna z całą pewnością spowodować powzięcie wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji zaoferowanych przez Remondis i Komunalnik cen. Dowód - Informacja z otwarcia ofert.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że koszty, jakie konkurenci Odwołującego muszą ponieść, powinny być odpowiednio wyższe od kwoty zaoferowanej przez Odwołującego (Remondis w przypadku oferty na sektor Bałuty, a Komunalnik zarówno na Bałuty, jak Widzew). Należy bowiem zwrócić uwagę, że Odwołujący z uwagi na obecnie realizowane zamówienie na rzecz Miasta Łodzi, nie musi ponieść wielu kosztów związanych

z kontynuacją realizowania zamówienia na nowy okres, które powinni wkalkulować w cenę jego konkurenci. Ten aspekt również Zamawiający winien był wziąć pod uwagę podczas badania i oceny ofert. Wiąże się to chociażby z wyposażeniem samochodów, interfejsami i wyposażeniem samochodów, które Odwołujący musi tylko przełożyć do nowych samochodów (w tym zakresie, w jakim będzie korzystał z samochodów nowszych zgodnie z SIWZ), a konkurenci powinni byli koszty te dodatkowo uwzględnić. Podobnie sytuacja wygląda z koniecznością montażu wagi dynamicznej, która jest już zamontowana przez Odwołującego, a czego nie mógł uczynić Komunalnik, nie mając aktualnie pełnej infrastruktury niezbędnej do realizacji zamówienia.

Istotnym czynnikiem kosztotwórczym jest również konieczność wkalkulowania ryzyka zmiany instalacji do której odpady będą miały być zawożone w związku z wyczerpaniem mocy przerobowych instalacji. Zgodnie z odpowiedziami na pytania zadane Zamawiającemu w tym zakresie, Zamawiający wskazał wprost, iż *„Obecnie Zamawiający nie ma wiedzy, do których RIPOKów będą kierowane zmieszane odpady komunalne. Obydwa RIPOKi dla regionu II [do którego należy teren Miasta Łodzi - przyp. Odwołującego]: w Dylowie „A” oraz Ruszcznie informują firmy obecnie odbierające odpady z terenu miasta Łodzi, iż nie mają możliwości przyjęcia od nich całości łódzkich zmieszanych odpadów komunalnych. Kiedy i w jakim zakresie ta sytuacja się zmieni - nie wiadomo. Obecne zdolności przerobowe obydwu RIPOKów są niewystarczające w stosunku do masy zmieszanych odpadów komunalnych wytwarzanych w całym II regionie. Zdolności przerobowe będą właściwe, gdy dokonana zostanie rozbudowa RIPOKa w Dylowie „A” lub/ oraz utworzony zostanie w regionie II kolejny RIPOK”*. Postanowienia pkt 4 OPZ i § 1 ust. 4 Projektu Umowy stwarzają Zamawiającemu możliwość kształtowania treści Załącznika nr 3 do Umowy dla poszczególnych części zamówienia i tym samym wprowadzania obowiązku przekazywania odpadów do dowolnej spośród ww. instalacji (Ruszczyń, Dylów A i Łódź). Może zatem się okazać, że w toku realizacji usług Zamawiający zmieni Załącznik nr 3 dla niektórych sektorów, nakazując obsługującym te sektory wykonawcom przekazywanie odpadów do instalacji w Łodzi, innym zaś nakaże transport odpadów do instalacji położonych znacznie dalej. Żadna bowiem z wymienionych instalacji (instalacja w Ruszcznie, Dylowie i w Łodzi) nie jest w stanie przetworzyć wszystkich odpadów odbieranych z terenu Miasta Łodzi. Wszystkie one mają ograniczone zdolności przerobowe (określone w szczególności w udzielonych tym instalacjom pozwoleniach odpowiednio na przetwarzanie odpadów lub pozwoleniach zintegrowanych), co oznacza, że każda z nich jest w stanie przyjąć jedynie pewną część takich odpadów. Zdolności te (moce przerobowe), co należy podkreślić, są ograniczone nie tylko w ujęciu rocznym, ale również i dziennym, co oznacza, że limit odpadów możliwych do przyjęcia przez poszczególne instalacje w ciągu jednego dnia również może ograniczać przyjęcie do przetworzenia odpadów od poszczególnych wykonawców. W konsekwencji, nie jest możliwe, aby wykonawcy odbierający odpady

z poszczególnych sektorów Miasta Łodzi przekazywali odpady do tej samej instalacji. Część z nich będzie zapewne mogła przekazać odpady do instalacji położonej najbliżej (instalacja w Łodzi, która w nadchodzącym czasie może uzyskać status RIPOK), inni będą zaś musieli swoje odpady przewozić znacznie dalej - ponosząc z tego tytułu znacznie wyższe od swoich konkurentów koszty transportu. Odwołujący poddaje pod wątpliwość, czy wobec tak niskich cen zaoferowanych przez Remondis i Komunalnik, koszty związane z takim ryzykiem zostały wkalkulowane w ich ceny ofertowe. Dowód - wyjaśnienia treści SIWZ z 2 stycznia 2018 roku w aktach postępowania.

Wszystkie z powyższych okoliczności świadczą jednoznacznie o tym, że Zamawiający winien był co najmniej powziąć wątpliwość, co do cen zaoferowanych przez Remondis i Komunalnik. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia, a tym bardziej wygenerowanie jakiegokolwiek zysku za ceny zaoferowane zarówno przez Remondis, jak i Komunalnik. Nie możliwym zdaniem Odwołującego jest uwzględnienie przez konkurentów ryzyka zmiany instalacji, o którym mowa powyżej. O powyższym świadczy także i w szczególności różnica pomiędzy kwotą jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia a kwotami wskazanymi w ofertach Remondis i Komunalnik. Dotyczy to zarówno cen jednostkowych za tonę odpadów, jak również ceny globalnej.

Odwołujący jednocześnie pragnie wskazać, iż na tym etapie postępowania jedyny ciężar dowodowy spoczywający na Odwołującym dotyczy wykazania okoliczności, że Zamawiający winien był powziąć wątpliwość, co do zaoferowanej ceny przez Remondis i Komunalnik. Podstawę bowiem zwrócenia się zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny stanowi sytuacja polegająca na tym, że zaoferowana cena winna wzbudzić wątpliwości zamawiającego, tzn. że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, jak również, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów. W ocenie Odwołującego, wobec przedstawionych powyżej argumentów, jasnym jest, że taką wątpliwość Zamawiający winien był powziąć.

Należy również pamiętać, że *„Aktualnie zamawiający jest obowiązany zwrócić się o udzielenie wyjaśnień nie tylko w sytuacji, gdy cena lub koszt wskazane w ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego, ale również wtedy, gdy rażąco niskie wydają się ich części składowe. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit.”* (Wyrok KIO z 24 lipca 2017 roku, sygn. KIO 1379/17). Okoliczność zatem, że nie konkurenci nie wypełniają znamion rażąco niskiej ceny w stosunku do (skądinąd znacznie zaniżonej) kwoty wartości szacunkowej zamówienia, w żaden sposób nie

usprawiedliwia braku reakcji Zamawiającego, na przedstawienie w ofercie cen nierynkowych i ewidentnie zaniżonych. Ma to istotne znaczenie zwłaszcza w kontekście, że Zamawiający jako profesjonalista, posiada informacje dotyczące dotychczasowych kosztów ponoszonych w związku z realizacją zamówienia, zmian na rynku odpadowym, jak również jest świadomy okoliczności polegających chociażby na tym, że Odwołujący, w związku z dotychczasową realizacją zamówienia może dokonać pewnych szczególnych oszczędności. W rezultacie, oferta Odwołującego stanowi pewien punkt odniesienia dla oceny pozostałych ofert, zwłaszcza dla części obejmującej sektor Bałuty.

