

Sygn. akt: KIO 1888/14  
KIO 1896/14

## WYROK

z dnia 30 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**  
**Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Grzegorz Matejczuk**  
Protokolant: **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2014 r. odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2014 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 15 września 2014 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Portowa 7, 55-200 Oława (sygn. akt: KIO 1888/14),**
- B. w dniu 15 września 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS WROCŁAW Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie, ul. Atramentowa 10, 55-040 Kobierzyce (sygn. akt: KIO 1896/14),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Związek Międzygminny Śleza – Oława, ul. Żernicka 17, 55-010 Święta Katarzyna,**

przy udziale wykonawcy: **P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1A 50-518 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1888/14 oraz KIO 1896/14 po stronie zamawiającego,

### orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. z postępowania w części II, VI i V zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Związek Międzygminny Ślęza – Oława, ul. Żernicka 17, 55-010 Święta Katarzyna, i:**
- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się, w tym:
    - A** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Portowa 7, 55-200 Oława** (sygn. akt: KIO 1888/14) tytułem wpisu od odwołania,
    - B** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS WROCŁAW Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie, ul. Atramentowa 10, 55-040 Kobierzyce** (sygn. akt: KIO 1896/14) tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Związek Międzygminny Ślęza – Oława, ul. Żernicka 17, 55-010 Święta Katarzyna** na rzecz **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Portowa 7, 55-200 Oława** (sygn. akt: KIO 1888/14) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Związek Międzygminny Ślęza – Oława, ul. Żernicka 17, 55-010 Święta Katarzyna** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS WROCŁAW Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk Sp. z o.o., Bielany Wrocławskie, ul. Atramentowa 10, 55-040 Kobierzyce** (sygn. akt: KIO 1896/14) stanowiącą koszty 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1888/14**

**KIO 1896/14**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Związek Międzygminny Ślęza – Oława z siedzibą w Świętej Katarzynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Związku Międzygminnego Ślęza - Oława z terenu następujących gmin: Borów, Ciepłowody, Czernica, Domaniów, Miasto Oława, Przeworno, Siechnice, Żórawina" - część V Miasto Oława. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 czerwca 2014 r. pod numerem 2014/S122-217585. Zamówienie zostało podzielone na 8 części.

#### **KIO 1888/14**

Wykonawca: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel — Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Oławie wniósł odwołanie wobec dokonania przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty w części II i VI zamówienia, z naruszeniem:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wybór w części II i VI zamówienia oferty P.H.U. Komunalnik Sp. z o., która winna być odrzucona, co narusza zasadę zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w części II i VI zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, co prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tej ustawy,
3. art 24 ust 2 pkt 3 w zw. z art 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć lub mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. art 24 ust 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień żądanych przez zamawiającego,
5. art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia w części II i VI zamówienia, oferty P.H.U. Komunalnik Sp. z o. o. pomimo, iż ww. wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o art 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp,
6. art. 26 ust 2d w zw. z art. 24b ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P.H.U. Komunalnik Sp. z o. o., pomimo złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie ewentualnej przynależności do grupy kapitałowej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 5 września 2014 r.
- 2) powtórzenia czynności badania ofert,
- 3) wykluczenia z postępowania wykonawcy P.H.U. Komunalnik Sp. z o. o. z uwagi na

przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3, a także 24b ust. 3 Pzp.

- 4) uznanie za odrzuconą oferty ww. wykonawcy,
- 5) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 91 ust 1 Pzp,
- 6) orzeczenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz dojazdu.

Odwołujący przytoczył postanowienia SIWZ zawierające wymagania zamawiającego, dotyczące formy wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kryterium posiadania przez wykonawców uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, w zakresie posiadania przez wykonawców stosownej wiedzy i doświadczenia dla Części II Ciepłowody i Części VI Przeworno oraz w zakresie posiadania przez wykonawców stosownego potencjału technicznego dla Części II i VI zamówienia. Podkreślił, że zamawiający zastrzegł, iż w przypadku, składania przez wykonawcę oferty na więcej niż jedną część niniejszego zamówienia określone wymogi winny sumować się odpowiednio tak, aby dla każdej z części zamówienia warunek został spełniony. Ponadto zamawiający zaakcentował, iż wszystkie wykazywane przez wykonawców, zarejestrowane, dopuszczone do ruchu oraz trwale i czytelnie oznakowane pojazdy muszą być w dyspozycji wykonawcy.

