

Sygn. akt: KIO 1539/18

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Paweł Trojan
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 sierpnia 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 sierpnia 2018 r.** przez wykonawcę **Remondis Północ Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Celowy Gmin MG-6, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Laguna Sp. z o.o. (Lider); 2) INNEKO Sp. z o.o., ul. Teatralna 49, 66-400 Gorzów Wlkp: z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Nadbrzeżna 21, 66-44 Gorzów Wlkp** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Remondis Północ Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Remondis Północ Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **Remondis Północ Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa** na rzecz **Związku Celowego Gmin MG-6, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Odbieranie oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora III Związku Celowego Gmin MG-6”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 071 - 157478 z 12.04.2018 r., przez Związek Celowy Gmin MG-6, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 24.07.2018 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Konsorcjum Firm: 1) Laguna Sp. z o.o. (Lider); 2) INNEKO Sp. z o.o., ul. Teatralna 49, 66-400 Gorzów Wlkp; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Nadbrzeźna 21, 66-44 Gorzów Wlkp zwana dalej: „Konsorcjum” albo „Konsorcjum Laguna” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - Remondis Północ Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa zwane dalej: „Remondis Północ Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 03.08.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Remondis Północ Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynność z 24.07.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.08.2018 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że przedstawione przez Konsorcjum dokumenty nie wskazują na istnienie wystarczającego potencjału po stronie Konsorcjum, co przejawia się w niewłaściwym dysponowaniu pojazdami dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego, albowiem:

a) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum zostały jednocześnie zaoferowane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez co jednoczesna realizacja niniejszego zamówienia publicznego z ich wykorzystaniem jest niemożliwa,

b) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum są w jego posiadaniu wyłącznie na podstawie umów leasingu, których wygaśnięcie przed terminem zakończenia realizacji zamówienia oznaczać będzie niedysponowanie przez Konsorcjum stosownym potencjałem,

2. art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, którego uczestnicy w celu uzyskania zamówienia, złożyli

nieprawdziwe oświadczenia w postępowaniu, co dotyczy podania nieprawdziwych informacji w dokumentacji JEDZ w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem oraz spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Konsorcjum nie dysponuje tego rodzaju potencjałem oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, iż:

a) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum zostały jednocześnie zaoferowane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez co jednoczesna realizacja niniejszego zamówienia publicznego z ich wykorzystaniem jest niemożliwa,

b) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum są w jego posiadaniu wyłącznie na podstawie umów leasingu, których wygaśnięcie przed terminem zakończenia realizacji zamówienia oznaczać będzie niedysponowanie przez Konsorcjum stosownym potencjałem,

3. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień wobec ujawnienia okoliczności wskazujących na wątpliwość co do możliwości realizacji przez Konsorcjum przedmiotu zamówienia z zaoferowanym potencjałem, w szczególności w zakresie pozyskanych informacji o tym, iż:

a) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum zostały jednocześnie zaoferowane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez co jednoczesna realizacja niniejszego zamówienia publicznego z ich wykorzystaniem jest niemożliwa,

b) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum są w jego posiadaniu wyłącznie na podstawie umów leasingu, których wygaśnięcie przed terminem zakończenia realizacji zamówienia oznaczać będzie niedysponowanie przez Konsorcjum stosownym potencjałem,

4. art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która jest niezgodna z ustawą z uwagi na następujące okoliczności:

a) istnienie pomiędzy członkami Konsorcjum umowy przetargowej, której skutkiem jest rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji na rynku i równego traktowania wykonawców,

b) nadużycie przez Konsorcjum pozycji dominującej na rynku, którego skutkiem jest rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji na rynku i równego traktowania wykonawców,

c) utrudnianie przez Konsorcjum dostępu innym wykonawcom do rynku, którego skutkiem jest rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji na rynku i równego traktowania wykonawców,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która jest niezgodna z SIWZ z uwagi na następujące okoliczności:

a) niespełnianie przez członków Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niedysponowanie stosownym potencjałem, albowiem pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum zostały jednocześnie zaoferowane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez co jednoczesna realizacja niniejszego zamówienia publicznego z ich wykorzystaniem jest niemożliwa,

b) niespełnianie przez członków Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niedysponowanie stosownym potencjałem, albowiem pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum są w jego posiadaniu wyłącznie na podstawie umów leasingu, których wygaśnięcie przed terminem zakończenia realizacji zamówienia oznaczać będzie niedysponowanie przez Konsorcjum stosownym potencjałem,

6. art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na utrudnianie przez Konsorcjum dostępu innym wykonawcom do rynku, którego skutkiem jest rażąco naruszenie zasad uczciwej konkurencji na rynku i równego traktowania wykonawców,

7. art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, którego członkowie podlegali wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, jak również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, z uwagi na następujące okoliczności:

a) niespełnianie przez członków Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niedysponowanie stosownym potencjałem, albowiem pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum zostały jednocześnie zaoferowane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez co jednoczesna realizacja niniejszego zamówienia publicznego z ich wykorzystaniem jest niemożliwa oraz podania nieprawdziwych informacji w dokumentacji JEDZ w powyższym zakresie, podczas gdy Konsorcjum nie dysponuje tego rodzaju potencjałem oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

b) niespełnianie przez członków Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niedysponowanie stosownym potencjałem, albowiem pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum są w jego posiadaniu wyłącznie na podstawie umów leasingu, których wygaśnięcie przed terminem zakończenia realizacji zamówienia oznaczać będzie niedysponowanie przez Konsorcjum stosownym potencjałem oraz podania nieprawdziwych informacji w dokumentacji JEDZ w powyższym zakresie, podczas gdy Konsorcjum nie dysponuje tego rodzaju potencjałem oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

8. art. 89 ust. 1 pkt 7d Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której przyjęcie narusza bezpieczeństwo publiczne oraz istotny interes bezpieczeństwa państwa, z uwagi na:

a) naruszenia przez Konsorcjum zasad uczciwej konkurencji na rynku,

b) nadużycie pozycji dominującej,

c) utrudnianie dostępu innym przedsiębiorcom do rynku,

d) brak możliwości prawidłowej realizacji zamówienia publicznego przez Konsorcjum.

9. art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z ad. 58 § 1 i 2 i art. 353¹ oraz art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. z 2017 r., poz. 459 ze zm.,

dalej: „KC”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która obarczona jest nieważnością z uwagi na:

- a) jej sprzeczność z zasadami uczciwej konkurencji na rynku,
- b) nadużycie przez Konsorcjum pozycji dominującej,
- c) utrudnianie przez Konsorcjum dostępu innym przedsiębiorcom do rynku,
- d) brak możliwości prawidłowej realizacji zamówienia publicznego z uwagi na określenie w ofercie świadczenia niemożliwego do wykonania (dysponowanie przez Konsorcjum pojazdami wyłącznie na podstawie umów leasingu oraz udostępnianie pojazdów również w ramach innych zamówień publicznych), wobec czego oferta Konsorcjum odnosi się do świadczenia pierwotnie niemożliwego do wykonania,
- e) wystąpienie w przedmiocie oświadczenia woli dotyczącego oferty czynności prawnej z samym sobą (nieważność jednostronnej czynności prawnej),

10. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez niedokonanie obowiązkowego wezwania Konsorcjum do złożenia określonych oświadczeń lub dokumentów mimo, iż

- a) złożone przez Konsorcjum dokumenty w zakresie oświadczenia JEDZ cechowały się wysokim stopniem niekompletności oraz znaczną ilością błędów,
- b) Zamawiający pozyskał informacje poddające w wątpliwość spełnianie przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu oraz dysponowanie niezbędnym ku temu potencjałem, albowiem przekazane zostało Zamawiającemu, iż Konsorcjum realizuje za pośrednictwem wskazanych w niniejszym postępowaniu pojazdów również inne zamówienie publiczne, co powoduje brak faktycznej możliwości realizacji również niniejszego zamówienia. Wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności:

- a) oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawców działających w Konsorcjum,
- b) oceny podstaw do wykluczenia wykonawców działających w Konsorcjum,
- c) oceny oferty złożonej przez wykonawców działających w Konsorcjum,
- d) oceny przesłanek odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców działających w Konsorcjum,
- e) wyboru oferty złożonej przez wykonawców działających w Konsorcjum,

3. nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania:

- a) oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- b) oceny podstaw do wykluczenia,
- c) oceny ofert,
- d) oceny przesłanek odrzucenia ofert,
- e) wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem następujących okoliczności:
 - a) wykluczenia wykonawców działających w Konsorcjum z postępowania,

- b) odrzucenia oferty wykonawców działających w Konsorcjum,
 - c) wyboru oferty Remondis Północ sp. z o.o. (dawniej: Ragn-Sells Polska sp. z o.o.) jako najkorzystniejszej,
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zmiana Ragn-Sells Polska sp. z o.o. na Remondis Północ sp. z o.o.: W dniu 30.07.2018 r. dokonano wpisu do rejestru KRS nr 34 na podstawie aktu notarialnego z dnia 02.07.2018 r. (REP A NR 2177/2018), na mocy którego została uchylona dotychczasowa treść umowy spółki Ragn-Sells Polska sp. z o.o. oraz przyjęto nową treść umowy. Modyfikacje dotyczyły w szczególności zmiany nazwy spółki Ragn-Sells Polska sp. z o.o. na Remondis Północ sp. z o.o. W rezultacie, wykonawca Ragn-Sells Polska sp. z o.o. działa obecnie w obrocie pod zmienioną nazwą - Remondis Północ sp. z o.o. ze wszelkimi tego skutkami prawnymi.

I. Stan faktyczny sprawy: W dniu 24.07.2018 r. Zamawiający opublikował na własnej stronie internetowej informację o powtórny wyborze oferty najkorzystniejszej. Wynika z niej w szczególności, iż:

- a) w zamówieniu publicznym zostało złożonych kilka ofert przez różne podmioty działające na rynku odpadów komunalnych,
- b) jedna z ofert została złożona przez Inneko sp. z o.o. (spółkę komunalną ze 100% udziałem Miasta Gorzów Wielkopól.) działającą w konsorcjum ze spółką Laguna sp. z o.o.,
- c) oferta Konsorcjum została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z dokumentacją postępowania, w tym zał. nr 8 do SIWZ „wzór umowy”, przedmiot zamówienia dotyczy:

- a) organizacji transportu i odbioru odpadów,
- b) przekazywania odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych prowadzonej przez Inneko sp. z o.o. (vide § 1 ust. 6 pkt 1) Wzoru umowy),
- c) obowiązku zawarcia przez wykonawcę z Inneko sp. z o.o. umowy na zagospodarowanie odpadów,
- d) obowiązku ponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie poziomów recyklingu.

Na kształt niniejszego stanu faktycznego wpływają również regulacje prawa miejscowego - w szczególności Uchwała nr XXIX/448/17 Sejmiku Województwa Lubuskiego z 10.04.2017 r. w przedmiocie brzmienia Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Lubuskiego. WPGO dla Województwa Lubuskiego jest aktem prawa miejscowego, którego postanowienia wskazują nie tylko na pewne uprawnienia przedsiębiorców (np. w zakresie obsługi RIPOK), lecz również określone obowiązki. Przykładem obowiązku jest konieczność dostarczania odpadów komunalnych przez

przedsiębiorców (wykonawcę niniejszego zamówienia publicznego) do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych obsługiwanej przez Inneko sp. z o.o. (w tym odpadów biodegradowalnych - vide w szczególności punkt II.3.b) zał. nr 1 do SIWZ - SOPZ). Z powyższego wynika, że poprzez obsługę RIPOK Inneko sp. z o.o.:

- a) pełni określoną i wyodrębnioną funkcję administracyjną (publiczną),
- b) która została wydzielona jej na podstawie odrębnego aktu prawa miejscowego,
- c) związaną z realizacją zadania publicznego,
- d) cechującą się elementem władztwa administracyjnego. Przywołał wyrok NSA z 07.11.2017 r., sygn. akt: II OSK 593/16.