Poza tym, istotny jest także fakt, że jakkolwiek wiedza zamawiającego wynikająca z profesjonalnego prowadzenia działalności w dziedzinie objętej przedmiotem zamówienia może być pomocna przy ocenie realności ceny oferty, to nie może prowadzić do poszukiwania przez zamawiającego usprawiedliwienia dla wysokości tej ceny w sytuacji, gdy jej prawidłowość w żadnej mierze nie została wykazana ani nie ma podstaw do stwierdzenia jej realności (por. wyrok KIO z 7 kwietnia 2017 roku, sygn. KIO 545/17).

Szczególnego podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji związanych z pierwotnie niewłaściwą i zaniżoną wyceną zamówienia. Jeśliby uznać taką sytuację za prawidłową, każdy z Zamawiających w celu potencjalnego uniknięcia zarzutu zaniechania obligatoryjnego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, mógłby wartość szacunkową zaniżyć, a następnie zupełnie inną, istotnie wyższą kwotę wskazywać jako kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. W takiej sytuacji wykonawcy byłiby pozbawieni ochrony i możliwości weryfikacji działań zamawiających. W niniejszej sprawie istnieją zaś ważne okoliczności przemawiające za tym, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień jest konieczne dla prawidłowego przebiegu postępowania.

4. Uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę w postępowaniu i w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący jednocześnie podkreślił, iż nie jest zobowiązany do kwestionowania zarówno oferty zarówno Remondis, jak i Komunalnik z uwagi na fakt, iż na gruncie obowiązujących przepisów, w przypadku procedury odwróconej, zobligowany jest do kwestionowania jedynie oferty najkorzystniejszej.

Powyższe potwierdza opinia Urzędu Zamówień Publicznych (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczące-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/srodki-ochrony-prawnej>) w której wskazano iż: *„Dotychczas wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana np. na 4 pozycji, mógł kwestionować wybór najkorzystniejszej oferty, o ile zakwestionował również oferty wykonawców sklasyfikowanych wyżej niż wykonawca odwołujący się. Wprowadzenie*

do ustawy Pzp art. 25a wiąże się z nowym podejściem do badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia lub kryteriów selekcji, zgodnie z którym wykonawca wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie (powyżej progów UE - w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia). Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji. Natomiast zamawiający, co do zasady, wezwie do złożenia dokumentów na potwierdzenie ww. okoliczności jedynie wykonawcę, którego ofertę ocenił najwyżej (który uplasował się na najwyższej pozycji rankingowej). W związku z powyższym możliwe będzie złożenie odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę sklasyfikowanego np. na 4. pozycji rankingowej bez kwestionowania ofert sklasyfikowanych na pozycji nr 2 i 3, z uwagi na to, że oferty te nie zostały ostatecznie (i może w ogóle do tego nie dojść) zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Nie można zatem wymagać od wykonawców stawiania zarzutów wobec czynności zamawiającego, zarzucając jej bezprawność (zaniechanie wykluczenia z postępowania z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu), dotyczących oceny ofert konkurentów niejako „w ciemno”, bez weryfikacji przez zamawiającego (poprzez żądanie przedłożenia szczegółowych dokumentów, które będą ostatecznie udowadniać / potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu). Zaś prawo do kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej powinno być gwarantowane każdemu wykonawcy, gdyż jest podstawowym uprawnieniem do kontroli najważniejszej czynności zamawiającego podejmowanej w postępowaniu, wynikającym z regulacji dyrektyw odwoławczych”.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący, który znajduje się obecnie na 2 pozycji, zakwestionował ofertę Komunalnik (pozycja 2), jako że zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny winien zostać podniesiony na tym etapie postępowania.

Wobec powyższego, interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania nie budzi żadnych wątpliwości.

Dnia 21 marca 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca: Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – zwany dalej Przystępującym Remondis, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu. Przystępujący Remondis wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Wskazał, iż interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego polega na tym, iż jest on wykonawcą którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zakresie części 1 (Sektor Bałuty) i części 3 (Sektor

Widzew). Rozstrzygnięcie sprawy na korzyść Zamawiającego, poprzez oddalenie odwołania zadecyduje o udzieleniu przedmiotowego zamówienia Przystępującemu Remondis, a zatem będzie miało bezpośredni wpływ na interes Przystępującego.

Dnia 22 marca 2018 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – zwany dalej Przystępującym Komunalnik. Przystąpienie zostało zgłoszone z zachowaniem ustawowego terminu oraz przekazana została kopia przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu. Przystępujący Komunalnik wniósł o uwzględnienie odwołania oraz wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania w sprawach o sygnaturze akt KIO 504/18 i 517/18. Wniósł o oddalenie w całości odwołania o sygnaturze akt KIO 504/18. W zakresie odwołania o sygnaturze akt KIO 517/18 Zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w odniesieniu do części 3 zamówienia (Sektor Widzew), w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Wobec powyższego, Przystępujący Remondis wniósł sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu w odwołaniu o sygnaturze akt. 517/18.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j.Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt 504/18 oraz 517/18. Oba odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 marca 2018 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 7 marca 2018 roku oraz zostały przekazane w ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę akta sprawy, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również przedstawione w złożonych pismach procesowych oraz dowody złożone na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający z pkt 3 SIWZ dokonał podziału przedmiotu zamówienia na pięć odrębnych części:

Część 1 – Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Łodzi – Sektor Bałuty w okresie od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2021 r.

Część 2 – Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Łodzi – Sektor Śródmieście w okresie od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2021r.

Część 3 – Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Łodzi – Sektor Widzew w okresie od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2021 r.

Część 4 – Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne na terenie miasta Łodzi – Sektor Górna w okresie od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2021 r.

Część 5 – Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne na terenie miasta Łodzi – Sektor Polesie w okresie od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2021 r.

Jednocześnie Zamawiający ograniczył możliwość składania przez Wykonawcę oferty do maksymalnie 2 części (sektory) zamówienia. Ocena ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty zostanie przeprowadzona odrębnie dla każdej części zamówienia.

Przedmiotem rozpoznawanej sprawy jest zamówienie w części 1 (Sektor Bałuty) i 3 (Sektor Widzew).

W zakresie części 1 wpłynęły do Zamawiającego trzy oferty:

1. FBSerwis Ul. Stawki 40 01-040 Warszawa cena oferty: 40 818 959,06 zł
2. Remondis Sp. z o.o. Ul. Zawodzie 16 02-981 Warszawa cena oferty: 32 669 759,20 zł
– Oddział Łódź ul. Zbąszyńska 6 91-342 Łódź
3. P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. ul. Świętego Jerzego 1a, cena oferty: 38 303 874,00 zł
50-518 Wrocław

W zakresie części 3 wpłynęły do Zamawiającego trzy oferty:

1. FBSerwis Ul. Stawki 40 01-040 Warszawa cena oferty: 33 063 462,80 zł
2. Remondis Sp. z o.o. Ul. Zawodzie 16 02-981 Warszawa cena oferty: 24 856 934,20 zł

– Oddział Łódź ul. Zbąszyńska 6 91-342 Łódź

3. P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. ul. Świętego Jerzego 1a, cena oferty: 27 187 272,00 zł

Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę:

111 543 138,53 zł, w tym:

dla części 1 – 49 277 386,71 zł;

dla części 3 – 36 054 814,62 zł.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w pkt. 5.1.3. ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w następujący sposób:

5.1.3 zdolności technicznej lub zawodowej:

5.1.3.1 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie usługę/usługi polegające na:

dla części nr 1 – wykonaniu lub wykonywaniu nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usług polegających na odbiorze odpadów komunalnych o łącznej masie minimum 30 000 Mg, (...)

dla części nr 3 - wykonaniu lub wykonywaniu nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usług polegających na odbiorze odpadów komunalnych o łącznej masie minimum 20 000 Mg, (...)