Zamawiający po zbadaniu ofert złożonych w postępowaniu, w części II i VI zamówienia wybrał oferty złożone przez firmę P.H.U. Komunalnik Sp. z o. o.

W toku czynności badania ofert zamawiający wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, braków wskazanych w treści pisma zamawiającego z dnia 22.08.2014 r., a także do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący stwierdził, iż dokumenty, a zwłaszcza oświadczenia złożone przez ww. wykonawcę, nie odzwierciedlają istniejącego stanu faktycznego.

Odwołujący ustalił, iż oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej złożone przez spółkę Komunalnik Sp. z o. o. jest niezgodne z prawdą, albowiem spółka ta powiązana jest:

- 1) osobowo z SOFT MEDIA sp. z o.o. z/s ul. Morcinka 66E, 48-300 Nysa, poprzez osobę prezesa tejże spółki, pełniącego jednocześnie tożsamą funkcję w spółce Komunalnik Sp. z o. o.,
- 2) kapitałowo z WAYWER sp. z o.o. z/s ul. Świętego Jerzego 1A, 50-518 Wrocław, w której spółka Komunalnik sp. z o.o. jest współnikiem i jedynym udziałowcem.

W tym kontekście składając oświadczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp wykonawca poświadczył nieprawdę. Nie jest w tym przypadku istotne, czy wskazane wyżej spółki brały udział w tym samym postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego

postępowania. Oczywistym jest, iż gdyby zamawiający podjął się zbadania prawdziwości złożonego przez spółkę oświadczenia, pozyskałby wiedzę o wskazanych przez odwołującego faktach, a tym samym zobligowany byłby do wykluczenia spółki Komunalnik z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. De facto uznać trzeba, iż wykonawca nie złożył zamawiającemu listy, o której mowa w art. 24b ust. 3 Pzp i z tego powodu także winien zostać wykluczony, zaś jego oferta odrzucona.

Odwołujący podkreślił, że Urząd Zamówień Publicznych stoi na stanowisku, że informacje nieprawdziwe składane w toku postępowania nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub wadliwie złożonego, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 801/11).

Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r, w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 132, z późn. zm.) z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

Ponadto odwołujący podniósł także zastrzeżenia w odniesieniu do wykazu świadczonych usług, jak również oświadczenia w przedmiocie dysponowania potencjałem technicznym w stopniu wymaganym w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r. wezwał ww. wykonawcę m.in. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia informacji zawartych w załączniku nr 1 do oferty (wykaz usług) w związku z faktem, iż okres świadczenia usług wykazanych w ww. załączniku na rzecz Gminy Nysa, zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.), dotyczy ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert -zamawiający określił ramy czasowe wymaganego okresu świadczenia (od 18.08.2011 do 18.08.2014).

Zdaniem odwołującego, wezwanie w powyższym zakresie było bezprzedmiotowe z uwagi na fakt, iż rozpoczęcie świadczenia usług objętych zamówieniem w terminie wcześniejszym, w żaden sposób nie dyskwalifikowało długoterminowej umowy, której wykonywanie zakończyło się w roku 2013, a zatem w okresie wskazanym przez ustawodawcę w przywołanym przepisie. O tym, czy realizacja zamówienia ma miejsce

w okresie ostatnich 3 lat, decyduje data zakończenia realizacji zamówienia, nie zaś rozpoczęcie usługi.

Wykonawca zamiast złożyć stosowne wyjaśnienia, ponownie złożył formularz załącznika nr 1 do oferty, w którym w sposób zupełnie dowolny dokonał skrócenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług na rzecz Gminy Nysa (dopasowując daty początkowe świadczenia usług do terminu określonego przez zamawiającego w wezwaniu), jednocześnie w sposób bliżej niesprecyzowany, zmieniając ilość odebranych odpadów, zarówno zmieszanych, jak i segregowanych. Dokonując zmian w zakresie ww. ilości, wykonawca pozostawił jednak te same wartości usług. W ocenie odwołującego, w sposób oczywisty przesądza to, iż ww. wykazy zawierają informacje sprzeczne, a tym samym nieprawdziwe. W kontekście braku w złożonych dokumentach (poświadczeniach) jakiegokolwiek informacji określającej zakres rzeczowy, jak i ramy czasowe świadczonych usług, w sposób choćby przybliżony, zasadną pozostaje konieczność bliższego zbadania, złożonego przez spółkę Komunalnik Sp. z o.o. oświadczenia – wykazu wykonanych usług.