II. Odnosnie wejście Inneko sp. z o.o. (obsługującego jednocześnie RIPOK) w konsorcjum z prywatnym przedsiębiorcą jako porozumienie naruszające zasady uczciwej konkurencji na rynku: Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, interesu i celu statutowego do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu przez Inneko sp. z o.o. jako podmiotu wykonującego funkcję publiczną i obsługującego RIPOK. Na powyższe wskazują w szczególności:

- a) Inneko sp. z o.o., realizując zadanie publiczne w postaci obsługi RIPOK, ma możliwość wpływania na kształt polityki cenowej na rynku poprzez określanie stawek za zagospodarowanie odpadów w RIPOK. W rezultacie, ma także możliwość bezpośredniego wpływu na rentowność umowy zawieranej z Zamawiającym w wykonaniu zamówienia publicznego, ponieważ wynagrodzenie płatne na rzecz wykonawcy w niniejszym przetargu zostało określone ryczałtowo. Nie do zaakceptowania jest więc sytuacja, w której wykonawca posiada możliwość całkowicie swobodnego ustalania wysokości wynagrodzenia otrzymywanego w ramach realizacji zamówienia publicznego (poprzez modyfikację rzeczonych stawek),
- b) Laguna sp. z o.o. miała pełną możliwość samodzielnego wystartowania w przetargu, co miało miejsce w latach poprzednich - o czym świadczą m. in. złożone w toku postępowania referencje,
- c) Zamawiający miał możliwość zawarcia bezpośrednio z Inneko sp. z o.o. umowy na zagospodarowanie odpadów - ograniczając niniejszy przetarg do odbioru odpadów komunalnych,
- d) Inneko sp. z o.o. do dnia 08.06.2016 r. działała pod nazwą Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o. (wpis nr 32 z 08.06.2016 r., MSiG-KRS.2016.114.151515). Zgodnie z Regulaminem świadczenia usług publicznych przez Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp., będącym załącznikiem do Zarządzenia nr 987/111/2013 Prezydenta Miasta Gorzowa Wlkp. z 09.08.2013 r. w sprawie zatwierdzenia Regulaminu świadczenia usług publicznych przez Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp.: *„Spółka świadczy usługi publiczne w zakresie przyjmowania i zagospodarowania odpadów komunalnych,*

wytworzonych na obszarze działania Spółki, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami" (§ 3.1. Regulaminu)". W rezultacie celem utworzenia spółki nie było wykonywanie zadań publicznych z zakresu odbioru odpadów komunalnych, lecz wyłącznie dokonywanie ich przetwarzania w ramach obsługi RIPOK,

e) ściśle powiązania kapitałowe, strukturalne oraz zależności między podmiotami: Inneko sp. z o.o., Radą i Prezydentem Miasta Gorzów Wlkp, jak również Zamawiającym - Związkiem Międzygminnym MG-6 sprawiają, iż powstaje nieprzejrzysta sytuacja gospodarcza, wskazująca na preferencję własnego przedsiębiorstwa (spółki komunalnej Inneko sp. z o.o.) w postępowaniu.

W rezultacie zawarcia w dniu 15.05.2018 r. pomiędzy Inneko sp. z o.o. a Laguna sp. z o.o. umowy konsorcjum, złożenia przez Konsorcjum oferty oraz wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, powstało uprzywilejowanie przez Gminę Miejską Gorzów Wlkp wykonawcy Laguna sp. z o.o. względem innych przedsiębiorców, polegające w szczególności na:

a) udzieleniu przez Inneko sp. z o.o. (RIPOK), będącą konsorcjantem z Laguna sp. z o.o., zabezpieczenia należytego wykonania całej umowy z Zamawiającym (wykonawcy Inneko sp. z o.o. i Laguna sp. z o.o. odpowiadają solidarnie za wykonanie zobowiązania wobec zamawiającego). Polegało ono na tym, że Inneko sp. z o.o. przedstawiło w postępowaniu polisę obejmującą działalność związaną ze zbieraniem odpadów (PKD 38.11 (mimo, że nigdy nie prowadziła działalności w zakresie odbierania odpadów), natomiast Laguna sp. z o.o. przedstawiła polisę jedynie na sprzęt. Tego rodzaju zabezpieczenia nie otrzymali inni przedsiębiorcy

b) umożliwieniu Laguna sp. z o.o. nieuwzględniania w ramach oferty ryzyka niezapewnienia z przyczyn leżących po stronie RIPOK (Inneko sp. z o.o.) prawidłowego zagospodarowania odpadów lub błędów w dokumentach (karta przekazania odpadów) podczas, gdy pozostali wykonawcy musieli uwzględniać tego rodzaju ryzyko w przygotowywanych przez siebie ofertach,

c) udzieleniu przez gminny RIPOK (Inneko sp. z o.o.) wsparcia finansowego spółce Laguna sp. z o.o. w postaci wpłacenia wadium w kwocie 150.000,00 złotych, inni przedsiębiorcy muszą ponieść ten koszt złożenia oferty we własnym zakresie oraz uwzględnić go w działalności przedsiębiorstwa,

d) braku możliwości kontroli i naliczania przez zamawiającego kary za dostarczenie do RIPOK (Inneko sp. z o.o.) odpadów innych, niż objęte przedmiotem umowy - w wysokości 10.000,00 zł za każdy przypadek,

e) współdzieleniu przez RIPOK (Inneko sp. z o.o.) ryzyka nieosiągnięcia w okresie obowiązywania umowy wymaganych poziomów recyklingu,

f) współdzieleniu przez RIPOK (Inneko sp. z o.o.) ryzyka prawidłowego wykonywania odbioru i transportu odpadów (w tym w zakresie kar umownych) w sytuacji, gdy usługi te, z uwagi na posiadane przez siebie doświadczenie, powinna wykonywać Laguna sp. z o.o. Zgodnie z art. 22a ust. 1 PZP, zamawiający wymaga kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia. Oznacza to, że procedura przetargowa służy udzieleniu zamówienia podmiotowi, który posiada przewidziane przez zamawiającego, minimalne kwalifikacje (np. wiedzę i doświadczenie). Tak więc konsorcjant Laguna sp. z o.o. powinien wykonywać część zamówienia, do realizacji której zdolności te były wymagane. Potwierdza to cel regulacji, która służy zapewnieniu realizacji zamówienia przez kompetentny podmiot. Powyższy cel został wyrażony bezpośrednio również w art. 22a ust. 4 Pzp, jak i art. 63 Dyrektywy 2014/24/UE,

g) preferencji wyłącznie jednego przedsiębiorcy (Laguna sp. z o.o.) ze szkodą dla pozostałych przedsiębiorców działających na rynku - ponieważ brak jest możliwości prawnej, aby każdy z przedsiębiorców zawarł z Inneko sp. z o.o. umowę konsorcjum, gdyż wówczas wszystkie oferty podlegałyby odrzuceniu (zakaz składania więcej niż jednej oferty na rzecz przedsiębiorcy). Zgodnie z wyrokiem SA w W-wie z 08.06.2016 r., sygn. akt: VI ACa 651/15: *„Reasumując, można w tym przedmiocie wskazać, że zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłiby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranę przetargu.”* Laguna sp. z o.o. mogła samodzielnie złożyć ofertę w postępowaniu. Natomiast, RIPOK nie musiał w nim uczestniczyć, jako że posiada gwarancję, że umowa na zagospodarowanie odpadów zostanie z nim zawarta.

h) ustanowieniu preferencyjnych dla Laguna sp. z o.o. reguł dotyczących określania stawek w ramach zagospodarowania odpadów w RIPOK. Zgodnie bowiem z § 2 ust. 1 umowy konsorcjum, Inneko sp. z o.o. oraz Laguna sp. z o.o. ustaliły zakres przedmiotowy działalności konsorcjum (wykaz zadań, które będą realizowane przez podmioty). Natomiast § 6 umowy konsorcjum wskazuje, że podział wynagrodzenia pomiędzy podmiotami będzie dokonywany proporcjonalnie do powyższego podziału zadań. Generalnie głównym czynnikiem wpływającym na cenę oferty jest wynagrodzenie uzyskiwane przez wykonawcę. W niniejszym wypadku wysokość wynagrodzenia została uzależniona od podziału zadań pomiędzy konsorcjantami. Jest to działanie bezprawne, albowiem wysokość wynagrodzenia powinna zostać ustalona w oparciu o stawki obowiązujące w RIPOK w ramach zagospodarowania odpadów (co najmniej jako jeden z czynników wpływających na wynagrodzenie). Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy o czystości i porządku w gminach, stawki RIPOK powinny być jednakowe dla wszystkich przedsiębiorców działających na rynku. Inneko sp. z o.o. w dniu 21.03.2018 r. przedstawiła prognozę kosztu zagospodarowania 1Mg zmieszanych odpadów komunalnych, która wyniesie 285 zł (obecnie 280 zł). W rezultacie,

niewuzględnienie w ofercie Konsorcjum stawki 285 zł stanowi uprzywilejowanie Laguna sp. z o.o. wobec innych przedsiębiorców.

i) umożliwieniu Laguna sp. z o.o. otrzymywania znacznie większego wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego z uwagi na możliwość kształtowania przez Inneko sp. z o.o. polityki cenowej na rynku w ramach zagospodarowania odpadów w RIPOK, podczas gdy takiej możliwości Laguna sp. z o.o. by nie posiadała w przypadku wejścia w konsorcjum z innym przedsiębiorcą działającym na rynku.

Inneko sp. z o.o. posiada 100% udziału w rynku lokalnym w zakresie zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych. Natomiast na stronie podmiotowej Laguna sp. z o.o. (www.lagunaspzoo.pl) znajduje się informacja, iż podmiot „*jest jedną z dwu dominujących na rynku regionalnym firm w swej branży.*” Dokonując zsumowania udziałów w rynku każdego z członków konsorcjum należy uznać, iż spełnione są przesłanki do posiadania przez Konsorcjantów pozycji dominującej w rozumieniu art. 4 pkt 10) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Stosownie do art. 9 ust. 2 pkt 5) powyższego aktu prawnego nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na: przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji; Zgodnie z wyrokiem SA w W-wie z 17.03.2015 r., sygn.. akt: VI ACa 539/14): „*Z przeciwdziałaniem warunkom do powstania lub rozwoju konkurencji mamy do czynienia, gdy dominujący przedsiębiorca swoim zachowaniem, które może polegać albo na działaniu albo na zaniechaniu wywołuje określone negatywne skutki dla konkurencji na rynku. Przy czym działanie to nie musi być celowe tzn. nie musi mieć świadomego charakteru a więc nie zależy ani od intencji przedsiębiorcy dominującego, ani od tego, czy miał on świadomość naruszenia*”. W omawianym przypadku działaniem jest zawarcie przez RIPOK (Inneko sp. z o.o.) umowy konsorcjum z jednym z przedsiębiorstw prywatnych Laguna sp. z o.o. powodujące uprzywilejowanie przedsiębiorstwa Laguna sp. z o.o. względem innych wykonawców (vide argumentacja powyżej), w tym poprzez zmniejszenie ryzyk po stronie przedsiębiorstwa, możliwość zaoferowania niższej ceny w przetargu, spowodowanie możliwości uzyskiwania przez Laguna sp. z o.o. nieporównywalnie wyższego wynagrodzenia niż w przypadku, gdyby Laguna sp. z o.o. wystartowała w postępowaniu w konsorcjum z innym przedsiębiorcą - z uwagi na możliwość kształtowania przez Inneko sp. z o.o. polityki cenowej na rynku za zagospodarowanie odpadów w RIPOK. Powyższe jednocześnie spełnia przesłanki zakazanej w świetle Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej pomocy publicznej, w szczególności art. 107. Opisana w niniejszej sprawie pomoc publiczna ma niewątpliwie wpływ na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi, bowiem dotyczy rynku, na którym mogą i są zainteresowane funkcjonować przedsiębiorstwa z innych

Państw Członkowskich. Przedstawione wyżej okoliczności wskazują, iż zostały naruszone w szczególności następujące przepisy prawa ochrony konkurencji:

a) w ramach zarzutu numer 4:

- art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. z 2017 r., poz. 229 ze zm.) zwanej dalej: „UoOKiK”. Zgodnie z wyrokiem KIO z 09.03.2017 r. (KIO 352/17): *„Dla wykazania istnienia zmowy przetargowej nie jest możliwe i wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny czyn. Wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej.”*
- art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 oraz art. 9 ust. 2 pkt 5) UoOKiK,
- art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z 2018 r., poz. 419 ze zm.) zwanej dalej: „UZNK”,

b) w ramach zarzutu numer 6:

- art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 UZNK,

c) w ramach zarzutu numer 9:

- art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 KC i art. 353 1 KC w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 UZNK oraz art. 9 ust. 1, art. 9 ust. 2 pkt 5), art. 6 ust. 1 pkt 7) UoOKiK - jako że oferta narusza określone przepisy z zakresu ochrony konkurencji (sprzeczność ze wskazanymi ustawami), jak również jest niezgodna z zasadami współżycia społecznego, wobec czego jako czynność prawna pozostaje nieważna (co dotyczy również stosunku prawnego na podstawie umowy konsorcjum pomiędzy Inneko sp. z o.o. oraz Laguna sp. z o.o.). Ponadto zgodnie z wyrokiem KO z 14.03.2017 r., sygn. akt: KIO 353/17): *„Art. 89 ust. 1 pkt 8 nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Orzecznictwo wskazuje, że wadliwość reprezentacji wykonawcy przy złożeniu oferty powoduje nieważność samej oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r. w sprawie XXIII Ga 1072/15). Tym bardziej więc oferta złożona przez wykonawców, których wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia jest niedopuszczalne, dotknięta jest sankcją nieważności bezwzględnej (art. 58 § 1 k.c.), gdyż sanowanie podmiotowej niedopuszczalności kontraktowania w tej sytuacji nie jest możliwe.”* W niniejszej sprawie zachodzi identyczna nieważność, lecz z uwagi na naruszenia przepisów o zachowaniu uczciwej konkurencji. W dalszej części orzeczenie wskazuje również, że umowa

konsorcjum występującego wspólnie w zamówieniu publicznym podlega weryfikacji co do zgodności z art. 353¹ KC i nie może naruszać prawa.

III. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu: Zgodnie z treścią SIWZ, wykonawcy muszą dysponować odpowiednim potencjałem technicznym w zakresie umożliwiającym odbieranie i transport odpadów komunalnych - tj. specjalnymi pojazdami. Natomiast wykonawcy działający w Konsorcjum:

a) posiadają pojazdy (które wskazali w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu) wyłącznie na podstawie umów leasingu, których okres obowiązywania podlegać powinien weryfikacji pod kątem możliwości zakończenia się przed zakończeniem terminu realizacji zamówienia publicznego (co wpływać będzie na brak dysponowania właściwą flotą pojazdów), jak również

b) wskazali na dysponowanie takimi samymi pojazdami w różnych zamówieniach publicznych (których termin realizacji pokrywa się czasowo), tj. w niniejszym postępowaniu (tzn. sektor III), jak i postępowaniu numer RGW.271.1.4.2018 pn. *„Odbieranie oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora II Związku Celowego Gmin MG-6”* (tzn. sektor II). Ponadto pojazd wskazany przez Odwołujących w załączniku nr 11 do SIWZ (Volvo CB721 GW) obecnie służy już do realizacji przedmiotu zamówienia zorganizowanego przez Celowy Związek Gmin SG05 pn. *„Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie gmin: Strzelce Krajeńskie, Dobiegniew, Zwierzyn, Stare Kurowo w okresie 24 miesięcy”* (Nr TED: 2017/S 250-528743). Okoliczności te wskazują na brak faktycznej możliwości realizacji przez Konsorcjum niniejszego zamówienia, albowiem pojazdy nie mogą fizycznie w jednej chwili realizować dwóch zamówień publicznych na raz. Oferta złożona przez Konsorcjum jest w rezultacie niezgodna z SIWZ, co powinno powodować jej odrzucenie.

Powyższe wskazuje, że wykonawcy działający w formie Konsorcjum wprowadzili Zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dysponowaniem odpowiednim potencjałem do jego realizacji. Dotyczy to w szczególności:

a) część III JEDZ Podstawy wykluczenia - m. in. str. 9 JEDZ w zakresie pytania o porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji, str. 10 JEDZ w zakresie pytania o wprowadzenie Zamawiającego w błąd oraz podstaw wykluczenia o charakterze krajowym,

b) część IV JEDZ Kryteria kwalifikacji w tabeli „a: *Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji*” na str. 11 JEDZ.

Wykonawcy działający w Konsorcjum udzielili nieprawdziwych informacji w ramach powyższych pytań. Oznacza to, iż powinni zostać wykluczeni z postępowania również na takiej podstawie, a złożona oferta odrzucona.

Nadto, po zacytowaniu fragmentu orzeczenia KIO o sygn. akt: KIO 1232/18 Odwołujący stwierdził, iż KIO nie może dokonać oceny w powyższym zakresie, ponieważ co do zasady dokonuje oceny zaskarżonych działań Zamawiającego, a nie działań podejmowanych przez wykonawców. W rezultacie, również KIO zwróciła uwagę na to, czy oferta Konsorcjum w powyższym zakresie była prawidłowa. Przedstawione wyżej okoliczności wskazują, iż zostały naruszone w szczególności następujące przepisy:

a) w ramach zarzutu numer 1:

- art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp,

b) w ramach zarzutu numer 2:

- art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp,

c) w ramach zarzutu numer 3:

- art. 87 ust. 1 Pzp,

d) w ramach zarzutu numer 5:

- art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp,

e) w ramach zarzutu numer 7:

- art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp,

f) w ramach zarzutu numer 9:

- art, 89 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 353¹ KC oraz art. 387 § 1 KC z uwagi na zawarcie w ofercie oświadczenia o świadczenie, którego realizacja jest niemożliwa, co powoduje nieważność wszelkich oświadczeń woli złożonych w ramach tak ukształtowanego, wadliwego stosunku prawnego.

IV. Nieważność jednostronnej czynności prawnej Inneko sp. z o.o.: Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy o czystości i porządku w gminach, Inneko sp. z o.o. zobowiązana jest do zawarcia z podmiotem odbierającym odpady komunalne umowy na zagospodarowanie odpadów (vide również Rozdział XVII. pkt. 1 ppkt 5) SIWZ na str. 21). W rezultacie, wybór Inneko sp. z o.o. spowoduje istnienie w obrocie prawnym dwóch podstaw działalności Inneko sp. z o.o., tj. umowy konsorcjum (której stronami są Inneko sp. z o.o., oraz Laguna Sp. z o.o.) z jednej strony, a z drugiej umowy z podmiotem odbierającym odpady. Kluczowe jest zatem pytanie, czy w ogóle możliwe jest zawarcie umowy określonej w art. 9 I ust. 1 ? Umowa taka musiałaby zostać zawarta przez Inneko sp. z o.o. (jako RIPOK) oraz konsorcjum Inneko/Laguna (jako podmiot dostarczający odpady). Zatem, Inneko musiałaby wystąpić w podwójnej roli - taka umowa obarczana byłaby sankcją nieważności na podstawie art. 58 KC. Ponadto niepewność sytuacji prawnej podmiotu może przybrać bardziej rażący charakter - w przypadku realizacji sytuacji określonej w § 9 ust. 6 umowy konsorcjum, która przewiduje możliwość samodzielnej realizacji całości zamówienia publicznego przez Inneko sp. z o.o. Opisane wyżej okoliczności powodują, iż Inneko sp. z o.o. będzie zobowiązana do

zawarcia umowy z art. 91 ust. 1 ustawy o czystości i porządku w gminach z samym sobą, co będzie rażącym naruszeniem podstawowych norm prawnych, stawiającym w wątpliwość możliwość sprawnej realizacji gospodarki odpadami na terenie objętym zamówieniem publicznym. Przedstawione wyżej okoliczności wskazują, iż zostały naruszone w szczególności następujące przepisy:

a) w ramach zarzutu numer 9:

- art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 KC oraz ad. 353¹ KC z uwagi na fakt, iż oferta stanowi oświadczenie woli, którego przedmiot obarczony jest wadą nieważności, związaną z brakiem możliwości zawarcia w niniejszym stanie faktycznym umowy z samym sobą (nieważność jednostronnej czynności prawnej).

V. Braki w dokumentacji oraz brak wezwania przez zamawiającego do uzupełnień lub udzielenia wyjaśnień: Przedstawione przez Konsorcjum dokumenty JEDZ zawierają znaczne ilości błędów. Oznacza to, iż Zamawiający zobowiązany był do wezwania Konsorcjum do złożenia oświadczeń lub dokumentów - w celu eliminacji niekompletności oraz pomyłek. Błędy i omyłki dotyczyły w szczególności następujących okoliczności (których uchybienie jest jednoznaczne z niezgodnością JEDZ z SIWZ):

a) w ramach JEDZ złożonego przez Inneko sp. z o.o.:

- str. 12 JEDZ - brak w pkt lb) średniego obrotu i liczby lat,
- str. 13, 14, 15 JEDZ - brak wskazania jakichkolwiek referencji,

b) w ramach JEDZ złożonego przez Laguna sp. z o.o.:

- str. 11 JEDZ - brak wskazania, czy podmiot figuruje w odpowiednim rejestrze zawodowym lub handlowym, str. 12 JEDZ - brak w pkt lb) średniego obrotu i liczby lat,
- str. 15 JEDZ - brak wskazania wielkości średniego rocznego zatrudnienia.

Podkreślił, iż JEDZ podlega obowiązkowego uzupełnieniu. Przywołał uchwałę z 10.05.2018 r., sygn. akt: KIO/KD 17/18. Ponadto podkreślił, iż Zamawiający m. in. w toku rozprawy przed KIO w sprawie niniejszego zamówienia publicznego (KIO 1232/18), pozyskał informację na temat tego, że Konsorcjum realizuje za pośrednictwem wskazanych w niniejszym postępowaniu pojazdów również inne zamówienie publiczne. W rezultacie, posiadając tego rodzaju wiedzę, powinien przed ponowną oceną ofert zażądać od Konsorcjum dodatkowych dokumentów lub wyjaśnień w sprawie. Jak już zostało wspomniane, Zamawiający był zobligowany do dokonania tego rodzaju czynności weryfikacyjnych. Ich brak wskazuje na to, iż Zamawiający nie odniósł się w jakikolwiek sposób do uzasadnienia wyroku, poprzestając jedynie na ogólnej realizacji pkt 1. orzeczenia.

Przedstawione wyżej okoliczności wskazują, iż zostały naruszone w szczególności następujące przepisy:

a) w ramach zarzutu numer 10:

- art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25a ust. 1 Pzp, a w rezultacie art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp z uwagi na brak żądania wyjaśnień lub dokumentacji w zakresie błędów lub braków w JEDZ,
- art. 26 ust. 3 Pzp, a w rezultacie art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp z uwagi na niewezwanie Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień lub złożenia dokumentów po uzyskaniu przez Zamawiającego wiedzy o realizacji przez Konsorcjum za pośrednictwem wskazanych w niniejszym zamówieniu pojazdów również w ramach innego zamówienia publicznego.

VI. Naruszenie bezpieczeństwa publicznego oraz istotnego interesu bezpieczeństwa państwa: Wskazane w niniejszym odwołaniu zarzuty prowadzą do niezwykle doniosłej konkluzji, zgodnie z którą realizacja niniejszego zamówienia przez Konsorcjum przyczyni się do wystąpienia następujących okoliczności:

- a) unicestwienia konkurencji z objętego zamówieniem rynku odpadów, która zostanie całkowicie pozbawiona możliwości zarobkowych,
- b) upadłości/ rozwiązania innych przedsiębiorców, którzy do tej pory w sposób sumienny, uczciwy i zgodny z prawem świadczyli usługi odbioru i zagospodarowania odpadów,
- c) zmniejszenia jakości świadczonych usług (z uwagi na wykluczenie konkurencji z rynku),
- d) zwiększenia cen rynkowych odbioru i zagospodarowania odpadów (za którą to nadwyżkę będą zobowiązani zapłacić mieszkańcy),
- e) istnienia w obrocie prawnym sytuacji niedopuszczalnych z punktu widzenia demokratycznego państwa prawa, polegających na zawieraniu przez RIPOK umów z samym sobą, polepszaniu sytuacji gospodarczej własnych spółek komunalnych ze szkoda dla prywatnych przedsiębiorców, przy wykorzystaniu zależności strukturalnych, kapitałowych w ramach administracji samorządowej,
- f) ryzyka przerwania (lub nawet nierozpoczęcia) świadczenia przez Konsorcjum usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z uwagi na niespełniania warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność ta prowadzi do szczególności do zalegania odpadów komunalnych m. in. w gospodarstwach domowych, przez co diametralnie zwiększone zostaje ryzyko wystąpienia zagrożenia epidemiologicznego, rozwoju szkodników przenoszących choroby, zanieczyszczenia gleby oraz zbiorników wodnych (w tym wód głębinowych). Powyższe wpłynie na zagrożenie zdrowia i życia ludzkiego,

Powyższe okoliczności wskazują jednoznacznie, iż przyjęcie oferty będzie zagrażać bezpieczeństwu publicznemu oraz istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa, których nie będzie można zagwarantować w inny sposób. Przedstawione wyżej okoliczności wskazują, iż zostały naruszone w szczególności następujące przepisy:

- a) w ramach zarzutu numer 8:
 - art. 89 ust. 1 pkt 7d Pzp.

Zamawiający w dniu 03.08.2018 r. (opublikował na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 06/07.08.2018 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP oraz mailem) Konsorcjum Laguna zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Dokumenty rejestrowe oraz pełnomocnictwo z 06.08.2018 r. udzielone przez lidera konsorcjum zostało przesłane z uwagi na awarie ePUAP zwykłą pocztą e-mailową.

W dniu 20.08.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Laguna złożyło pismo procesowe Przystępującego. Kopia została przekazana stronom na posiedzeniu. Pismem zostało podpisane przez osobę umocowaną zgodnie z pełnomocnictwem z 20.08.2018 r złożonym na posiedzeniu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na II pozycji, w wypadku potwierdzenia zarzutów wobec Przystępującego ma szansę na uzyskanie zamówienia w tych zadaniach.