Uwaga: W przypadku składania oferty przez Wykonawcę na więcej niż jedną część zamówienia (maksymalnie 2 części) Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże się usługą / usługami odpowiadającą / odpowiadającymi sumie wartości Mg wymaganych dla danych części zamówienia. Usługi nie mogą się powtarzać.

5.1.3.2 Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże dysponowanie nw. sprzętem dla każdej części zamówienia, na którą wykonawca składa ofertę, tj.:

a) dla części nr 1:

- 1) pojazdy przystosowane do odbioru odpadów komunalnych z funkcją kompaktującą (bezpylne), o pojemności zabudowy co najmniej 15 m³ - minimum 14 (czternaście) sztuk oraz o pojemności zabudowy poniżej 15 m³ – minimum 1 (jedna) sztuka;
- 2) pojazdy przystosowane do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowe (bez funkcji kompaktującej), o ładowności co najmniej 5 t – minimum 5 (pięć) sztuk, w tym co najmniej 3 (trzy) sztuki z dźwigiem do systemu HDS;

- 3) pojazdy do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową lub bramową o pojemności kontenera min 7 m³ – minimum 4 (cztery) sztuki, w tym co najmniej 2 (dwie) sztuki z dźwigiem do systemu HDS;
 - 4) pojazdy do odbioru odpadów w systemie przedni załadunek – minimum 1 (jedna) sztuka;
 - 5) pojazdy do odbioru z pojemników podziemnych z systemu HDS – minimum 1 (jedna) sztuka;
 - 6) pojazdy transportujące odpady na duże odległości o pojemności co najmniej 36 m³ – minimum 2 (dwie) sztuki;
- (...)

c) dla części nr 3:

- 1) pojazdy przystosowane do odbioru odpadów komunalnych z funkcją kompaktującą (bezpylne), o pojemności zabudowy co najmniej 15 m³ - minimum 10 (dziesięć) sztuk oraz o pojemności zabudowy poniżej 15 m³ – minimum 1 (jedna) sztuka;
 - 2) pojazdy przystosowane do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowe (bez funkcji kompaktującej), o ładowności co najmniej 5 t – minimum 4 (cztery) sztuki, w tym co najmniej 3 (trzy) sztuki z dźwigiem do systemu HDS;
 - 3) pojazdy do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową lub bramową o pojemności kontenera min 7 m³ – minimum 4 (cztery) sztuki, w tym co najmniej 2 (dwie) sztuki z dźwigiem do systemu HDS;
 - 4) pojazdy do odbioru odpadów w systemie przedni załadunek – minimum 1 (jedna) sztuka;
 - 5) pojazdy do odbioru z pojemników podziemnych z systemu HDS – minimum 1 (jedna) sztuka;
 - 6) pojazdy transportujące odpady na duże odległości o pojemności co najmniej 36 m³ – minimum 2 (dwie) sztuki;
- (...)

Uwaga: W przypadku składania oferty przez Wykonawcę na więcej niż jedną część zamówienia (maksymalnie 2 części) Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował ww. sprzętem stanowiącym sumę jednostek sprzętowych wymaganych dla każdej z tych części. Zamawiający nie dopuszcza by Wykonawca wskazał takie same pojazdy jako potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego dla poszczególnych części zamówienia.

W pkt 7 SIWZ zatytułowanym: WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ BRAK PODSTAW WYKLUCZENIA Zamawiający wymagał:

(...)

7.4.3. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający żądał następujących dokumentów:

7.4.3.1 SIWZ wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, 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 – wzór wykazu stanowił Załącznik nr 5 do SIWZ.

7.4.3.2 SIWZ dowodów określających czy te usługi opisane w pkt. 5.1.3 SIWZ zostały wykonane należycie / są wykonywane należycie.

Zamawiający wskazał, iż dowodami o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane; 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. Jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o którym mowa powyżej, składa swoje oświadczenie.

7.4.3.3 SIWZ wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – wzór wykazu stanowił Załącznik nr 6 do SIWZ,
(...)

7.8 Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego Wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 570).

7.9 W przypadku wskazania przez Wykonawcę dostępności wymaganych oświadczeń lub dokumentów w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, Zamawiający pobiera samodzielnie z tych baz danych wskazane przez Wykonawcę oświadczenia lub dokumenty. Jeżeli oświadczenia i dokumenty o których mowa w zdaniu pierwszym są sporządzone w języku obcym Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia ich tłumaczenia na język polski.

7.10 W przypadku wskazania przez Wykonawcę wymaganych oświadczeń lub dokumentów, które znajdują się w posiadaniu Zamawiającego, w szczególności oświadczeń

lub dokumentów przechowywanych przez Zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne.

Przystępujący Remondis na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonej w pkt. 5.1.3.1 SIWZ złożył (na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ) wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Na potwierdzenie spełnienia warunku dla części 1 - Sektor Bałuty, Przystępujący Remondis wskazał usługę „Odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych w sektorze Widzew”, realizowaną w sposób ciągły co najmniej 12 miesięcy, dla Miasta Łódź w okresie od 1 lipca 2013 do nadal (umowa do 30 czerwca 2018 roku). W ramach zrealizowanej umowy, w okresie od 1 lipca 2013 roku do 31 grudnia 2017 roku Przystępujący odebrał 191.157,60 Mg (łącznie masa odebranych odpadów), a w okresie 12 miesięcy, tj. od 1 stycznia 2016 roku do 31 grudnia 2016 roku odebrał 43.380,59 Mg odpadów.

Na potwierdzenie spełnienia warunku dla części 3 – Sektor Widzew, Przystępujący Remondis wskazał usługę „Odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości” realizowaną w sposób ciągły co najmniej 12 miesięcy dla miasta Zduńska Wola, w okresie od 1 lipca 2015 roku do 30 czerwca 2017 roku. Przystępujący w okresie realizacji ww. umowy (24 miesiące) odebrał 25.710,08 Mg odpadów. Jednakże z wykazu usług ani z załączonych referencji nie wynikała informacja dotycząca wartości odebranych odpadów w okresie 12 miesięcy.

Na potwierdzenie dysponowania narzędziami (pojazdami) niezbędnymi do wykonania zamówienia, o parametrach zgodnych z pkt 5.1.3. SIWZ Przystępujący Remondis wskazał:

1. dla części 1 - Sektor Bałuty, jako pojazdy przystosowane do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowe (bez funkcji kompaktującej), o ładowności co najmniej 5 t – minimum 5 (pięć) sztuk, w tym co najmniej 3 (trzy) sztuki z dźwigiem do systemu HDS pięć pojazdów,:
 - 1) pojazd o numerze rejestracyjnym SO marki MAN, spełniający wymogi normy euro 6, o ładowności 14,86 t., stanowiący własność Remondis,
 - 2) pojazd o numerze rejestracyjnym SO marki MAN, spełniający wymogi normy euro 6, o ładowności 9,63 t., stanowiący własność Remondis),
 - 3) pojazd o numerze rejestracyjnym TOS marki MAN, spełniający wymogi normy euro 5, o ładowności 9,05 t, zawierający dźwig HDS, stanowiący własność Remondis,
 - 4) pojazd o numerze rejestracyjnym SO marki MAN, spełniający wymogi normy euro 6, o ładowności 8,09 t, zawierający dźwig HDS, stanowiący własność Remondis,