Zamawiający zaniechał tej czynności, przyjmując bezkrytycznie złożoną przez ww. wykonawcę „korektę” wykazu usług. Ta zaś świadczy w sposób oczywisty i niepodważalny, iż wykonawca w jednym ze złożonych dokumentów podał dane nieprawdziwe. De facto wykonawca nie zastosował się do treści wezwania zamawiającego, w skutek czego w aktach postępowania funkcjonują dwa równorzędne dokumenty załącznika nr 1 i nie wiadomo, który z nich jest prawdziwy.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia dodające treść, której w ogóle nie ma w równoważnym dokumencie stanowią de facto - jego uzupełnienie. Zamawiający żądał bowiem wyłącznie wyjaśnień w celu usunięcia wątpliwości. Zastosowanie art. 26 ust. 4 Pzp nie wiąże się z koniecznością żądania uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. O ile więc złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie pozwolą na usunięcie niezgodności pomiędzy treścią oświadczenia woli wykonawcy, a uzyskanymi przez zamawiającego informacjami, potwierdzając w ten sposób złożenie nieprawdziwych informacji, zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp jest bezpodstawne.

Odwołujący podniósł, iż poświadczenie wykonywania usług dla Gminy Łambinowice (poz. 3 wykazu usług) nie spełnia wymagań określonych w § 1 ust. 2 przywołanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, gdyż zostało wystawione w dniu 25 kwietnia 2014 r., a zatem wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Ponadto, z treści poświadczeń wystawionych przez usługobiorców z terenu Gminy Nysa (poz. 1 i 2 wykazu usług) nie wynika, aby świadczenie usług zostało przez spółkę Komunalnik zakończone (jak wskazano to w treści wykazu usług), a zatem poświadczenia te uchybiają też wymogom określonym w § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach.

Podobne wątpliwości wzbudza oświadczenie wykonawcy w przedmiocie wykazania, iż wykonawca dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym, adekwatnym dla realizacji przedmiotu zamówienia. W tym zakresie ww. wykonawca przedłożył dokument (różny od formularza załączonego przez zamawiającego do SIWZ), z którego w żaden sposób nie wynika fakt spełnienia ww. warunku. W zał. 2 do formularza ofertowego zamawiający wymagał bowiem informacji w formie opisu i rodzaju pojazdu (m.in. z podaniem nr rejestracyjnego) oraz podstawy do dysponowania ww. sprzętem. Dokument złożony przez spółkę Komunalnik, zawiera natomiast wyłącznie numery rejestracyjne bliżej nieokreślonych pojazdów, a nadto w ogóle nie wskazuje podstawy dysponowania.

Odwołujący zakwestionował również przedstawione przez spółkę Komunalnik w załączniku nr 1 do oferty ilości odpadów odebranych. W jego ocenie, wykaz świadczonych usług zawiera dane nieprawdziwe i w praktyce nierealne do osiągnięcia. Na potwierdzenie odwołujący przedłożył wyciąg z SIWZ przetargów przeprowadzonych przez gminy: Łambinowice, Branice, Otmuchów i Krapkowice oraz Nysa, w których podane zostały dane na temat ilości odpadów wytworzonych na ich terenach, a także prognozowanych do wytworzenia w trakcie realizacji zamówień.