Izba uznała skuteczność zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego - Konsorcjum Laguna Sp. z o.o., oddalając wniosek Odwołującego w tym zakresie sformułowany na posiedzeniu. Izba z urzędu wzięła pod uwagę wiedzę, zgodnie z którą awaria systemu ePUAP miała miejsce w okresie, kiedy zgłaszający przystąpienie próbował przystąpić do postępowania odwoławczego. Awaria nie miała charakteru przejściowych problemów, ale charakter stały. Nadto, wobec znajdowania się w dokumentacji postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1232/18 pełnomocnictwa z 19.06.2018 r. (Izba zaliczyła niniejsze pełnomocnictwo w poczet materiału dowodowego, kierując się m.in. tym,

że Zamawiający nie przesłał w ogóle Izbie dokumentacji do aktualnego postępowania odwoławczego, a w toku ówczesnego postępowania dowodowego złożone także dowody istotne dla przedmiotowego sporu), Izba uznała że została zachowana - ciągłość umocowania.

Nadto, wymaga podkreślenia, że kwestia zmiany lidera konsorcjum była przedmiotem rozpoznania przez KIO w ramach wyroku z 09.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1232/18 (str. 10-11 uzasadnienia). Izba jest związana niniejszym wyrokiem, jak i podziela przedstawione tam stanowisko.

W zakresie wniosku Zamawiającego popartego przez Przystępującego o odrzućenie odwołania na podstawie - art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uznała niniejszy wniosek za niezasadny i podlegający oddaleniu.

Po pierwsze, w ocenie Izby konieczne jest wskazanie na wyrok KIO z 09.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1232/18 gdzie stwierdzono, iż: *„(...) okoliczności podnoszone przez Przystępującego a dotyczące ewentualnego wykorzystywania pojazdów na potrzeby innego zamówienia czy zaoferowanie tożsamyh pojazdów w innym postępowaniu pozostaje bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy, bowiem ocenie Izby podlegają zaskarżone czynności Zamawiającego w postępowaniu.”*

Po drugie, w ramach ówczesnego stanu faktycznego – aktualny Odwołujący był Przystępującym i mimo formułował zarzuty w ramach zgłoszonego przystąpienia - pismo z 3 lipca 2018 r., str. 13 i 14, nie mogły być one przedmiotem rozpoznania. Zgodnie bowiem z art. 185 ust. 2 Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Przystąpienie dotyczy zatem przyłączenia się do postępowania wszczętego wniesieniem konkretnego odwołania zawierającego określone zarzuty i żądania dotyczące czynności lub zaniechania zamawiającego (podobnie za wyrokiem KIO z 12.05.2016 r., sygn. akt: KIO 678/16).

Po trzecie, Izba uznała, że ewentualne formułowanie własnego odwołania przez ówczesnego Przystępującego, a aktualnie Odwołującego było niecelowe, gdyż w ramach poprzedniego wyboru oferty najkorzystniejszej ówczesny Przystępujący, obecny Odwołujący miał najkorzystniejszą ofertę, która została wybrana – czynnością z 11.06.2018 r. W tym zakresie przywołując liczne orzecznictwo KIO, wskazujące na brak interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (wyrok KIO z 10.05.2016 r., sygn. akt: KIO 643/16; wyrok KIO z 06.11. 2015 r. KIO 2318/15; wyrok KIO z 04.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1708/14; wyrok KIO z 11.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1557/14; wyrok KIO z 30.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2640/14, sygn. akt:

KIO 2651/14, sygn. akt: KIO 2652/14; wyrok KIO z 04.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1708/14; wyrok KIO z 21.02.2013 r., sygn. akt: KIO 272/13, sygn. akt: KIO 285/13).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 1232/18 oraz KIO 1539/18, w tym w szczególności treści ogłoszenia, postanowienia SIWZ, zał. nr 1 do SIWZ - SOPZ oraz wzoru umowy, jak i całą ofertę Przystępującego (w tym dołączone do niej pełnomocnictwo z 16.05.2018 r.), uzupełnienie z 24.05.2018 r. dokonane przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego z 23.05.2018 r.

W ramach dokumentacji w sprawie o sygn. akt: KIO 1232/18 – Izba zaliczyła w poczet materiały dowodowego na wniosek Odwołującego z rozprawy – kopie umowy konsorcjum z 18.05.2018 r. [w tym wypadku znajdowała się jedynie w aktach sprawy – 1, 2 strona /od § 1 do 4 ust.1 lit. a i częściowo b/ oraz ostatnia strona umowy /od § 9 ust. 3 pkt 2 do § 11/, przy czym Izba oparła się w brakujących elementach na treści paragrafów przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu, czy też w drugim wniosku o otwarcie na nowo rozprawy z 28.08.2018 r., gdyż ani Zamawiający, ani Przystępujący nie kwestionowali treści umowy konsorcjum przywoływanej przez Odwołującego] oraz aneks nr 1 z 18.06.2018 r. Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego pełnomocnictwo z 06.08.2018 r. złożone na posiedzeniu przez Przystępującego, jak i pełnomocnictwo złożone w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 1232/18 na które powołał się także Przystępujący dodatkowo w toku posiedzenia.

Jednocześnie, Izba wzięła pod uwagę informacje ogólnie dostępną - ogłoszenie Dz. Urz. O. P. W. E. za nr 2018/S 072 - 159970 z 13.04.2018 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

a) KRS Ragn-Sells Polska Sp. z o.o., b) KRS Remondis Północ Sp. z o.o., c) Prognoza Inneko Sp. z o.o. z 21.03.2018 r., d) Referencje Laguna Sp. z o.o., e) Polisa Inneko Sp. z o.o. oraz polisa Laguna Sp. z o.o., f) Potwierdzenie transakcji wpłaty wadium, g) Załącznik nr 4 do SIWZ na Sektor III, h) Załącznik nr 11 do SIWZ na Sektor III, i) Załącznik nr 11 do SIWZ na Sektor II, j) Fotografie pojazdu Volvo o numerze rej. CB721 GW realizującego inne zamówienie publiczne (4x), k) JEDZ złożony przez Inneko Sp. z o.o., l) JEDZ złożony przez Laguna Sp. z o.o.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- a) wystąpienie pokontrolne NIK nr LWR410102405/2014;
- b) zestawienie własne konsorcjów, w skład których wchodzi RIPOKi, dotyczy to obszaru Wrocławia;
- c) 12 kopii umów zawartych przez RIPOK z innymi przedsiębiorstwami przekazującymi odpady komunalne z okresu 2014-2018;
- d) 3 prognozy dotyczącej ewentualnej zmiany stawek kierowanych przez RIPOK (z 21.03.2018 r.).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do zgłoszonego przystąpienia przez Przystępującego:

- a) KRS Laguna Sp. z o.o.,
- b) KRS Inneko Sp. z o.o.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Przystępującego:

- a) zestawienie własne dotyczące firmy Remondis wskazujące, który spółki z grupy zajmują się nie tylko transportem, ale również tym, czym zajmuje się RIPOK;
- b) umowę leasingu operacyjnego (OH) Nr 5208/Gw/17 z 16.10.2017 r.;
- c) ogłoszenia o udzielenia zamówienia na Sektor II (Dz. Urz. O. P. W. E. za nr 2018/S 130 - 297032 z 10.07.2018 r.);
- d) dokumenty w zakresie przywołanego w odwołaniu zamówienia tzw. SG05 (wykaz dysponowanego sprzętu /Laguna Sp. z o.o./; umowa o podwykonawstwo z 03.04.2018 r., ogłoszenie o zamówieniu - Dz. Urz. O. P. W. E. za nr 2017/S 250 - 528743 z 30.12.2017 r.);
- e) aneks nr 2 z 08.08.2018 r. do umowy konsorcjum z dnia 18 maja 2018 r. wraz z załącznikami.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie i przystąpienie, pismo procesowe Przystępującego, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu. Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, że przedstawione przez Konsorcjum dokumenty nie wskazują na istnienie wystarczającego potencjału po stronie Konsorcjum, co przejawia się w niewłaściwym dysponowaniu pojazdami dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego, albowiem:

a) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum zostały jednocześnie zaoferowane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez co jednoczesna realizacja niniejszego zamówienia publicznego z ich wykorzystaniem jest niemożliwa,

b) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum są w jego posiadaniu wyłącznie na podstawie umów leasingu, których wygaśnięcie przed terminem zakończenia realizacji zamówienia oznaczać będzie niedysponowanie przez Konsorcjum stosownym potencjałem,

2. art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, którego uczestnicy w celu uzyskania zamówienia, złożyli nieprawdziwe oświadczenia w postępowaniu, co dotyczy podania nieprawdziwych informacji w dokumentacji JEDZ w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem oraz spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Konsorcjum nie dysponuje tego rodzaju potencjałem oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na to, iż:

a) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum zostały jednocześnie zaoferowane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez co jednoczesna realizacja niniejszego zamówienia publicznego z ich wykorzystaniem jest niemożliwa,

b) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum są w jego posiadaniu wyłącznie na podstawie umów leasingu, których wygaśnięcie przed terminem zakończenia realizacji zamówienia oznaczać będzie niedysponowanie przez Konsorcjum stosownym potencjałem,

3. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień wobec ujawnienia okoliczności wskazujących na wątpliwość co do możliwości realizacji przez Konsorcjum przedmiotu zamówienia z zaoferowanym potencjałem, w szczególności w zakresie pozyskanych informacji o tym, iż:

a) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum zostały jednocześnie zaoferowane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez co jednoczesna realizacja niniejszego zamówienia publicznego z ich wykorzystaniem jest niemożliwa,

b) pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum są w jego posiadaniu wyłącznie na podstawie umów leasingu, których wygaśnięcie przed terminem zakończenia realizacji zamówienia oznaczać będzie niedysponowanie przez Konsorcjum stosownym potencjałem,

4. art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która jest niezgodna z ustawą z uwagi na następujące okoliczności:

a) istnienie pomiędzy członkami Konsorcjum zmowy przetargowej, której skutkiem jest rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji na rynku i równego traktowania wykonawców,

b) nadużycie przez Konsorcjum pozycji dominującej na rynku, którego skutkiem jest rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji na rynku i równego traktowania wykonawców,

c) utrudnianie przez Konsorcjum dostępu innym wykonawcom do rynku, którego skutkiem jest rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji na rynku i równego traktowania wykonawców,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która jest niezgodna z SIWZ z uwagi na następujące okoliczności:

a) niespełnianie przez członków Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niedysponowanie stosownym potencjałem, albowiem pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum zostały jednocześnie zaoferowane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez co jednoczesna realizacja niniejszego zamówienia publicznego z ich wykorzystaniem jest niemożliwa,

b) niespełnianie przez członków Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niedysponowanie stosownym potencjałem, albowiem pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum są w jego posiadaniu wyłącznie na podstawie umów leasingu, których wygaśnięcie przed terminem zakończenia realizacji zamówienia oznaczać będzie niedysponowanie przez Konsorcjum stosownym potencjałem,

6. art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na utrudnianie przez Konsorcjum dostępu innym wykonawcom do rynku, którego skutkiem jest rażąco naruszenie zasad uczciwej konkurencji na rynku i równego traktowania wykonawców,

7. art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, którego członkowie podlegali wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, jak również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, z uwagi na następujące okoliczności:

a) niespełnianie przez członków Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niedysponowanie stosownym potencjałem, albowiem pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum zostały jednocześnie zaoferowane w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez co jednoczesna realizacja niniejszego zamówienia publicznego z ich wykorzystaniem jest niemożliwa oraz podania nieprawdziwych informacji w dokumentacji JEDZ w powyższym zakresie, podczas gdy Konsorcjum nie dysponuje tego rodzaju potencjałem oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

b) niespełnianie przez członków Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niedysponowanie stosownym potencjałem, albowiem pojazdy zaoferowane przez Konsorcjum są w jego posiadaniu wyłącznie na podstawie umów leasingu, których wygaśnięcie przed terminem zakończenia realizacji zamówienia oznaczać będzie niedysponowanie przez Konsorcjum stosownym potencjałem oraz podania nieprawdziwych informacji w dokumentacji JEDZ w powyższym zakresie, podczas gdy Konsorcjum nie dysponuje tego rodzaju potencjałem oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

8. art. 89 ust. 1 pkt 7d) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której przyjęcie narusza bezpieczeństwo publiczne oraz istotny interes bezpieczeństwa państwa,

z uwagi na: a) naruszenia przez Konsorcjum zasad uczciwej konkurencji na rynku, b) nadużycie pozycji dominującej, c) utrudnianie dostępu innym przedsiębiorcom do rynku, d) brak możliwości prawidłowej realizacji zamówienia publicznego przez Konsorcjum.