- 5) pojazd o numerze rejestracyjnym ZS marki MAN spełniający wymogi normy euro 6, o ładowności 12,80 t, zawierający dźwig HDS, będący w najmie Remondis.
2. Dla części 3 – Sektor Widzew - pojazdy przystosowane do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie - skrzyniowe (bez funkcji kompaktującej), o ładowności co najmniej 5 t – minimum 4 (cztery) sztuki, w tym co najmniej 3 (trzy) sztuki z dźwigiem do systemu HDS, wskazał cztery pojazdy:
 - 1) pojazd o numerze rejestracyjnym EL marki MERCEDES spełniający wymogi normy euro 3, o ładowności 6 t., stanowiący własność Remondis,
 - 2) pojazd o numerze rejestracyjnym EL marki MAN spełniający wymogi normy euro 5, o ładowności 6.12t., zawierający dźwig HDS, stanowiący własność Remondis,
 - 3) pojazd o numerze rejestracyjnym EL marki MAN spełniający wymogi normy euro 5, o ładowności 11,66 t., zawierający dźwig HDS, stanowiący własność Remondis,
 - 4) pojazd o numerze rejestracyjnym EL marki MAN spełniający wymogi normy euro 5, o ładowności 6.12 t., zawierający dźwig HDS, stanowiący własność Remondis.
3. Dla części 3 – Sektor Widzew – pojazdy do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową lub bramową o pojemności kontenera min 7 m³ – minimum 4 (cztery) sztuki, w tym co najmniej 2 (dwie) sztuki z dźwigiem do systemu HDS, wskazał cztery pojazdy:
 - 1) pojazd o numerze rejestracyjnym EL marki MERCEDES, spełniający wymogi normy euro 5, o pojemności kontenera 7 m³, zawierający zabudowę hakową lub bramową, stanowiący własność Remondis,
 - 2) pojazd o numerze rejestracyjnym EL marki MERCEDES, spełniający wymogi normy euro 5, o pojemności kontenera 7 m³, zawierający zabudowę hakową lub bramową, stanowiący własność Remondis,
 - 3) pojazd o numerze rejestracyjnym EL marki MERCEDES, spełniający wymogi normy euro 4, o pojemności kontenera 16 m³, zawierający zabudowę hakową lub bramową, stanowiący własność Remondis,
 - 4) pojazd o numerze rejestracyjnym WE marki MERCEDES, spełniający wymogi normy EURO 3, o pojemności kontenera 12 m³, zawierający dźwig HDS, stanowiący własność Remondis).

Izba ustaliła, iż Remondis złożył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej z innymi wykonawcami, którzy ubiegają się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Dnia 1 lutego 2018 roku Odwołujący Komunalnik wystąpił do Zamawiającego z pismem, informującym, iż z posiadanych informacji wynika, iż oferenci Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa Oddział Łódź ul. Zbyszyńska 6,91-343 Łódź oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Corimp Sp. z. o.o. ul. Wojska Polskiego 65, 85-825 Bydgoszcz naruszyli zasady uczciwej konkurencji, z uwagi na zatajenie informacji o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, składając oświadczenia zawierające informacje nieprawdziwe, które miały

bardzo istotny wpływ na przebieg postępowania. Uzasadniając swoje stanowisko, załączył jako dowody: KRS spółki PUK Corimp Sp. z o.o., KRS spółki Eko-Inwestor S.A., Eko –Inwestor S.A. Warszawa – raport sporządzony przez InfoVeriti, Decyzję nr DKK-138/2012 z dnia 21 grudnia 2012 roku Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zamawiający, pismem z dnia 7 lutego 2018 roku wystąpił do Przystępującego Remondis z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w sprawie przynależności do grupy kapitałowej z wykonawcą PUK Corimp Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy .

Przystępujący Remondis, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożył pismem z dnia 12 lutego 2018 roku wyjaśnienia, w których zaprzeczył istnieniu powiązań pomiędzy nim a Przedsiębiorstwem Usług Komunalnych Corimp Sp. z o.o.(dalej Corimp), podtrzymał w całości złożone oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej z innymi oferentami – wykonawcami, ubiegającymi się o przedmiotowe zamówienie, nie widząc potrzeby korekty złożonego oświadczenia. Odnosił się również do Decyzji nr DKK-138/2012 z dnia 21 grudnia 2012 roku Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wyjaśniając iż Corimp Sp. z o.o. została wymieniona w ww. Decyzji jako jedna z 27 spółek należących wówczas w Polsce do Grupy Kapitałowej Remondis, nie należy już od kilku lat do Grupy Remondis. Przynależność Corimp do Grupy Remondis polegała na pośredniej kontroli za pośrednictwem spółki akcyjnej Eko-Inwestor z siedzibą w Warszawie. W 2013 roku Remondis sprzedał 100% posiadanych akcji firmy Eko-Inwestor S.A. na rzecz Inwestycje Turystyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Dnia 21 lutego 2018 roku Zamawiający ponownie wystąpił do Przystępującego Remondis z wezwaniem do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie przynależności do tej samej grupy kapitałowej z wykonawcą Corimp Sp. o.o. Pismem z dnia 27 lutego 2018 roku Przystępujący Remondis złożył wyjaśnienia, w których podtrzymał dotychczasowe stanowisko, w zakresie braku przynależności do grupy kapitałowej z wykonawcą Corimp.

Dnia 7 marca Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 - Sektor Bałuty i części 3 - Sektor Widzew, uznając za najkorzystniejszą w obu częściach ofertę złożoną przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa Oddział Łódź ul. Zbyszyńska 6, 02-981 Warszawa.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uwzględniła odwołanie o sygnaturze akt KIO 504/18.

Izba uznała za zasadny zarzut braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego Remondis w zakresie określonym w SIWZ w pkt 5.1.3.1. dla części nr 3 – Sektor Bałuty. W pozostałym zakresie, zarzuty podniesione w odwołaniu Izba uznała za niezasadne.

Izba oddaliła odwołanie o sygnaturze akt KIO 517/18 uznając zarzuty za niezasadne.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp (KIO 504/18) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego przez zamawiającego w pkt 5.1.3.1. SIWZ, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu, ewentualne zaniechanie wezwania do wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Izba uznała za zadany w zakresie części 3 zamówienia – Sektor Bałuty.

Warunek określony w SIWZ pkt 5.1.3.1. został sformułowany jasno i precyzyjnie. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego dla części nr 3 – „warunek zostanie uznany za spełniony (...) jeżeli wykonawca wykaże, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie usługę/usługi polegające na wykonaniu lub wykonywaniu nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usług polegających na odbiorze odpadów komunalnych o łącznej masie minimum 20 000 Mg”. Warunek jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca winien wykazać się realizacją usługi lub usług w odbiorze odpadów o łącznej masie minimum 20 000 Mg, a wartość ta musi zostać zrealizowana w okresie 12 miesięcy w ramach umowy lub umów, wykonywanych nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy. Ponadto usługa lub usługi muszą być należycie wykonane lub wykonywane w okresie ostatnich 3 lat. W wykazie usług Przystępujący Remondis na potwierdzenie spełnienia warunku dla części 3 wskazał usługę odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wykonywaną w okresie 01.07.2015 do 30.06.2017 realizowaną dla miasta Zduńska Wola, o łącznej masie odebranych odpadów 25 710,08 Mg, w okresie 24 miesięcy. Na podstawie złożonego wykazu usług oraz referencji nie można ustalić, jaka ilość odpadów została odebrana w okresie 12 miesięcy, co jest informacją kluczową dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak tej informacji, uniemożliwia ocenę czy Przystępujący Remondis spełnił warunek udziału w postępowaniu. Zatem skoro Przystępujący Remondis nie podał informacji pozwalającej jednoznacznie ustalić czy spełnił on warunek udziału w postępowaniu, to znaczy iż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje również, iż w związku z brakiem powyższej informacji, nie ma także możliwości ustalenia czy Remondis spełnił omawiany warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z SIWZ „w przypadku składania oferty przez Wykonawcę na więcej niż jedną część zamówienia (maksymalnie 2 części) Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże się usługą / usługami odpowiadającą / odpowiadającymi sumie wartości Mg wymaganych dla danych części zamówienia. Usługi nie mogą się powtarzać”. Zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, wymagana suma odebranych odpadów dla części 1 i 3 wynosi 50 000 Mg. Przystępujący Remondis wykazał dla części 1 wartość 43 380,59 Mg,