Odwołujący przedstawił ponadto wykonaną w oparciu o powyższe wyliczenia analizę ilości odpadów wykazanych przez spółkę Komunalnik w załączniku nr 1 do oferty (w wersji przedłożonej po wezwaniu zamawiającego), a także wniósł o dopuszczenie dowodu z odpisów sprawozdań będących w posiadaniu ww. Gmin oraz wykonawcy, o masie poszczególnych rodzajów odebranych odpadów komunalnych (opracowane i przekazywane kwartalnie Gminom na podstawie art. 9n ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. (Dz.U.2013.1399 j.t z późn. zm.)). Odwołujący załączył:

1. Analizę w zakresie możliwości odbioru odpadów przez wykonawcę.
2. Sprawozdania, o którym mowa w art. 9n ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. (Dz.U.2013.1399 j.t z późn. zm.) dla gminy Łambinowice, Branice, Otmuchów, Krapkowice za okres trwania umów z tymi zamawiającymi.
3. Odpisy umów zawartych z zamawiającymi wskazanymi w pkt 2 powyżej.
4. Komunikat 2/0/2013 z września 2013 r. Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Opolu „Gospodarka odpadami w województwie Opolskim w 2012 roku” - ilość odpadów komunalnych zebranych z terenu gminy w województwie opolskim w 2012 r., str.: 6, 8, 9,10.

Powołując się na orzecznictwo KIO, odwołujący wskazał, że wykonawcy są zobowiązani do przygotowania dokumentów z należytą, a wręcz szczególną starannością, a podanie informacji nieprawdziwych i wprowadzających zamawiającego w błąd powinno być traktowane rygorystycznie. Zamawiający powinien w każdym przypadku reagować na



sygnały, czy to wynikające z posiadanych dokumentów, czy też otrzymane od podmiotów trzecich i podejmować przewidziane ustawą Pzp kroki prawne. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania z przyczyn określonych w art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp aktualizuje się na każdym etapie postępowania, gdy zamawiający poweźmie sprawdzoną lub przyznaną wiadomość o okolicznościach złożenia nieprawdziwej informacji.

Wykonawca P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Wykonawca wyjaśnił, że na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentu wskazującego na przynależność wykonawcy do grupy kapitałowej lub oświadczenia, że do tej grupy nie należy, złożył w dniu 27 sierpnia 2014 r. oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej. Wskazał, że na dzień składania ofert Prezes PHU Komunalnik Sp. z o.o. nie był już Prezesem spółki SOFTMEDIA Sp. z o.o., zgodnie z uchwałą z dnia 4 sierpnia 2014 r. w sprawie odwołania ze stanowiska Prezesa M. D. i powołania nowego prezesa, natomiast zgodnie z umową zawartą pomiędzy PHU Komunalnik Sp. z o.o., a osobą fizyczną M. D. w przedmiocie zbycia 100% udziałów w spółce WAYWER Sp. z o.o. przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. na rzecz M. D., co zostało zgłoszone do KRS w dniu 18 czerwca 2014 r. – wykonawca przedłożył kopię wniosku. Wykonawca zaznaczył jednocześnie, że ww. spółki nie brały udziału w postępowaniu, a wobec tego informacja o przynależności do grupy kapitałowej nie miała żadnego wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wezwał wykonawcę do zweryfikowania okresu realizacji usług wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu wykonanych usług, tak aby mieścił się on od 18 sierpnia 2011 r. do 18 sierpnia 2014 r. Wykonawca w dniu 27 sierpnia 2014 r. przedstawił nowy załącznik nr 1 do formularza oferty, w którym pomniejszył okres świadczenia usługi oraz ilości odebranych w tym czasie odpadów. Oba załączniki zawierają informacje prawdziwe, ponieważ odnoszą się one do różnych okresów.

Przystępujący przyznał, że złożył w ofercie poświadczenie wystawione przez Gminę Łambinowice z błędną datą, nie mniej jednak w posiadaniu wykonawcy jest poświadczenie wydane w okresie 3 miesięcy przed terminem składania ofert. Przystępujący podkreślił, że w wykazie podał informację, że usługa ta nadal jest wykonywana.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego spełniania warunku dotyczącego potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, przystępujący wyjaśnił, że na chwilę składania ofert dysponował wymaganymi ilościami pojazdów przeznaczonych do odbioru odpadów komunalnych, czego dowodem są przedłożone w załączeniu do przystąpienia kopie dowodów rejestracyjnych.