9. art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z ad. 58 § 1 i 2 i art. 353¹ oraz art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. z 2017 r., poz. 459 ze zm., dalej: „KC”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która obarczona jest nieważnością z uwagi na: a) jej sprzeczność z zasadami uczciwej konkurencji na rynku, b) nadużycie przez Konsorcjum pozycji dominującej, c) utrudnianie przez Konsorcjum dostępu innym przedsiębiorcom do rynku, d) brak możliwości prawidłowej realizacji zamówienia publicznego z uwagi na określenie w ofercie świadczenia niemożliwego do wykonania (dysponowanie przez Konsorcjum pojazdami wyłącznie na podstawie umów leasingu oraz udostępnianie pojazdów również w ramach innych zamówień publicznych), wobec czego oferta Konsorcjum odnosi się do świadczenia pierwotnie niemożliwego do wykonania, e) wystąpienie w przedmiocie oświadczenia woli dotyczącego oferty czynności prawnej z samym sobą (nieważność jednostronnej czynności prawnej),

10. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez niedokonanie obowiązkowego wezwania Konsorcjum do złożenia określonych oświadczeń lub dokumentów mimo, iż

a) złożone przez Konsorcjum dokumenty w zakresie oświadczenia JEDZ cechowały się wysokim stopniem niekompletności oraz znaczną ilością błędów,

b) Zamawiający pozyskał informacje poddające w wątpliwość spełnianie przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu oraz dysponowanie niezbędnym ku temu potencjałem, albowiem przekazane zostało Zamawiającemu, iż Konsorcjum realizuje za pośrednictwem wskazanych w niniejszym postępowaniu pojazdów również inne zamówienie publiczne, co powoduje brak faktycznej możliwości realizacji również niniejszego zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, przystąpienia, pisma procesowego Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Przystępującego oraz ich oceny w kontekście przepisów przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu. Nadto, oceny określonych zaniechań ze strony Zamawiającego, które w ocenie Zamawiającego winien podjąć Zamawiający w związku z zaistniałymi okolicznościami. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanego zarzutu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu ósmego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym wypadku, Izba podzieliła w całości stanowisko Przystępującego z jego pisma procesowego. W ocenie Izby, niniejszy przepis – art. 89 ust.1 pkt 7 d Pzp – nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym. Adekwatne jest stanowisko przytoczone przez Przystępującego za opinią Prezesa UZP, mimo że archiwalną jak najbardziej adekwatną („*Wyłączenie ustawy przy zamówieniach na uzbrojenie, objętych tajemnicą państwową oraz jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa*”: źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/wylaczenie-ustawy-przy-zamowieniach-na-uzbrojenie-objetych-tajemnica-panstwowa-oraz-jezeli-wymaga-tego-istotny-interes-bezpieczenstwa-panstwa>) – „*Przepis art. 4 pkt 5 ustawy zawiera pojęcie niedookreślone - "istotny interes bezpieczeństwa państwa". Jego interpretacji powinien dokonywać zamawiający w procesie stosowania prawa, mając na uwadze okoliczności faktyczne danej sprawy. Ważne w procesie stosowania pojęć nieostrych jest to, aby miały one podstawę aksjologiczną, z której wynika konkretny normatywny imperatyw. Pojęcie nieostre nie może być traktowane jak pojęcie, które stwarza możliwość traktowania go w sposób dowolny. Na organach stosujących prawo ciąży więc obowiązek identyfikacji ich treści z uwzględnieniem wartości i standardów konstytucyjnie chronionych [2]j. W opinii Urzędu, z zamówieniem dotyczącym istotnego interesu bezpieczeństwa państwa będziemy mieli do czynienia w szczególności, gdy dotyczy ono takich wartości jak suwerenność, międzynarodowa pozycja, niepodległość, nienaruszalność terytorium, obronność państwa.*”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu dziesiątego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Należy podkreślić, że Odwołujący przy formułowaniu zarzutu zupełnie pominął okoliczność wezwania przez Zamawiającego w dniu 23.05.2018 r. i dokonanego uzupełnienia przez Przystępującego – w postaci oświadczenia JEDZ-a członka konsorcjum, lidera Laguna Sp. z o.o. złożonego 24.05.2018 r. Względem zaś, szczegółowych kwestii wskazanych w odwołaniu. Oдноśnie Laguna Sp. z o.o.: a) przywołana str.11 JEDZ-a została uzupełniona 24.05.2018 r. w zakresie wskazanego braku w odwołaniu; b) str. 12 JEDZ-a – zarzut jest chybiony – wymóg dotyczył bowiem rocznego -1a), a nie średniego obrotu 1b); c) str.15 JEDZ-a – względem średniego rocznego zatrudnienia, w tym wypadku nie było w ogóle wymogu dotyczącego kwestii zatrudnienia; Oдноśnie Inneko Sp. z o.o.: a) str. 12 JEDZ-a - zarzut jest chybiony – wymóg dotyczył bowiem rocznego -1a), a nie średniego obrotu 1b); b) 13, 14, 14 - zarzut jest nietrafny – Odwołujący bowiem nie dostrzegł, że to Laguna Sp. z o.o. wykazywała się stosownym doświadczeniem w ramach przedmiotowego Konsorcjum.

W rezultacie zarzut nie był zasadny; tak w zakresie pierwszej (art. 26 ust.3 Pzp w zw. z art. 25a ust.1, a w rezultacie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – wobec

nie stwierdzenia błędów i braków w JEDZ-u oraz dokonanego uzupełnienia 24.05.2018 r.), jak i drugiej dodatkowej podstawy prawnej (art. 26 ust.3 Pzp, a w rezultacie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) wskazanej używając nomenklatury i wyliczenia zastosowanego przez Odwołującego w jego odwołaniu na str. 19 odwołania. W zakresie tej drugiej podstawy – z uwagi na okoliczności, na które Izba wskazuje przy rozpatrywaniu kwestii pojazdów, w dalszej części uzasadnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów dotyczących kwestii wykazywania tych samych pojazdów w postępowaniu dla Sektora II i III, jak i dla postępowania przetargowego tzw. SG05, Izba uznała zarzuty w tym zakresie za niezasadne i podlegające oddaleniu.

W zakresie kwestii leasingu, Izba wskazuje za orzeczeniem o sygn. akt: KIO 1232/18 – umowy leasingu nie podlegały badaniu, ani ocenie dokumenty w postaci tych umów, Zamawiający nie mógł również w toku oceny żądać ich okazania. W rezultacie, Zamawiający był związany orzeczeniem Izby w tym zakresie, ale także aktualnie obecny skład jest związany tym wyrokiem. Wszelkie więc zarzuty w tym zakresie Odwołującego są niezasadne.

Jednocześnie podzieliła stanowisko wynikające z wyroku KIO z 26.03.2018 r., sygn. akt: KIO 457/18 stwierdzając za wyrokiem KIO z 17.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1379/14, że: *„Przyjęcie argumentacji (...) musiałyby prowadzić do stwierdzenia, iż z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego nie mielibyśmy do czynienia jedynie w przypadku wykazania się przez wykonawcę prawem własności wymaganego sprzętu. Należy zauważyć, iż przez umowę dzierżawy, wdzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wdzierżawiającemu umówiony czynsz. Analogicznie w przypadku umowy leasingu leasingodawca oddaje rzecz leasingobiorcy do używania albo do używania i pobierania pożytków za umówione wynagrodzenie. Tym samym w ocenie Izby zarówno umowa dzierżawy jak i umowa leasingu zapewniają Odwołującemu wystarczający tytuł do dysponowania wskazanymi autobusami. Izba wskazuje, iż wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą (wskazanymi autobusami) brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp. Należy zwrócić uwagę, iż powszechnym jest, że wykonawcy nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi np., jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. W ocenie Izby istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu Pzp i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, aby*

można było mówić o udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp należałoby wykazać, iż np. najem rzeczy związany jest z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego na okres niezbędny do jego wykonania.". Podobnie w wyroku z 08.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2447/14".

Jednakże, mimo tych okoliczności Przystępujący przedłożył dowód na rozprawie, gdzie wykazał, że jest to leasing z wykupem w zakresie pojazdu EURO-5 wykazanego na potwierdzenie wymogu Zamawiającego sformułowanego w SIWZ.

Jednocześnie, Przystępujący wykazał dowodami złożonymi na rozprawie, że nie uzyskał zamówienia w postępowaniu przetargowym na Sektor II, wykazał także dowodami, że w postępowaniu przetargowym tzw. SG05 „wymagano 2 pojazdy, a wykazano 4”, istnieje więc możliwość ewentualnego przekierowania na potrzeby niniejszego przetargu, jest też tam, co wykazał Odwołujący dowodem w postaci - umowy z podwykonawcą – podwykonawca, który zgodnie z § 5 ust. 3 tej umowy jest także zobowiązany do realizacji tamtego zamówienia „sprzętem właściwym dla danych usług”. Nadto, w postępowaniu przetargowym SG05 nie było identyfikacji, jak w niniejszym postępowaniu (także złożył dowód ogłoszenie o zamówieniu na ta okoliczność).

Z umowy Zamawiającego z przyszłym Wykonawcą wynika (wzoru umowy – zał. nr 8 do SIWZ) – tak możliwość zastąpienia pojazdu (pojazd zastępczy - § 4 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy), kontrolowanie pojazdów przez Zamawiającego w wielu aspektach – co jest związane z wysokimi karami umownymi (np.: § 11 ust.1 pkt 5; § 11 ust. 2 pkt 12, 17 i 18 wzoru umowy), jak i generalnej kontroli – stosowanych sprzętów i urządzeń (§ 16 ust.1 zdanie pierwsze - wzoru umowy), dopuszczalne jest podwykonawstwo (§ 9 ust. 1 wzoru umowy), a nawet zmiana w tym zakresie (§ 9 ust. 4 wzoru umowy).

Dodatkowo, Izba podkreśla, że zgodnie z orzeczeniem o sygn. akt: KIO 1232/18 – stwierdzono nadwyżkę w zakresie pojazdów EURO 5 – wymóg dotyczył jednego, a ostatecznie do punktacji wykazano 2 – a „2 inne zawierały błędy w tablicach rejestracyjnych”.

Należy również podkreślić, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zastrzegł wyłączności w zakresie wykazywanego sprzętu, w tym wypadku pojazdów, jak i nie skorzystał z możliwości jakie daje art. 22 d ust. 2 Pzp (który ma charakter fakultatywny).

Przy czym, za ostatecznie rozstrzygające Izba uznała, istotną kwestie tego rodzaju, że jak wynika, z wzoru umowy (§ 1 ust. 7 pkt 2 wzoru umowy) oraz tzw. SOPZ, czyli Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (zał. nr 1 do SIWZ) istnieje możliwość ewentualnego dostosowania harmonogramu z uwagi na godziny odbioru odpadów między 6-22.00 /Rozdz. III pkt 5, ppkt 5.1. 2) lit. c) i d) – zał. nr 1 do SIWZ – SOPZ (str. 9)/.

Nadto, Izba wskazuje, że podziela generalne prawo Wykonawcy do występowania w kilku postępowaniach przetargowych (Laguna Sp. z o.o. – w postępowaniu przetargowym

tw. SG05 występowała samodzielnie, a nie w konsorcjum), z tym zastrzeżeniem, że każdorazowo należy uwzględniać różne stany faktyczne oraz wymagania Zamawiających, w tym postępowaniu, z uwagi na okoliczności wymienione powyżej nie można takiego działania jakie miało miejsce oceniać negatywnie.

W konsekwencji (używając nomenklatury i wyliczenia zastosowanego przez Odwołującego w jego odwołaniu na str. 17), Izba stwierdza, iż nie ma miejsca naruszenie przez Zamawiającego: art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp (zarzut pierwszy), ani art. 24 ust.1 pkt 16, czy 17 Pzp (zarzut drugi), ani art. 87 ust.1 Pzp (zarzut trzeci), ani art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp (zarzut piąty), jak i art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp (zarzut siódmy – tiret pierwszy), czy też art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust.1 pkt 16, czy 17, jak i 12 Pzp (zarzut siódmy – tiret drugi).

Nadto, Zamawiający nie naruszył – art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 353¹ KC oraz art. 387 § 1 KC (zarzut dziewiąty) – albowiem nie jest to świadczenie niemożliwe do realizacji, chociażby z uwagi na możliwość dostosowania harmonogramu, na co Izba wskazywała powyżej. Podkreślenia przy tym wymaga, że niemożliwość świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 KC dotyczy niemożliwości o charakterze obiektywnym, nie zaś niemożliwości subiektywnej, w tym przypadku leżącej po stronie danego wykonawcy. Niemożliwość świadczenia zachodzi wówczas, gdy świadczenia w ogóle nie można wykonać, nie zaś w sytuacji, gdy dany wykonawca nie jest go w stanie wykonać. Już z tego powodu przedmiotowy zarzut należy uznać za niezasadny. Niezależnie od powyższego, jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, niemożliwość wykonania świadczenia przez Przystępującego nie została wykazana (podobnie w wyroku KIO z 07.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1439/18).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutów dotyczących wejścia Inneko Sp. z o.o. (obsługującego jednocześnie RIPOK) w konsorcjum z prywatnym przedsiębiorcą jako porozumienie naruszające zasady uczciwej konkurencji na rynku, Izba uznała zarzuty w tym zakresie za niezasadne i podlegające oddaleniu.