natomiast nie wykazał wartości odebranych odpadów w okresie 12 miesięcy dla usługi wykonywanej dla miasta Zduńska Wola. Powyższe, nie pozwala na ustalenie sumy odebranych odpadów w wymaganym przez Zamawiającego okresie 12 miesięcy. Brak tej informacji, uniemożliwia również ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w przypadku składania ofert na więcej niż jedną część. Przystępujący Remondis nie podał informacji pozwalającej jednoznacznie ustalić czy spełnił on warunek udziału w postępowaniu, zatem iż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym, potwierdził się zarzut Odwołującego Komunalnik naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Nie sposób zgodzić się interpretacją Przystępującego Remondis Sp. z o.o., iż przedmiotowy warunek winien zostać uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się realizacją umowy na odbiór odpadów trwającą co najmniej 12 miesięcy, o masie odebranych odpadów mim. 20 000 Mg, przy czym wartość ta może być zrealizowana w całym okresie trwania umowy, np. w ciągu 24 miesięcy, a nie w ciągu 12 miesięcy.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego w tym zakresie. Przyjęcie takiej wykładni stanowiłoby nieuprawnione rozszerzenie a nawet zmianę warunku udziału w postępowaniu, bowiem mogłoby doprowadzić do uznania, iż wykonawca który w okresie np. 36 miesięcy odebrał 20 000 Mg spełnił warunek udziału w postępowaniu, pomimo iż w ramach tej umowy w okresie 12 miesięcy nie odebrał wymaganej ilości odpadów.

Izba wskazuje, iż nie można uznać za prawidłowe działania Zamawiającego, polegającego na posłużeniu się posiadanymi przez Zamawiającego umowami z Przystępującym, bez wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do ich złożenia, bowiem zgodnie z § 10 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126) oświadczenia lub dokumenty które posiada Zamawiający, muszą zostać wskazane Zamawiającemu przez Wykonawcę. W wykazie usług dla części 3 Przystępujący wyraźnie wskazał usługę wykonaną dla Miasta Zduńska Wola a nie dla Miasta Łódź. W żadnym ze złożonych dokumentów nie powołał się, nie wskazał iż przedmiotowe dokumenty znajdują się w posiadaniu Zamawiającego. Zatem wobec braku spełnienia wymogu z § 10 ust. 2 rozporządzenia, nie ma możliwości powołania się na ten przepis a także na zapisy pkt 7.10 SIWZ, korespondujące z rozporządzeniem. Nie można powołać się również na art. 26 ust. 6 Pzp, bowiem Zamawiający musi posiadać oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wykazał, iż posiada oświadczenia lub dokumenty wymagane w SIWZ na potwierdzenie

spełnienia wymaganego warunku tj. wykaz wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, 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 dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług. Zamawiający przedłożył na rozprawie umowy z Przystępującym, inne niż wskazane przez Przystępującego Remondis, które nie stanowią powyższych dokumentów.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za zasadny.

Izba nie uznała za zasadny zarzutu Odwołującego Komunalnik w zakresie nieprawidłowego poświadczenia za zgodność z oryginałem referencji przedłożonych w zakresie części 1 i 3, w związku z brakiem daty poświadczenia za zgodność z oryginałem. Przystępujący Remondis, na potwierdzenie iż wskazane w wykazie usług usługi zostały wykonane należycie załączył - dla usługi wykonanej dla Miasta Łodzi pisemne potwierdzenie należytego wykonania usługi, wystawione przez Urząd Miasta Łodzi Wydział Gospodarki Komunalnej w Departamencie Spraw Społecznych oraz - dla usługi wykonanej dla miasta Zduńska Wola referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi. Oba dokumenty złożone są w kopii opatrzonej pieczęcią „za zgodność z oryginałem” oraz podpisem na imiennej pieczęci osoby upoważnionej do składania oświadczeń w imieniu wykonawcy. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U, z 2016 r. poz, 1126), oświadczenia i dokumenty są składane do Zamawiającego w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem (§14 ust. 2). Przepisy rozporządzenia nie wymagają, aby dla skuteczności poświadczenia kopii za zgodność z oryginałem wymagana była data poświadczenia, tym samym nie wprowadzają sankcji w postaci nieważności takiego dokumentu w związku z brakiem daty poświadczenia za zgodność z oryginałem.

Tym samym zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z powyższym, Izba nie rozpoznała zarzutów podniesionych dopiero na rozprawie, dotyczących niewłaściwej daty wystawienia dowodów na potwierdzenie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie usług przez Przystępującego Remondis.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp (KIO 517/18) poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego Remondis z postępowania w sytuacji, gdy podmiot ten nie wykazał spełnienia opisanego w pkt 5.1.3.2. lit. a) i c) SIWZ warunku udziału

w postępowania dotyczącego zdolności technicznej, gdyż nie wykazał, iż dysponuje lub będzie dysponował wymaganymi pojazdami Izba uznała zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż oceniając spełnienie powyższego warunku Izba za decydujące uznała, iż Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu w powyższym zakresie nie odwołał się do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 27 września 2003r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach, w szczególności dotyczących rodzajów czy przeznaczeń pojazdów (Dz.U. z 2016r. poz. 1088 ze zm.). Nie odniósł się również do definicji, klasyfikacji, kodów i przeznaczenia samochodów określonych w ww. rozporządzeniu. Z tego względu Izba nie podzieliła argumentacji FBSerwis opierającej się o treść powyższego rozporządzenia, które w omawianej sprawie – przy tak sformułowanej treści SIWZ – nie mogło przesądzać o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego Remondis. Nieistotna dla przedmiotowej sprawy jest również argumentacja, jak w innych postępowaniach definiowane były i jak rozumiane były określenia samochodów skrzyniowych. Przedmiotem rozpoznania Izby są zarzuty dotyczące czynności i zaniechań Zamawiającego w konkretnym, analizowanym stanie faktycznym.

Zamawiający w pkt. 5.1.3.2. SIWZ określił funkcję jaką mają spełniać pojazdy poprzez zapis „pojazdy przystosowane do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie – skrzyniowe (...)” Przystępujący podczas rozprawy wykazał, iż funkcję samochodów skrzyniowych spełniają pojazdy kontenerowe którymi dysponuje, a które zostały wskazane w złożonym wykazie narzędzi i urządzeń. Potwierdził to również Rzecznik Samochodowy z Listy Ministerstwa Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, stwierdzając: „Pojazdy ciężarowe kontenerowe z zabudową hakową lub bramową mogą być wykorzystywane do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie zamiast pojazdów z zabudową skrzyniową. Pojazd z zabudową kontenerową (hakową) w sposób oczywisty może pełnić te same funkcje co pojazd skrzyniowy”. Co więcej, możliwości pełnienia tych funkcji nie wykluczyły również opinie techniczne złożone przez Odwołującego FBSerwis.