Odnośnie zarzutu spełnienia wymogu dotyczącego ilości odpadów wskazanych w rozdziale III pkt 1 ppkt 2 SIWZ przystępujący zauważył, że ilości odpadów podane w pozycji 1 i 2 załącznika nr 1 potwierdzają spełnianie warunku. Ponadto wyjaśnił, że w przypadku Gminy Otmuchów dane są prawidłowe, jednak podane zostały w odniesieniu do okresu objętego umową, a powinny być rozbite na okres obowiązywania umowy oraz okres poprzedzający podpisanie umowy, gdyż wówczas przystępujący także świadczył usługi odbioru odpadów komunalnych od osób fizycznych i firm na terenie gminy, co stanowi niedopatrzenie wykonawcy. W przypadku Gminy Krapkowice dane odbiegają o ok. 50Mg, gdyż wykonawca podał ilość w oparciu o szacunki ilości odebranych odpadów do dnia 18 sierpnia 2014 r., natomiast w przypadku gminy Branice doszło do oczywistej omyłki pisarskiej i ilość 700Mg odnosi się do odpadów selektywnie zebranych natomiast ilość 300 Mg do odpadów zmieszanych. Wykonawca podkreślił, że ilości wykazane w poz. 1 i 2 potwierdzają spełnienie wymagań co do wymaganych ilości odebranych odpadów. Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji w załączniku nr 1 do oferty w odniesieniu do pozostałych pozycji w części się potwierdził, jednak nie miało to znaczenia dla faktu spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. III pkt 1 ppkt 2 SIWZ.

#### **KIO 1896/14**

Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS WROCŁAW Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel - Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycy wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 24b ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o., pomimo nie złożenia przez tego wykonawcę, na wezwanie zamawiającego, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej;
- art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o., pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o., pomimo niespełnienia przez ww. wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia;
- art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość ceny oferty, a w rezultacie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P.H.U. Komunalnik

Sp. z o.o., pomimo niespełnienia przez ww. wykonawcę warunku zdolności ekonomicznej w zakresie dotyczącym ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej;

I. art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, polegające na wyborze oferty P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo, iż ww. wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta – podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu;

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- wykluczenia wykonawcy P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty;
- obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że wykonawca P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. złożył ofertę na cztery części zamówienia: część II Ciepłowody, część IV Domaniów, część V Miasto Oława, część VI Przeworno. Odwołujący złożył ofertę jedynie na część V - Miasto Oława. W dniu 5 września 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Komunalnik jako najkorzystniejszej w częściach II, V i VI. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na 2 pozycji w części V.

#### Zarzut I

Wykonawca Komunalnik nie załączył do oferty oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej lub listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Wezwany przez zamawiającego pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r. do uzupełnienia tego braku, złożył oświadczenie z dnia 14 sierpnia 2014 r. o braku przynależności do grupy kapitałowej.

Zdaniem odwołującego, wykonawca powinien był złożyć listę podmiotów należących do grupy kapitałowej, gdyż jak wynika z odpisów z KRS firm SOFT MEDIA Sp. z o.o. oraz WAYWER Sp. z o.o. są to spółki będące w grupie kapitałowej z wykonawcą P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. W spółce WAYWER Sp. z o.o. jedynym udziałowcem jest P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o., a prokurentem samoistnym tej spółki (przy braku Zarządu) jest p. M. D. - Prezes jednoosobowego Zarządu spółki P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. W spółce SOFT MEDIA Sp. z o.o. p. M. D. jest jedynym członkiem Zarządu (Prezesem Zarządu), a P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. posiada 20% udziałów w tej spółce. Odwołujący załączył odpisy z KRS ww. spółek.

Zgodnie z art. 24b ust 3 Pzp, zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d. W tym ostatnim przepisie mowa o liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.). Jak stanowi

art. 4 ww. ustawy, przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Termin „kontrolowanie” należy rozumieć zgodnie z art. 4 pkt 4 ww. ustawy. Przepis ten za kontrolę uznaje wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców.