W tym zakresie, Izba odnie się do obaw Odwołującego oraz jego argumentacji przedstawionej w odwołaniu oraz na rozprawie.

Względem obaw Odwołującego, co do możliwości kształtowania polityki cenowej na rynku – Izba w tym zakresie wzięła pod uwagę przede wszystkim dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie, tj. 3 (trzy) tej samej treści prognozy cenowe, co do stawek za odpady, uznając że przeczą one tym obawom i negatywnym założeniom Odwołującego.

Względem obaw Odwołującego, co do możliwości ustanowienia preferencyjnych wyłącznie dla członka konsorcjum (lidera) – Laguna Sp. z o.o. - reguł dotyczących określenia stawek za zagospodarowanie odpadów - Izba w tym zakresie wzięła pod uwagę przede

wszystkim dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie, tj. 12 (dwanaście) kopii umów z lat 2014 - 2018 zupełnie przeczących tej założonej przez Odwołującego tezie, jak i na art. 9 l ust. 1- 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1454) zwany dalej: „ustawą o ucipg”: „1. *Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, w granicach posiadanych mocy przerobowych, jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi lub z gminą organizującą odbieranie odpadów komunalnych, wchodzącą w skład regionu gospodarki odpadami komunalnymi.*

2. *W przypadku wystąpienia awarii regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych lub w innych przypadkach, o których mowa w art. 38 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, uniemożliwiających przyjmowanie zmieszanych odpadów komunalnych lub odpadów zielonych od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości odpady te przekazuje się do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.*

3. *Prowadzący instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, która została wskazana jako instalacja przewidziana do zastępczej obsługi tego regionu, jest obowiązany przyjąć przekazywane do tej instalacji odpady. Przepis ust. 1 stosuje się.”*

– kształtujący obowiązek ustawowy RIPOK-u zawarcia umowy ze wszystkimi, z jednoczesnym wynikającym z art. 9 m ustawy o ucipg: „*Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany, na wniosek gminy lub podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, przedstawić kalkulację kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, w terminie 7 dni od dnia jego złożenia.”*

- obowiązkiem ustawowym – przedstawienia kalkulacji kosztów zagospodarowania na żądanie danego podmiotu (w konsekwencji - stawki są jednakowe dla wszystkich).

Względem wskazania przez Zamawiającego danego RIPOK-u w SIWZ – Izba w tym zakresie wzięła pod uwagę, że jest to obowiązkiem ustawowym:

- art. 6 d ust. 4 pkt 1 ustawy o ucipg: „*Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej w szczególności:*

1) *wymogi dotyczące przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych;(…);*

- art. 6 d ust. 4 pkt 5 ustawy o ucipg: „Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej w szczególności: (...)”

5) instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku przetargu na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady;(…)”

- art. 9 e ust.1 ustawy o ucipg: „1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości:

1) selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;

2) zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.” (ten ostatni przepis ogranicza prawo przekazania odpadów, wyłącznie do określonego typu instalacji, tj. obowiązek ustawowy przekazywania odpadów zmieszanych i zielonych do RIPOK-u). Nadto, jest jeszcze wymóg zawarcia umowy z RIPOK-iem przez Wykonawcę – art. 17 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 992) (z uwagi na hierarchie sposobów postępowania z odpadami).

Względem ewentualnej możliwości zawarcia umowy bezpośrednio przez Zamawiającego z RIPOK-iem na zagospodarowanie odpadów – należy rozpatrywać w kontekście – art. 6 d ust.1 ustawy o ucipg: „Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.”. Decyzja o udzieleniu zamówienia publicznego wyłącznie na odbieranie odpadów komunalnych albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów należy do Zamawiającego.

Nadto, Izba zgadza się, ze stanowiskiem Przystępującego, zgodnie z którym władztwo administracyjne nad odpadami komunalnymi sprawuje gmina, a nie RIPOK (wyrok NSA o sygn. akt: II OSK 593/16), twierdzenia więc Odwołującego z odwołania, że Inneko Sp. z o.o. pełniło lub pełni w przedmiotowym postępowaniu funkcję administracyjną (publiczną)

sa błędne. Nie jest też niedozwolonym wspieraniem finansowym Laguna Sp. z o.o. wpłata wadium w postępowaniu przetargowym przez Inneko Sp. z o.o., ale dopuszczalnym działaniem zgodnie z którym członkowie konsorcjum mogą określić swoje obowiązki w zakresie złożonej wspólnie oferty w określony sposób np. poprzez ustalenie kto poniesie koszty związane z wpłatą wadium, tym bardziej jeśli istotą zawarcia konsorcjum był udział w kilku postępowaniach przetargowych, tak dla Sektora II i III.

Jednocześnie, Izba zwraca uwagę, że zarzuty o preferowanie konsorcjum w skład którego wchodzi RIPOK, przez Zamawiającego nie są zgodne ze stanem faktycznym, gdyż dopiero na skutek wyroku KIO z 09.07.2018 r. o sygn. akt: KIO 1232/18 Zamawiający wybrał ofertę przedmiotowego Konsorcjum, jako najkorzystniejszą w ramach postępowania przetargowego dla Sektora III, nadto zawiązanie niniejszego konsorcjum nie pozwoliło uzyskać mu takiej przewagi konkurencyjnej na rynku odpadów, aby jego oferta została uznana jako najkorzystniejsza także w ramach postępowania przetargowego dla Sektora II (zgodnie z dowodem złożonym przez Przystępującego – ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia – został wybrany w tym sektorze zupełnie inny Wykonawca), czy też pierwotnie dla Sektora III.

Względem obaw Odwołującego, co do ryzyka dotyczącego recyklingu - § 11 ust. 4 pkt 1 wzoru umowy: „nieosiągnięcie w okresie obowiązywania umowy wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, w wysokości stanowiącej iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2017 r. poz. 519 ze zm.), i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, wymaganego w danym roku kalendarzowym do uzyskania minimalnego procentowego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych”, odpadów innych niż objętych przedmiotem umowy - § 11 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy: „za dostarczenie do RIPOK, w ramach usługi realizowanej dla Zamawiającego, odpadów innych niż objęte przedmiotem umowy – w wysokości 10.000,00 zł za każdy przypadek”, karty przekazania odpadów - raporty z § 5 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy: „1. Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego za wady fizyczne i prawne ujawnione w związku z realizacją przedmiotu umowy, w szczególności gdy: (...) 3) raporty stanowiące załącznik nr 9 do SOPZ nie zawierają kompletnych informacji, lub zawierają informacje nieaktualne lub niezgodne z rzeczywistym stanem (...)”; § 7 ust. 3 wzoru umowy: „Po zakończeniu miesięcznego okresu rozliczeniowego Wykonawca dostarczy Zamawiającemu, do 10 dnia każdego miesiąca, za poprzedni miesiąc, dokumenty wymienione punkcie III.7.10.) załącznika nr 1 do SIWZ – SOPZ.” (czyli z pkt III. 7.10 – po

miesięcznym okresie rozliczenia - raport o ilości odebranych odpadów komunalnych oraz inne raporty szczegółowe tam wymienione), to zgodnie z § 10 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy: „porównania ilości odebranych przez Wykonawcę odpadów z raportami otrzymanymi z RIPOK; w przypadku zaistnienia rozbieżności w rodzaju i ilości dostarczanych odpadów, decydujące znaczenie ma raport z RIPOK” (decyduje więc RIOPK, ale Zamawiający ma prawo kontroli poprzez bezpośrednią obserwację i analizę dokumentów, z obowiązkiem ich wydania przez Wykonawcę na jego żądanie - § 10 ust. 3 wzoru umowy: „Zamawiający będzie dokonywał kontroli poprzez bezpośrednią obserwację w terenie sposobu realizacji przez Wykonawcę usług oraz poprzez analizę dokumentów, które Wykonawca zobowiązany jest udostępnić Zamawiającemu na jego żądanie, jak również na podstawie systemu pozycjonowania satelitarnego GPS”). Naddto, Wykonawca ma prawo wniesienia odwołania od protokołu kontroli, na co Odwołujący nie wskazywał na rozprawie (§ 10 ust. 6 wzoru umowy: „Wykonawcy przysługuje prawo wniesienia, w formie pisemnej, odwołania od ustaleń zawartych w protokole z kontroli. Odwołanie wraz z uzasadnieniem Wykonawca wnosi do Zamawiającego w terminie do 7 dni roboczych, licząc od dnia otrzymania protokołu z kontroli. Wyżej wymienione odwołanie Zamawiający rozpatrzy w terminie 7 dni roboczych od otrzymania odwołania Wykonawcy. Zamawiający ma prawo naliczyć kary umowne, adekwatne do skali i rodzaju popełnionego uchybienia, które szczegółowo zostały określone w § 11 niniejszej umowy.”).

W ocenie Izby, brak jest także dostatecznych podstaw, aby uznać, że umowa konsorcjum została zawarta dla pozorów, a nie było jej celem gospodarczym chęć uzyskania zamówienia publicznego dla Sektora II i III, jak stoi w preambule, czy też w § 1.

Izba wzięła w tym zakresie także pod uwagę, że Inneko Sp. z o.o. - dysponuje zintegrowanym pozwoleniem – decyzją, która obejmuje także transport i zbieranie (JEDZ – Cz. IV A, oraz pkt 7.2 decyzji w ramach pkt 7: „12. Punkt 7, określający warunki prowadzenia działalności w zakresie zbierania i transportu”. Jednocześnie, wiąże członków konsorcjum odpowiedzialność solidarna (art. 141 Pzp), co sprawia, że Zamawiający może od każdego z jej członków żądać wykonania umowy. Przedstawione powyżej kwestii zostały przedstawione w zakresie obaw Odwołującego co do ryzyka prawidłowego wykonania umowy.

Zamawiający przedstawił także na rozprawie dowody, że RIPOK-i brały co do zasady wcześniej już udział jako członkowie konsorcjum w innych postępowaniach w kraju na rynku odpadów i było to przedmiotem kontroli NIK-u: „bez zastrzeżeń dotyczących konkurencji”. Jednocześnie, należy zgodzić się w tym miejscu, że w samym odwołaniu – kwestionowany jest udział RIPOK-u w konsorcjum jako takim, dopiero na rozprawie pod wpływem przedłożonych dowodów Odwołujący zmodyfikował zarzuty, twierdząc, że kwestionuje udział RIPOK-u w konsorcjum w sytuacji, gdy w danym regionie jest tylko jeden RIPOK. Izba

wskazuje za art. 192 ust. 7 Pzp, że nie może rozpoznawać zarzutu, którego nie było w odwołaniu.

Należy zgodzić się także, że co do zasady, że data aneksu nr 2 do umowy konsorcjum może w pierwszej chwili budzić wątpliwości, jednakże Izba przeanalizowała treść tego aneksu i potwierdziła, że zasadniczym powodem jego zawarcia, nie było odwołanie jako takie, ale konieczność uregulowania sytuacji, gdy konsorcjum będzie realizować zamówienie wyłącznie dla Sektora III, gdyż aneks nr 1 z 18.06.2018 r. przewidywał sytuację, gdy wyłącznie będzie realizowane zamówienie dla Sektora II lub oba dla Sektora II i III. Kwestia zaś, zabezpieczenia należytego wykonania umowy dotyczy raczej kwestii związanej z zawarciem umowy, więc zasadnym wydaje się aktualny etap postępowania. Odwołujący analizuje umowę konsorcjum tak pierwotną, jak i kolejne jej aneksy w oderwaniu od pierwotnego celu gospodarczego, jaki przyświecał członkom konsorcjum, jak i dynamicznych zmian jakie zachodziły w postępowaniu dla Sektora III (pierwotny wybór – 11.06.2018 r., wyrok KIO z 09.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1232/18, nowy wybór – 24.07.2018 r.) i dla Sektora II (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane – Dz. Urz. O. P. W. E. za nr 2018/S 130 - 297032 z 10.07.2018 r.). Odbiera prawo członkom konsorcjum możliwości reagowania na zaistniałe okoliczności i uwzględniania, że zmieniał się w toku status jego oferty w postępowaniu dla Sektora III, a w postępowaniu dla Sektora II ostatecznie wybrano – firmę Eneris Surowce S.A.