Podkreślić należy, że określenie samochody skrzyniowe nie posiada legalnej definicji, jest to określenie potoczne, odnoszące się do samochodów wyposażonych w skrzynię. Zamawiający nie określił czy skrzynia musi być montowana w sposób trwały, czy też będzie można ją demontować. Przystępujący Remondis wykazał, iż samochody ciężarowe przy wykorzystaniu których zamierza realizować zamówienie wyposażone są w skrzynię. Są to samochody wielofunkcyjne, i obok innych funkcji spełniają również funkcję samochodów skrzyniowych, co zostało potwierdzone w oświadczeniach producentów tych samochodów ciężarowych.

Zatem zarzut braku spełnienia warunku odnoszący się do samochodów skrzyniowych jest nieuzasadniony, ponieważ Przystępujący Remondis dysponuje pojazdami spełniającymi warunek udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dot. samochodu ciężarowego nr WE Izba wskazuje, iż błąd w identyfikacji samochodu poprzez wskazanie niewłaściwego numeru rejestracyjnego nie jest możliwy do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Błąd ten nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej, oczywistej omyłki rachunkowej ani innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Podkreślić należy, że powyższy pojazd wskazany został w wykazie narzędzi i urządzeń, składanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący Remondis przyznał, iż dla pojazdu o numerze rejestracyjnym WE, podanego w pozycji 3. 4 wykazu jako pojazd do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową lub bramową o pojemności kontenera min. 7 m3 z dźwigiem do systemu HDS, zostały podane prawidłowe dane techniczne, ale popełniony został błąd w postaci podania nieprawidłowego numeru rejestracyjnego. Nie ulega zatem wątpliwości, iż wykaz narzędzi i urządzeń w powyższym zakresie zawiera błąd. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”*. Zatem, w powyższych okolicznościach Zamawiający winien wezwać Przystępującego Remondis do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia błędnego wykazu narzędzi i urządzeń. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, iż Przystępujący Remondis złożył Zamawiającemu pismem z dnia 28 marca 2018 roku oświadczenie, w treści którego podał właściwy numer rejestracyjny, Izba uznała, iż poprzez tą czynność Przystępujący samodzielnie poprawił poprzednio złożone oświadczenie w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, zawierające błędy. Zatem wezwanie Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 nie jest zasadne, bowiem wykonawca złożył oświadczenie, potwierdzające okoliczności o którym mowa 25 ust. 1 Pzp, co oznacza, iż Zamawiający dysponuje oświadczeniem o treści potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Dodać należy, iż w powyższych okolicznościach wezwanie Przystępującego Remondis w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wykazu narzędzi i urządzeń pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Nie ulegnie również zmianie punktacja przyznana w zakresie aspektów ekologicznych (środowiskowych) – udział pojazdów spełniających wymagania minimum EURO 5 (E), ponieważ powyższy pojazd, spełniając normę EURO 3 nie podlegał punktacji. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego FB Serwis, dotyczącej braku możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, w związku odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego

na pytanie 61, zgodnie z którą: „wykazane pojazdy w załączniku nr 6 do SIWZ stanowią jednocześnie zobowiązanie do ich wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia”. Izba wskazuje, iż zdanie to nie stanowi pełnej odpowiedzi Zamawiającego na pytanie i jest wyrwane z kontekstu. Pytanie 61 odnosiło się wyłącznie do samochodów spełniających wymagania normy EURO 5, za dysponowanie którymi Zamawiający przyznawał punkty. Odpowiedź udzielona na to pytanie musi być czytana w kontekście zadanego pytania. W odpowiedzi Zamawiający wskazał, iż deklarowany udział pojazdów spełniających normę EURO 5 winien być zgodny z informacjami podanymi w wykazie narzędzi i urządzeń składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zatem z odpowiedzi na pytanie 61 jednoznacznie wynika, iż wykaz narzędzi i urządzeń składany jest na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym zarzut jest niezasadny.

W zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniach KIO 504/18 oraz KIO 517/18, z uwagi na ich podobieństwo, Izba odniosła się przedstawiając łączną argumentację.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp (KIO 504/18) poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, którego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 i 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (KIO 517/18) poprzez zaniechanie wykluczenia Remondis z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, pomimo iż wykonawca ten zawarł z innym wykonawcą, tj. z Corimp, porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu zakresu i warunków ofert złożonych w postępowaniu, w tym w szczególności podziału pomiędzy nich części zamówienia, na które złożone zostały oferty Izba uznała, iż ww. zarzuty są niezasadne.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy Pzp *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych”.*

Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.*

Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1. uznk *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.*

Wobec powyższego, wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie na podstawie dowodów potwierdzających zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję między wykonawcami, stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji, które to dowody jest w stanie wykazać Zamawiający.

W ocenie Izby, działanie Zamawiającego, który nie wykluczył Przystępującego Remondis, wobec braku dostatecznych dowodów potwierdzających zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję między wykonawcami, stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji jest prawidłowe.

Odwołujący nie przedstawili żadnych racjonalnych dowodów wskazujących, iż doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazanie na istnienie powiązań o charakterze towarzyskim i prywatnym, wspólny adres czy istnienie powiązań osobowych pomiędzy wykonawcami Remondis Sp. z o.o. i PUK Corimp nie stanowi wystarczającego dowodu na wykazanie czy uprawdopodobnienie istnienie zawarcia takiego porozumienia. Przedstawiona przez Odwołujących argumentacja nie stanowi logicznego ciągu zdarzeń, okoliczności mających udowodnić iż Przystępujący Remondis zawarł z Wykonawcą Corimp niedozwolone porozumienia. Podczas rozprawy Odwołujący posługiwali się określeniami: „być może”, „wydaje się”, „najprawdopodobniej”, „możliwym jest”, co wskazuje na małą wiarygodność dowodzonych tez. Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku KIO 2490/17 z dnia 13 grudnia 2017 roku, zgodnie z którym *„Stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wymaga przedłożenia przez wykonawcę wiarygodnych i rzeczowych dowodów, które mogłyby potwierdzić zasadność zarzutów. Stwierdzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wiąże się z poważnymi konsekwencjami dla przedsiębiorcy, jego renomy i dobrego imienia, to zaś implikuje konieczność przeprowadzenia dogłębnego i starannego postępowania dowodowego i wykazania przez wykonawcę ponad wszelką wątpliwość, że określone działania konkurencyjnego wykonawcy rzeczywiście miały miejsce”*.

Żadna z opisywanych przez Odwołujących okoliczności nie świadczy o dokonaniu jakiegokolwiek czynu nieuczciwej konkurencji, w tym czynu określonego jako zmowa przetargowa.

Definicja zmowy przetargowej wskazana została w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów dalej u.o.k.k. W świetle powyższego przepisu zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych

przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozróżnia trzy podstawowe rodzaje takich mechanizmów, tj.: oferty kurtuazyjne, ograniczanie ofert (mechanizm podziału rynku) oraz rozstawianie i wycofywanie ofert. Przykładem zmowy przetargowej pomiędzy przedsiębiorcami jest celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów i tym samym wykluczenia tego wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą cenę (czyli celowe wpływanie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzje zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania), tak aby w konsekwencji doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy, proponującego wyższą cenę i pozostającego z wykonawcą w zmwie (wyr. KIO z 14 września 2010 r., sygn. KIO/UZP 1874/10). Innymi mechanizmami zmów przetargowych, są tzw. oferty kurtuazyjne, tj. oferty zawierające celowo zawyżone warunki, aby uwiarygodnić ofertę, która „powinna” wygrać albo pokazać „konkurencyjność” przetargu. Jeszcze inną postacią zmowy jest porozumienie o ograniczeniu składania ofert, kiedy to wykonawcy ustalają, że pomimo zainteresowania przetargiem nie wezmą w nim udziału, wówczas dana oferta będzie brana pod uwagę, nawet pomimo „zawyżonej” ceny (zob. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Broszura pt. „Zmowy przetargowe”, Warszawa 2003).