Skoro p. M. D. jest jedynym członkiem Zarządu spółek P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. oraz SOFT MEDIA Sp. z o.o., oraz ma 4/5 udziałów w spółce Komunalnik Sp. z o.o., to niewątpliwie jest spełniona przesłanka przejęcia kontroli Spółki Komunalnik nad spółką SOFT MEDIA Sp. z o.o. Podobnie, jeśli chodzi o spółkę WAYWER Sp. z o.o. - Komunalnik Sp. z o.o. ma w niej 100% udziałów, a zatem ma dominujący wpływ wynikający z dysponowania całością głosów na zgromadzeniu wspólników i powoływania wszystkich członków zarządu. Wykonawca Komunalnik Sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, mimo że należy do grupy kapitałowej, zatem, zgodnie z dyspozycją art. 24b ust. 3 Pzp, powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Zarzut II-III

Zamawiający sformułował w rozdziale III pkt 1.2) SIWZ warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia: „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał: usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, w ramach których odebrał odpady komunalne zmieszane oraz gromadzone selektywnie, od mieszkańców nieruchomości w następujących ilościach minimalnych dla poszczególnych części zamówienia, określonych w ust. 1 Rozdziału I SIWZ. Część 1 Borów odpady zmieszane 600 Mg Selektywnie 100 Mg; Część II Ciepłowody zmieszane 350 Mg, selektywnie 50 Mg; Część III Czernica zmieszane 1500 Mg, selektywnie 250 Mg; Część IV Domaniów zmieszane 1000 Mg, selektywnie 100 Mg; Część V Miasto Oława zmieszane 5000 Mg, selektywnie 600 Mg; Część VI Przeworno zmieszane 600 Mg, selektywnie 100 Mg; Część VII Siechnice zmieszane 3000 Mg, selektywnie 500 Mg; Część VIII Żórawina zmieszane 2000 Mg, selektywnie 200 Mg. W przypadku składania przez wykonawcę oferty na więcej niż 1(jedną) część niniejszego zamówienia powyższe wymogi należy odpowiednio sumować tak aby dla każdej części zamówienia wymóg ten został spełniony”.

Wykonawca Komunalnik złożył ofertę na części II, IV, V i VI, powinien więc wykazać doświadczenie w odebraniu 6950 Mg odpadów zmieszanych i 850 Mg odpadów selektywnych.

Ww. wykonawca przedstawił (po uzupełnieniu z dnia 26 sierpnia 2014 r.)

zaktualizowany wykaz usług, w którym wskazał 6 pozycji. Zdaniem odwołującego, w wykazie tym znajdują się informacje nieprawdziwe, które mają wpływ na wynik postępowania, gdyż dzięki nim wydaje się, że wykonawca osiągnął wskazany pułap minimalny ilości odpadów określony w warunku, podczas, gdy w rzeczywistości nie może wykazywać się taką ilością odebranych odpadów. Ponadto, niektóre z dowodów, składanych na potwierdzenie należytego wykonania usług, nie mogą być przez zamawiającego uwzględnione z przyczyn podanych poniżej.

Odwołujący odniósł się do poszczególnych pozycji wykazu. I tak:

1. Odbieranie odpadów w Gminie Nysa (spółdzielnie mieszkaniowe, wspólnoty mieszkaniowe) w ilości 4320 Mg zmieszane/ 470 Mg selektywne.

Jako dowody należytego wykonania wykonawca załączył poświadczenia ze Wspólnot Mieszkaniowych lub od zarządcy nieruchomości, jednakże poświadczenia te nie wypełniają przesłanek z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, gdyż zostały wydane gdy usługi wciąż były wykonywane (co wynika z ich treści), a daty ich wydania są dużo wcześniejsze niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert:

- poświadczenie Spółdzielni Mieszkaniowej Lokatorsko-Własnościowej „Energetyk” zostało wystawione w dniu 23.08.2013 r., a stwierdza „informuje, że od 2009 r. współpracuje z PHU Komunalnik”;
- poświadczenie Spółdzielni Mieszkaniowej Lokatorsko-Własnościowej „Nadzieja” zostało wystawione w dniu 23.08.2013 r., a stwierdza „informuje, że od 2009 r. współpracuje z PHU Komunalnik”;
- poświadczenie Nyskiego Zarządu Nieruchomości Sp. z o.o. zostało wystawione w dniu 23.08.2013 r., a stwierdza „PHU Komunalnik Sp. z o.o. wykonuje usługi”;
- poświadczenie Spółdzielni Mieszkaniowej Lokatorsko-Własnościowej „Zgoda” zostało wystawione w dniu 23.08.2013 r., a stwierdza „informuje, że od 2009 r. współpracuje z PHU Komunalnik”;
- poświadczenie firmy Zarządzanie Nieruchomościami Mieszkalnymi Z. C. zostało wystawione w dniu 23.08.2013 r., a informuje, że „Współpraca z firmą Komunalnik przebiega sprawnie i bezkonfliktowo”.