Jednocześnie, w ocenie Izby, zawarcie konsorcjum nie jest naruszeniem prawa konkurencji, gdyż jego uczestnicy nie byłoby w stanie samodzielnie złożyć ofertę – patrz RIPOK. Nie mogliby też ze sobą konkurować – patrz RIPOK (Inneko Sp. z o.o.)/Laguna Sp. z o.o. Odwołujący widzi jedynie sporną kwestię jednowymiarowo wobec Laguna Sp. z o.o. zupełnie ignorując sytuację Inneko Sp. z o.o. Celem zawarcia konsorcjum był udział nie w jednym, ale w dwóch postępowaniach przetargowych – tak dla Sektora II, jak i III. Niewątpliwie doświadczenie w tego rodzaju realizacjach, jak było oczekiwane przez Zamawiającego miała jedynie Laguna Sp. z o.o., nawet mimo pozwolenia na transport i wpisania w KRS-ie: „*zbieranie odpadów*” – Inneko Sp. z o.o. W zakresie polisy – „*wymaganego ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 1 mln*” (dotyczyło to tak postępowania przetargowego dla Sektora II /informacja ogólnie dostępna - ogłoszenie Dz. Urz. O. P. W. E. za nr 2018/S 072 - 159970 z 13.04.2018 r.), jak i III. Z tych też względów należy kwestie polisy rozpatrywać w kontekście obu postępowań. Jednocześnie, Izba wskazuje za zupełnie błędny i oderwany od wymogu dotyczącego ubezpieczenia, zarzut Odwołującego zawarty w odwołaniu, który zupełnie pomija kwestie tego rodzaju, że Inneko Sp. z o.o. przedstawiło polisę w zakresie prowadzonej działalności, w tym zbierania odpadów, gdyż tak ma wpisane m.in. jako przedmiot działalności w KRS (Dział 3 poz. 2 str. 5 z 9), nie tylko obróbkę i usuwanie

odpadów innych niż niebezpieczne. Świadczy to więc dodatkowo o tym, że Inneko Sp. z o.o. mogło prowadzić działalność w zakresie zbierania odpadów (choć informacja w KRS-ie ma generalnie charakter informacyjny), transportu, ale nie mogła samodzielnie złożyć oferty z uwagi na brak stosownego doświadczenia. Z kolei polisa Laguna Sp. z o.o. nie dotyczy jedynie sprzętu, jak twierdzi pochopnie Odwołujący w swoim odwołaniu.

Reasumując, Izba nie stwierdziła podstaw do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, tak z uwagi na brak dowodów bezpośrednich, jak i nawet kierując się dowodami pośrednimi: „nie wystąpiły bowiem one w odpowiedniej wadze i ilości”.

Zarówno bowiem według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia (zmowy przetargowej), nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast 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) /wyroki KIO: z 03.03.2014 r., sygn. akt KIO 309/14, z 23.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2851/13, z 15.01.2013 r., sygn. akt KIO 2865/12, czy też 20.03.2013 r., sygn. akt KIO 517/13 – za wyrokiem KIO z 07.04.2016 r., sygn. akt: KIO 423/16/.

Sąd Najwyższy w wyroku z 09.08.2006 r., sygn. akt: III SK 6/06 wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 kpc.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczalne w orzecznictwie.

W konsekwencji (używając nomenklatury i wyliczenia zastosowanego przez Odwołującego w jego odwołaniu na str. 14-15), Izba stwierdza, iż nie ma miejsca naruszenie przez Zamawiającego: art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7) UOKiK (zarzut czwarty – tiret pierwszy); ani art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 oraz art. 9 ust. 2 pkt 5) UOKiK (zarzut czwarty – tiret drugi); ani art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 UZNK (zarzut czwarty – tiret trzeci); ani art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 UZNK (zarzut szósty); ani art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 §1 i 2 KC i art. 353¹ KC w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 UZNK oraz art. art. 9 ust. 1, art. 9 ust. 2 pkt 5), art. 6 ust. 1 pkt 7) UOKiK (zarzut dziewiąty).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu dziewiątego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Izba podnosi, że wbrew pozorom Konsorcjum, to nie jest jeden do jednego ten sam podmiot. Jest to zupełnie nowy twór prawny (choć nie ma on osobowości prawnej), który powstał na czas realizacji określonego zadania, występuje on wobec Zamawiającego, jako całość (jest też odpowiedzialny solidarnie). *„W szeregu aktów prawnych posługujących się pojęciem konsorcjum brak jest jego definicji. Co więcej, ustawa, która w praktyce najczęściej znajduje za-stosowanie wobec konsorcjów, tj. ustawa z 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w ogóle się nie posługuje tym terminem; powszechnie jest zaś ono używane we wszelkich opracowaniach dotyczących tego aktu, a także w odnoszącym się do niego orzecznictwie sądowym i administracyjnym. (...) Najbardziej ogólnie konsorcjum można zdefiniować jako formę organizacyjną kooperacji gospodarczej - formę współpracy dwóch lub więcej podmiotów, celem realizacji pewnego wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego. Oczywiście taki poziom „ogólności” tej definicji powoduje, że obejmować ona może również inne rodzaje współdziałania, które wcale konsorcjami nie są, jednak pojęciem tym obejmuje się tak szeroką gamę różnych zjawisk gospodarczych, że nie sposób określić je jednym, zwięzłym zdaniem tak, aby w wystarczający sposób odróżnić je od pozostałych form. W tym celu niezbędne jest dokonanie pewnych klasyfikacji i wskazanie poszczególnych odmian konsorcjów, zastrzegając jednocześnie, że różni (nieliczni zresztą) przedstawiciele polskiej doktryny prawniczej, którzy dotąd zajmowali się tą materią, przedstawiają ją w sposób odmienny i nie są zgodni co do niektórych, często bardzo istotnych jej aspektów. W literaturze dotyczącej powyższego przedmiotu odnaleźć można szereg prób zdefiniowania konsorcjum. I tak, konsorcjum jest określane jako związek o charakterze najczęściej przejściowym, zorientowanym na współdziałanie przedsiębiorstw w dotychczasowej dziedzinie rozwoju (na drodze inwestycyjnej) lub podejmowanie nowej działalności, bądź też na współdziałanie w realizacji wielkich operacji finansowych. To typ powiązania między przedsiębiorstwami stanowiący przejaw wspólnej działalności w celu realizacji, na wspólne ryzyko i na podstawie solidarnej odpowiedzialności, określonych konkretnych efektów, takich jak np. budowa elektrowni, autostrady lub przeprowadzenie emisji pożyczki. Istotą konsorcjum jest zatem okolicznościowa wspólnota interesów ustanowiona między samodzielnymi przedsiębiorstwami na okres potrzebny do zrealizowania zamierzonego celu. Czas trwania konsorcjum zależy od tego celu. W nowszej literaturze dotyczącej konsorcjów używa się częściej pojęcia umowy konsorcjalnej, akcentując w ten sposób jej funkcję regulującą, a nie organizacyjną. Umowa konsorcjalna określana jest jako szczególny rodzaj umowy o wspólne działanie przedsiębiorców, inaczej umowy joint yenture, w której zobowiązują się oni do wspólnego działania celem urzeczywistnienia określonego*

przedsięwzięcia gospodarczego, na zasadzie wspólnego odnoszenia korzyści i wspólnego ponoszenia ryzyka. Z całości klasy umów joint venture umowa konsorcjalna wyróżnia się tym, że jej przedmiotem jest konkretne przedsięwzięcie gospodarcze, np. wybudowanie autostrady, emisja akcji itd. Współpraca uczestników konsorcjum nie ma więc stałego charakteru, aczkolwiek czasem może trwać bardzo długo (np. konsorcjum dla budowy dużego obiektu przemysłowego). Nie oznacza to jednak tymczasowości współpracy” (Karolina Muchowska-Zwara: „Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych”; źródło: http://www.ksiegarnia.beck.pl/media/product_custom_files/1/3/13087-prawne-problemy-funkcjonowania-konsorcjow-uczestniczacych-w-obrocie-regulowanym-przez-prawo-zamowien-publicznych-karolina-muchowska-zwara-darmowy-fragment.pdf).

Dodatkowo za wyrokiem KIO z 09.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1232/18: „instytucja konsorcjum jest nieunormowana w tym sensie, że Kodeks cywilny nie reguluje umowy konsorcjum. Jej zawarcie możliwe jest w oparciu o wynikającą z art. 353¹ k.c. zasadę swobody umów. Istota konsorcjum polega na przyjęciu przez jego członków zobowiązania do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań. Zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy pzp wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonując czynności względem pełnomocnika, zamawiający dokonuje jej zatem ze skutkiem dla wszystkich konsorcjantów. Co istotne, powołanie reprezentanta nie pozbawia poszczególnych członków konsorcjum prawa do osobistego działania. Przez wzgląd na powyższe w doktrynie prawa zamówień publicznych konsorcjum porównywane jest do spółek cywilnych (umowa spółki cywilnej uregulowana została w art. 860 i n. k.c.). Tak jak spółka cywilna nie ma ono osobowości prawnej. W wyniku zawarcia umowy konsorcjum nie powstaje osobny byt prawny – zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych mają jedynie podmioty tworzące konsorcjum. Komentowany przepis nie reguluje natomiast sytuacji niepowołania przez konsorcjantów owego pełnomocnika, będąc regulacją, której naruszenie de facto pozbawione jest sankcji. (tak też: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany 2018)”.

Nadto, tak czy inaczej liderem jest – Laguna Sp. z o.o. Z tych względów obawy Odwołującego są zbyt daleko idące, gdyż kwestia ta nie jest dokładnie taka jak przedstawiał to Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie. Na pewno nie można mówić o nieważności jednostronnej czynności prawnej, skoro nie zawiera się umowy sensu stricto z RIPOK-iem, ale innym podmiotem, tj. konsorcjum jako takim, którego wiąże odpowiedzialność solidarna wobec Zamawiającego – art. 141 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W dniu 24.08.2018 r. Odwołujący po godz. 16:00 (przed planowanym ogłoszeniem orzeczenia w tym dniu – pierwotnie o godz. 16:30) - przesał na piśmie wniosek o otwarciu na nowo rozprawy w trybie art. 191 ust. 3 Pzp. A następnie odroczenie rozprawy. Izba w tym zakresie wydała oddzielne pisemne postanowienie z 28.08.2018 r. o oddaleniu niniejszego wniosku (w aktach sprawy), uprzednio odraczając ogłoszenie orzeczenia na dzień 28.08.2018 r. godz. 15:30. W tym zakresie Odwołujący uzasadniał powyższy wniosek wystąpieniem niezwykle istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia przez KIO niniejszej sprawy okoliczności, przejawiających się w podjęciu w dniu 23 sierpnia 2018 r. czynności przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Delegatura we Wrocławiu) zwanego dalej: „Prezesem UOKiK” wobec istnienia po stronie ww. organu kontroli podejrzenia naruszenia przez Laguna sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp. oraz Inneko sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wlkp. przepisów UOKiK. Załączono pismo z dnia 23 sierpnia 2018 r. od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu. Jak również korespondencje e-mailową z 24 sierpnia 2018 r. z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu. Oddając wniosek Izba m.in. wskazała: *„że samo złożenie zawiadomienia do Prezesa UOKiKO, co miało miejsce jak wynika z załączonego do wniosku pisma w dniu 26 lipca 2018 r. jest niewystarczające ze względu na autonomię Krajowej Izby Odwoławczej co do rozstrzygnięcia w zakresie ochrony konkurencji która jest właściwa w zakresie zamówień publicznych.”* Nadto, wskazując za wyrokiem Sądu Okręgowego w Toruniu z 17 lipca 2017 r., sygn. akt: VI Ga 95/17: *„(...) Sąd Okręgowy w tym składzie w pełni aprobuje stanowisko przeważające w orzecznictwie KIO, w świetle którego przy ocenie, czy dane działanie lub zaniechanie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (vide: wyrok z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2865/12; wyrok z dnia 3 marca 2014 r., sygn. akt KIO 309/14; wyrok z dnia 23 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2851/13; wyrok z 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 423/16). (...) Na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w doktrynie wskazuje się natomiast, że uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w Rozdziale 2 u.z.n.k. albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2016 r., s.828). Tym samym w ocenie Sądu, jak już wskazano wyżej, nie można wykluczyć sytuacji, w której delikt opisany w art. 6 ust. 1 u.o.k. i k. będzie jednocześnie odpowiadać hipotezie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. lub z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Przemawia to dodatkowo za trafnością przedstawionego wyżej stanowiska, zgodnie z którym przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy interpretować w powiązaniu z regulacjami zawartymi w ustawie o ochronie*

konkurencji i konsumentów. Rację ma wobec tego skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, że Izba była zobowiązana do zbadania w ramach postępowania odwoławczego, czy rzeczywiście oferta konsorcjum, którego liderem jest (...) sp. z o.o. we W. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 6 ust. 1 u.o.k. i k.". Jednocześnie podkreślając, że: „(...) wniosek de facto nie sprowadza się do otwarcia na nowo rozprawy, ale jej bezterminowego odroczenia.”. Wyjaśniając zarazem, że: „Z załączonej korespondencji e-mailowej z 24 sierpnia 2018 r. z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu – wynika, że mamy do czynienia, że wszczęciem postępowania wyjaśniającego, które może trwać do 4- 5 miesięcy. Dopiero od jego rezultatu uzależnia się podjęcie ewentualnych dalszych kroków prawnych o czym zainteresowani zostaną powiadomieni. Izba związana jest terminami wynikającymi z Pzp (...)”. Przypominając zarazem, że: „(...) zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp - Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. W przedmiotowej sprawie, Izba opierając się na powyższym, dokona oceny zebranego w sprawie materiał dowodowy i wyda orzeczenie w sprawie.”.