Izba podziela również argumentację zawartą w wyroku KIO 2213/17 z 10 listopada 2017 roku *„Stwierdzenie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Nie jest dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców, co do których takie wątpliwości występują, a także nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia”*

Należy zauważyć, że zarówno Remondis jak i Corimp, zajmują się działalnością w zakresie odbioru odpadów komunalnych, dlatego zarzut, iż wykonawcy ci biorą udział w innych postępowaniach nie może być samoistną podstawą do uznania zmowy przetargowej.

To, że Corimp nie posiada zaplecza na terenie miasta Łodzi nie stanowi podstawy do uznania, że doszło do zmowy. Także podniesienie okoliczności iż Corimp nie ma wpisu do rejestru działalności regulowanej na terenie Miasta Łodzi, jest bezpodstawny z uwagi na zapis pkt. 15.3.5 SIWZ. W ocenie Izby dowodem na zawarcie niedozwolonego porozumienia pomiędzy wykonawcami nie może być fakt wykluczenia wykonawcy Corimp z postępowania w związku

z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zmowa przetargowa jest jednym z najostrożniejszych przejawów nieuczciwej konkurencji zatem dowody na jej istnienie nie mogą pozostawiać wątpliwości co do istnienia zmywy. Dowodami takimi może być np. Decyzja Prezesa UOKiK o stwierdzeniu zmywy przetargowej czy wyrok sądu powszechnego. Tym bardziej dowody poszlakowe – muszą być na tyle silne aby dawały jednoznaczną podstawę do jej stwierdzenia.

W ocenie Izby, istnienie żadnej z przesłanek zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji nie zostało wykazane przez Odwołujących na gruncie przedmiotowego postępowania. Zatem zarzut należy uznać za niezasadny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp (KIO 504/18) poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy Remondis Sp. z o.o., którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej co PUK Corimp Sp. z o.o., w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2017 r. poz. 229, 1089 i 1132), złożyli odrębne oferty częściowe, a jednocześnie żaden z tych wykonawców nie wykazał, aby istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadziły do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp (KIO 517/18) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Remondis, który należy do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Corimp Sp. z o.o., pomimo iż obaj wykonawcy złożyli w postępowaniu odrębne oferty częściowe (Remondis na 1 i 3 część zamówienia, zaś Corimp na 2 i 4 część zamówienia), a jednocześnie żaden z tych wykonawców nie wykazał, aby istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadziły do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby Przystępujący Remondis Sp. z o.o. nie przynależy do grupy kapitałowej Rethmann z wykonawcą PUK Corimp Sp. z o.o., co oznacza, iż wykonawcy ci nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, i nie musieli wykazywać, iż istniejące między nimi powiązania prowadzą do zakłócenia uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Definicja grupy kapitałowej zawarta jest w art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku „o ochronie konkurencji i konsumentów”. Przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Z kolei przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych

lub faktycznych, umożliwiając wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

- a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Odwołujący podnoszą, iż o przynależności do grupy kapitałowej Rethmann wykonawców Remondis Sp. z o.o. oraz PUK Corimp świadczy osoba Pana M. M., który jest członkiem trzyosobowej Rady Nadzorczej w spółkach: Rhenus Logistics oraz Elektro-System Organizacja Odzysku Sprzętu Elektrycznego i Elektronicznego S.A. oraz jedynym członkiem Zarządu w Inwestycjach Rodzinnych Sp. z o.o. Dla uznania, czy wykonawcy pozostający w powyższych relacjach przynależą do jednej grupy kapitałowej kluczowe i niezbędne jest ustalenie czy istnieje pomiędzy nimi możliwość wywierania decydującego wpływu.

Przesłankę tę należy rozumieć jako oddziaływanie na wszystkie istotne aspekty funkcjonowania przedsiębiorcy, zarówno o charakterze wewnętrznym, jak i o charakterze zewnętrznym, jak np. działalność przedsiębiorcy na rynku, w tym podejmowanie decyzji operacyjnych i strategicznych (tak K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, s. 128 i nast.; E. Modzelewska-Wąchal Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, s. 59). Dla przyjęcia istnienia (stwierdzenia posiadania) „kontroli” nie jest konieczne, aby decydujący wpływ odnosił się do bieżącego zarządzania przedsiębiorstwem. Chodzi tu raczej o wpływ na zachowania przedsiębiorcy jako uczestnika procesów rynkowych, i oddziaływanie na te jego zachowania, które mają wpływ na konkurencję (tak Będkowski-Kozioł, w: T. Skoczny, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, s. 112 i nast.).

Możliwość wywierania decydującego wpływu jest zróżnicowana w zależności od czynnika (sytuacji), niektóre czynniki występując samodzielnie pozwalają na sprawowanie przez

jednego przedsiębiorcy kontroli nad innym przedsiębiorcą, inne zaś dopiero w powiązaniu z innymi okolicznościami faktycznymi lub prawnymi. I tak, np.:

- uprawnienie do dysponowania większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, lub w zarządzie innego przedsiębiorcy, czy
- uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy,

samodzielnie dają możliwość kontrolowania przez jednego przedsiębiorcę (dominującego) innego (zależnego), co automatycznie przesądza o przynależności tego drugiego przedsiębiorcy do grupy kapitałowej pierwszego.

Inaczej rzecz się ma z innymi sytuacjami, jak np. z sytuacją, gdy członkowie zarządu lub rady nadzorczej jednego przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy, lub gdy jeden przedsiębiorca dysponuje prawem do części mienia innego przedsiębiorcy. Takie przypadki zwykle nie prowadzą samodzielnie do powstania uprawnień, które umożliwiają pierwszemu przedsiębiorcy wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, w związku z tym wystąpienie ich nie przesądza o posiadaniu kontroli przez przedsiębiorcę, którego członek lub członkowie organu zarządzającego lub kontrolnego stanowi(a) więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorcą dysponującym częścią mienia. Sytuacje takie mogą (choć nie muszą) jednakże prowadzić do uzyskania kontroli w powiązaniu z innymi okolicznościami faktycznymi lub prawnymi, wspomnianymi w powołanym przepisie art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z tego względu, w przypadku ich wystąpienia, konieczne jest każdorazowo przeprowadzenie dodatkowej analizy, w celu ustalenia, czy przesłanka zasadnicza w powiązaniu z owymi dodatkowymi okolicznościami dają podstawę do przyjęcia, że relacja między przedsiębiorcami ma charakter dominacji-zależności.

Jak wynika z przeanalizowanych dokumentów i uzyskanych informacji, pomiędzy Rhenus Logistics S.A. i innymi spółkami grupy Rethmann a spółkami grupy Inwestycje Rodzinne nie istnieją żadne powiązania, prowadzące do powstania relacji dominacji-zależności między spółkami Inwestycje Rodzinne Sp. z o.o., Eko-Inwestor SA lub PUK Corimp a jakąkolwiek spółką grupy Rethmann.

Z Informacji odpowiadającej odpisowi aktualnego KRS dla Rhenus Logistics S.A. (numer KRS: 0000071960) wynika, że Pan M. M. jest jednym z trzech członków rady nadzorczej tej spółki. Jak wynika ze Statutu tej spółki, do zadań jego jako członka Rady Nadzorczej należą standardowe obowiązki, takie jak uczestniczenie w ocenie sprawozdania Zarządu z działalności spółki i rocznego sprawozdania finansowego, w ustalaniu wynagrodzenia dla zarządu. Rada Nadzorcza nie ma wpływu na działania operacyjne spółki.

Równocześnie, ani Statut Rhenus Logistics S.A. ani przepisy Kodeksu spółek handlowych nie dają organom spółki uprawnienia do wpływania na działania lub działalność członków Rady Nadzorczej, tak w obszarze nadzorczym, jak i obszarach niepowiązanych

ze spółką, w tym w sferze prowadzonej przez te osoby działalności gospodarczej czy podejmowania decyzji o charakterze właścicielskim.

Biorąc powyższe pod uwagę nie ma podstaw do uznania, że z racji łączenia przez Pana M. M. funkcji członka Rady Nadzorczej Rhenus Logistics S.A. i prezesa Zarządu Inwestycje Rodzinne SA, spółka Rhenus Logistics S.A. kontroluje spółkę Inwestycje Rodzinne SA. Analiza Informacji odpowiadającej odpisowi aktualnego KRS dla ElectroSystem Organizacja Odzysku Sprzętu Elektrycznego i Elektronicznego SA (numer KRS: 0000322739) pokazuje, że Pan Marian Mazurek również w tej spółce jest jednym z trzech członków Rady Nadzorczej. Statut tej Spółki powierza Radzie Nadzorczej uprawnienia w zakresie sprawowania stałego nadzoru nad działalnością Spółki. Równocześnie, podobnie jak Statut Rhenus Logistics S.A., również Statut ElectroSystem Organizacja Odzysku Sprzętu Elektrycznego i Elektronicznego SA nie daje organom spółki uprawnienia do wpływania na działania lub działalność członków Rady Nadzorczej, tak w obszarze nadzorczym, jak i obszarach niepowiązanych ze spółką.

Reasumując powyższe, nie ma podstaw do przyjęcia, że na skutek łączenia przez Pana M. M. funkcji członka Rady Nadzorczej Electro-System Organizacja Odzysku Sprzętu Elektrycznego i Elektronicznego SA i prezesa Zarządu Inwestycje Rodzinne SA, spółka Electro-System Organizacja Odzysku Sprzętu Elektrycznego i Elektronicznego SA kontroluje Inwestycje Rodzinne SA, a za jej pośrednictwem Eko-Inwestor SA i PUK Corimp. O przynależności spółki Inwestycje Rodzinne Sp. o.o. wraz z jej spółkami zależnymi do grupy Rethmann nie przesądzają także takie okoliczności, jak np. siedziba spółek czy kontakty towarzyskie między pracownikami firm.

Możliwość wywierania decydującego wpływu poprzez Pana M. M. nie została wykazana, nie wynika ona również z żadnych ze złożonych przez Odwołujących dokumentów. Zatem nie można uznać że Przystępujący Remondis Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej z wykonawcą PUK Corimp.

Fakt ten potwierdzony został również w wyjaśnieniach z dnia 6 kwietnia 2018 roku DKK2-81/1/18/MB Dyrektora Departamentu Kontroli Koncentracji Urzędu Ochrony Konkurencji: „*REMONDIS należy bowiem do grupy kapitałowej, na czele której stoi Rethmann SE & Co. KG, dalej „Rethmann”, natomiast Corimp do grupy kapitałowej kontrolowanej przez Pana M. M. . Fakt pełnienia przez Pana M. M. funkcji członka Rady Nadzorczej (składającej się z trzech członków) jednej ze spółek należących do grupy kapitałowej kontrolowanej przez Rethmann trudno bowiem uznać za przesądzający o tym, że Spółka ta wywiera decydujący wpływ na Inwestycje Rodzinne sp. z o.o. spółkę, w której większościowym udziałowcem i jedynym członkiem Zarządu jest Pan M. M., a która w sposób pośredni kontroluje Corimp”.*

Wobec powyższego, w ocenie Izby oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej z innymi wykonawcami składającymi oferty w postępowaniu złożone przez Przystępującego Remondis Sp. z o.o. należy uznać za złożone prawidłowo, a zarzut w tym zakresie należy uznać za niezasadny.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, z powodu wprowadzania zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania (KIO 504/18), oraz (KIO 517/18) poprzez zaniechanie wykluczenia Remondis z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania oraz wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia przy przedstawieniu informacji, że:

- a) spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący potencjału technicznego
- b) nie podlega wykluczeniu pomimo, że należy do tej samej grupy kapitałowej z wykonawcą Corimp, który złożył oferty częściowe w zakresie części 2 i 4 w przedmiotowym postępowaniu

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wobec powyższych, nieudowodnionych i niepotwierdzonych zarzutów Odwołujących, zarzut o wprowadzeniu zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w zakresie przedstawienia informacji dotyczących wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może zostać uznany za zasadny.

Jednocześnie, w ocenie Izby wobec uwzględnienia odwołania KIO 504/18 w zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w SIWZ w pkt 5.1.3.1.dla części nr 3, poprzez wykazanie usługi realizowanej dla Zduńskiej Woli, nie można przypisać Przystępującemu Remondis działania wprowadzającego Zamawiającego w błąd. Jak wyjaśnił Przystępujący na rozprawie, inaczej rozumiał warunek udziału w postępowaniu i w takim kontekście wykazał posiadane doświadczenie. Nie można zatem uznać, iż oświadczenie złożone w wykazie usług, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożone w powyższych okolicznościach, miało na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Powyższą argumentację należy również przywołać, dla uznania zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp za niezasadny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust.1 i 1a w zw. z art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp (504/18) poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Remondis do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszenia art. 90 ust.1 Pzp (KIO 517/18)

poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Komunalnik oraz Remondis do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pomimo iż zaoferowane ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców Komunalnik i Remondis nie potwierdził się. Kwota, którą Odwołujący wskazują jako szacunkową wartość zamówienia i w oparciu o którą wyprowadzają powyższy zarzut, nie jest wartością zamówienia podstawowego, bowiem uwzględnia ona wartość zamówień podlegających powtórzeniu w wysokości 50% zamówienia podstawowego. Dla uznania, iż cena jest rażąco niska, i konieczności wszczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej rażąco niską cenę, muszą zaistnieć przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1a Pzp liczone od wartości zamówienia podstawowego, tj. gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy żadna z przesłanek z art. 90 ust. 1a Pzp nie zaistniała, a ceny zaproponowane przez ww. Wykonawców nie dawały podstaw do wzbudzenia wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Wątpliwości takich nie wzbudzały również istotne części składowe zamówienia. Koszt oszacowania przez Zamawiającego transportu 1 Mg odpadów wynosił 162,1 zł brutto. W cenie tej Zamawiający założył zysk wykonawcy na poziomie 6%. Cena, jaką zaproponował Przystępujący Remondis za transport 1 Mg odpadów wynosi 161,2 zł brutto. W cenie tej Przystępujący uwzględnił zysk w wysokości 7%. Porównanie powyższych cen, wskazuje na ich prawie identyczne szacowanie, a to nie daje żadnych podstaw do wzbudzenia wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Dotyczy to również ceny z oferty Wykonawcy Komunalnik, która jest wyższa od ceny podanej przez Remondis. Powyższe jednoznacznie wyklucza możliwość uznania, iż ceny w ofertach wykonawców Remondis i Komunalnik lub ich istotne części składowe spełniają przesłanki rażąco niskiej ceny, skutkujące koniecznością odrzucenia ofert. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że zaoferowane przez ww. wykonawców ceny powinny być wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem zarzut należy uznać za niezasadny.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