W dniu 28.08.2018 r. Odwołujący po godz. 15:00 (przed planowanym ogłoszeniem orzeczenia w tym dniu – o godz. 15:30) - przesłał na piśmie drugi wniosek o otwarciu na nowo rozprawy w trybie art. 191 ust. 3 Pzp. A następnie odroczenie rozprawy i skierowanie w konsekwencji do TSUE pytania prejudycjalnego: „Czy art. 2 ust. 1 lit. b) Dyrektywy Rady 89/665/EWG z 21.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U.UE.L.1989.395.33 ze zm.) należy interpretować w ten sposób, że przepis ten daje możliwość krajowemu organowi odpowiedzialnemu za rozpoznanie procedury odwoławczej w zamówieniach publicznych dokonywania oceny, czy doszło do naruszenia przepisów z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów w przypadku, jeżeli żaden przepis krajowy nie wprowadza takiego uprawnienia na rzecz powyższego organu?”. Izba w tym zakresie, działając w porozumieniu z całym składem orzekającym, wydała w protokole we fragmencie dotyczącym ogłoszenia orzeczenia z 28.08.2018 r. postanowienie o oddaleniu niniejszego wniosku. Odwołujący we wniosku podnosił kwestie luki kompetencyjnej pomiędzy KIO oraz UOKiK, przedstawiał Prezes UOKiK jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów; z kolei KIO jako organ właściwy do rozpoznawania naruszeń Pzp, akcentował możliwość zaistnienia rozbieżności rozstrzygnięć KIO i UOKiK (teoretyczną potencjalną możliwość rozbieżności rozstrzygnięć, dywagacje na temat kwestii dowodowych w kontekście ewentualnego uwzględnienia odwołania przez KIO

i ograniczonych środków dowodowych i procesowych po stronie Odwołującego, konsekwencje stwierdzenia przez UOKiK naruszenia, wzajemny negatywny wpływ jednocześnie toczących się postępowań przed KIO oraz Prezesem UOKiK), podnosił niejasność przepisów co do określenia podmiotu właściwego do orzekania o naruszeniu konkurencji w ramach zamówień publicznych (w ich ramach także podniósł że tak dyrektywa 2014/24/UE z 26.02.2014 r., jak i dyrektywa 89/665/EWG z 21.12.1989 r. nie regulują zagadnień badania przez organ krajowy /KIO/ w ramach zamówienia publicznego kwestii naruszeń konkurencji). Następnie, odnosił się do konieczności skierowania do TSUE pytania prejudycjalnego – podnosząc, że: „Celowością powyższego działania jest bowiem stwierdzenie, czy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j, Dz. U. z 2018 r., poz. 419) w zw. z art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w oparciu o brzmienie Dyrektywy Rady 89/665/EWG, Krajowa Izba Odwoławcza:

a) jest zobowiązana, albo

b) może, albo

c) nie jest uprawniona,

do dokonywania w ramach zamówień publicznych oceny, czy doszło do naruszenia przepisów z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Jak już zostało wspomniane, kwestia ta jest kluczowa dla możliwości oraz efektywności korzystania przez przedsiębiorców ze środków ochrony prawnej w ramach zamówień publicznych. Ponadto zagadnienie niewystarczającej ochrony zamówień publicznych przed naruszaniem konkurencyjności oraz wolnego rynku jest obecnie przedmiotem szerokich dyskusji na poziomie Unii Europejskiej. (...). W dalszej części wskazywał, tak jak na rozprawie na następcze czynności konsorcjum potwierdzające zarzuty odwołania – przywołał: - § 7 ust. 4 umowy konsorcjum z dnia 18 maja 2018 r., zgodnie z którym strony umówiły się ponosić koszty zabezpieczenia umowy w ramach niniejszego przetargu proporcjonalnie do podziału zadań oraz - § 4 ust. 1 lit. a) umowy konsorcjum z dnia 18 maja 2018 r., zgodnie z którym strony umówiły się podzielić między siebie realizacją zamówienia w części równej według pojemności pojemników na danym sektorze (w zależności od wygrania przetargu na danym sektorze).

Izba oddalając wniosek postanowiła konsekwentnie, jak przy pierwszym postanowieniu także z 28.08.2018 r. Należy bowiem stwierdzić, że wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 17 lipca 2017 r., sygn. akt: VI Ga 95/17, był orzeczeniem ze skargi Prezesa UZP na postanowienie KIO z 20.04.2017 r., sygn. akt: KIO 662/17 zgodnie z którym: „Skoro Krajowa Izba Odwoławcza nie jest władna wypowiadać się o zaistnieniu, lub nie - deliktów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, tym samym należało stwierdzić, że do rozpoznania odwołania nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, zachodzi zatem obligatoryjna przesłanka odrzucenia odwołania,

wymieniona w art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.” Jak więc wynika z powyższego, sądy powszechne są przeciwnego zdania niż Odwołujący, który złożył oba wnioski. Nie dostrzegając żadnej luki kompetencyjnej. Nadto, podobne stanowisko, jak przywołanego sądu ma także Prezes UZP, w ramach uzasadnienia skargi Prezesa UZP /za wskazanym wyrokiem: „(...)przedstawił szerszą argumentację odnoszącą się do poszczególnych zarzutów zawartych w jej petitum. (...) Jego zdaniem nie budzi wątpliwości, iż zamawiający miał obowiązek stosowania przepisów ustawy p.z.p., a zamówienie było zamówieniem publicznym w rozumieniu art. 2 pkt 13 p.z.p. Zamawiający zastosował się do w/w obowiązku i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stosując przepisy p.z.p. W tej sytuacji, według skarżącego, czynności (lub zaniechania) zamawiającego w niniejszym postępowaniu mogą podlegać kontroli Izby w ramach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 180 ust. 1 p.z.p. Skoro zatem w sprawie miały zastosowanie przepisy p.z.p., to w ocenie skarżącego brak było podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o dyspozycję art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Wskazując zarazem na treść art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., w świetle której zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, skarżący podniósł, że imperatywny charakter w/w przepisu ustawy nakazuje zamawiającemu zbadanie w każdym przypadku, czy złożenie danej oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. W przypadku uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty. Natomiast w przypadku uznania, że złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, oferta "pozostaje" w postępowaniu i podlega ocenie przez zamawiającego. W związku z powyższym skarżący zauważył również, że ustawa p.z.p. nie wskazuje, w jakich sytuacjach złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., odsyłając w tym zakresie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podkreślił także, iż pod pojęciem tym mieszczą się również przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm. - dalej jako u.z.n.k.). Zdaniem skarżącego przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. zawiera szerokie odwołanie do czynu nieuczciwej konkurencji i brak jest podstaw do uznania - jak to uczyniła Izba w skarżonym postanowieniu - że pojęcie to na gruncie p.z.p. dotyczy jedynie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W reasumpcji skarżący podkreślił, iż skoro zamawiający - z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. - jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do samodzielnego zbadania czy złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, to tym bardziej Izba rozpoznając odwołanie dotyczące prawidłowości działania lub zaniechania zamawiającego w powyższym zakresie, obowiązana jest do zbadania, czy kwestionowana oferta rzeczywiście narusza przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na potwierdzenie prawidłowości przedstawionej wyżej

argumentacji skarżący powołał szereg orzeczeń KIO wydanych na gruncie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w sprawach, w których Izba rozpoznała odwołania złożone w analogicznych, jak w niniejszej sprawie stanach faktycznych (k.151-165).”. Jednocześnie, Odwołujący składając odwołanie nie przejawiał tak daleko idących wątpliwości powołując wyrok KIO z 09.03.2017 r., sygn. akt: KIO 352/17, czy też wyrok KIO z 14.03.2017 r., sygn. akt: KIO 353/17, z których wywodzi w odwołaniu m.in. możliwość zaskarżenia przepisów UOKiK w związku z przepisami Pzp (art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp, czy też art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp), czy też generalnie formułując zarzuty w związku z przepisami UOKiK. Izba także podkreśla, że w przedmiotowym stanie faktycznym przed Prezesem UOKiK ma miejsce dopiero postępowanie wyjaśniające.

Dodatkowo, Izba podnosi odnosząc się do argumentacji Odwołującego z wniosku, że w doktrynie wskazuje się, że: „Ustawowa definicja "zmony przetargowej" została określona w art 6 ust 1 pkt 7 UOKiK. Zgodnie z nią 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. Działanie takie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (por. Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II). Ponadto trzeba także wskazać na relację pomiędzy ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów. Jak w swoim komentarzu wskazują prof. Dr hab. Ewa Nowińska oraz prof. Dr hab. Michał du Vall jak najbardziej uzasadnione jest równoległe prowadzenie postępowań zarówno o naruszenie przepisów jednej i drugiej ustawy. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni bowiem wolność, natomiast ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - uczciwość konkurencji (por. T. Skoczny, w: Szwaja, Komentarz 2006, str. 555-556; P. Podrecki, Stosunek..., str. 21 i n.; J. Sroczyński, M. Mioduszewski, w: A. Michalak i in. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, str. 475 i n.). Żadne z postępowań nie jest prejudycjalne w stosunku do drugiego. Nie powinno zatem dochodzić do sporów kompetencyjnych. Należy także wskazać, że z praktyką ograniczającą konkurencję polegającą na utrudnianiu dostępu do rynku mamy do czynienia zarówno w przypadku ograniczającego konkurencję (art. 6 UOKiK), jak i w praktyki indywidualnej, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej (art. 9 UOKiK). Należy także wskazać, iż każdy stwierdzony przez Prezesa UOKiK przypadek np. nadużycia pozycji dominującej polegający na utrudnianiu dostępu do rynku, będzie jednocześnie stanowił czyn nieuczciwej konkurencji (por. E. Nowińska, M. du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz 2013, 2. 248-249.). Nie wyklucza to jednak przez inne organy, w tym

KIO badania czy nie doszło do popełnienia czynu naruszającego ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na stosunek względem siebie obu ustaw wskazuje także Prof. dr hab. Janusz Szwaja w komentarzu do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Chociaż przedmioty regulacji obu w/w ustaw są w zasadzie niezależne, to jednak mogą zaistnieć sytuacje, w których ich zakresy „korespondują ze sobą” (por. R. Zakrzewski, Prawne instytucje ochrony równości konkurencji gospodarczej, PS 1994, z. 5, str. 53), „uzupełniają się i wzajemnie warunkują” (por. P. Podrecki, Stosunek ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, PPH 1994, Nr 12, str. 20]. Najdalej idący związek obu regulacji wyraża się w istnieniu „obszaru wspólnego” (zob. W. Szpringer, Rola konkurencji w działalności gospodarczej, Pr. Sp. 1997, Nr 11, str. 51), którym jest bez wątpienia właśnie „*utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom*”. To w tym obszarze bowiem, hipotezy przepisów obu ustaw najczęściej częściowo się pokrywają. Trafnie podkreśla się, że dochodzić może do sytuacji, gdy określony czyn będzie wypełniał znamiona zarówno praktyk ograniczających konkurencję, o których jest mowa w art 6-9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i czynu nieuczciwej konkurencji, które definiuje art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak: E. Strzępka-Frania, Utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku, Pr. Spółek 2005, nr 3, str. 47 oraz M. Mioduszewski, J. Sroczyński, komentarz do art 15 ZNKU, Nb 4). W konsekwencji, niektóre stany faktyczne będą zawsze oceniane na gruncie obu ustaw. W praktyce odróżniania stosowania art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i podobnych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest więc w pierwszej kolejności ustalenie, co miałoby być przedmiotem ochrony w danym przypadku. Słusznie twierdzi się w literaturze, że stosowanie art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powinno odbywać się głównie w indywidualnym interesie konkurenta lub konsumenta, natomiast dla ochrony interesu publicznego (kolektywnego), wyrażającego się w istnieniu ekonomicznego mechanizmu konkurencji (stanu lub struktury rynku), należałoby opierać się na przepisach art 6 ust 1 pkt 6 oraz art. 9 ust 1 pkt 1, 3, 5 i 6 UOKiK (por. C. Kosłowski, [w:] Kosikowski, Ławicki, Ochrona prawna, str. 205; M. Kępiński, Problemy ogólne, str. 3; P. Podrecki, Stosunek ustawy..., str. 23; por. także decyzję Prezesa UOKiK z 20.3.2002 r., Nr RWA-5/2002, Dz. Urz. UOKiK z 2002 r. Nr 2, poz. 87). Nie ma więc luki kompetencyjnej, ani wątpliwości interpretacyjnych jest też wyrażony przepis, który pozwala KIO zajmować się także przepisami UOKiK – art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp, czy też generalnie są przepisy pozwalające na eliminację Wykonawców.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....