Zamawiający powinien był zweryfikować prawidłowość ww. poświadczeń i co najmniej wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, ile odpadów przypadało na jedyne aktualne poświadczenia od firmy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Posesja” oraz Spółdzielni Mieszkaniowej Lokatorsko- Własnościowej Administracja Osiedle „Południe”.

Ponadto, odwołujący poddał w wątpliwość dane o zebraniu 470 Mg odpadów zmieszanych, gdyż przed wejściem w życie nowelizacji ustawy o utrzymaniu-czystości i porządku w gminach, tj. 1 lipca 2013 r. rzadko który odbiorca indywidualny segregował śmieci.

2. Odbieranie odpadów w Gminie Nysa (odbiorcy indywidualni, firmy) w ilości 6610 Mg zmieszane/ 750 Mg selektywne.

Odwołujący zakwestionował dane o zebraniu 750 Mg odpadów selektywnych od odbiorców indywidualnych i firm, wskazując na argumentację jw. Ponadto, oświadczenie własne wykonawcy o obsługiwaniu 18.000 mieszkańców Nysy w zakresie odbierania odpadów w latach 2009-2013 nie wypełnia wymogów „dowodów” należytego wykonania, o których mowa w § 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Oświadczenie to nie stwierdza bowiem, że usługi zostały wykonane należyście bezwarunkowo. Wynika z niego, że należyście wykonano tylko te, co do których zachowano ciągłość trwania umów. Natomiast od wejścia w życie tzw. nowej umowy śmieciowej zapewne niewiele z umów zostało kontynuowanych,

3. Odbieranie odpadów w Gminie Łambinowice w ilości 800 Mg zmieszane/250 Mg selektywne.

Poświadczenie od Zakładu Gospodarki Komunalnej w Łambinowicach jest już nieaktualne. Stwierdza ono, że umowa nadal trwa, natomiast poświadczenie wydano w dniu 24.04.2014 r., tj. wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający nie mógł brać pod uwagę ilości wykazywanych dla Gminy Łambinowice.

4. Odbieranie odpadów w Gminie Branice w ilości 720 Mg zmieszane/ 300 Mg selektywne.

Odwołujący stwierdził, że w okresie od początku realizacji umowy do daty wydania poświadczenia (w zaokrągleniu do maja 2014 r. włącznie) wykonawca Komunalnik nie mógł odebrać wskazywanej ilości odpadów selektywnych. Wynika to z ilości odpadów zmieszanych i selektywnych, przewidywanych przez zamawiającego usługę - Gminę Branice w SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Branice odbieranych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy” (nr postępowania G0.271.3.2013). Z załącznika nr 1 do SIWZ pkt 3.4 wynika, że Gmina Branice przewidywała w okresie realizacji zamówienia (12 miesięcy), że ilość odpadów komunalnych wyniesie 600 Mg zmieszanych i 326 Mg selektywnych.

Tymczasem w okresie 6 miesięcy realizacji umowy (od dnia 13.12.2013 r.) wykonawca Komunalnik wykazał zebranie z terenu Gminy Branice 720 Mg odpadów zmieszanych i 300 Mg odpadów selektywnych. Takie wartości, znacznie przekraczające przewidywane, świadczą o podaniu nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Komunalnik.

5. Odbieranie odpadów w Gminie Otmuchów w ilości 1600 Mg zmieszane/240 Mg selektywne.

W okresie od początku realizacji umowy (tj. 01.02.2014 r.) do daty wydania poświadczenia (w zaokrągleniu do czerwca 2014 r. włącznie) wykonawca Komunalnik nie

mógł odebrać wskazanej ilości odpadów selektywnych, tj. 1600 Mg zmieszanych ani 240 Mg selektywnych. Wynika to z ilości odpadów zmieszanych i selektywnych, przewidywanych przez zamawiającego - Gminę Otmuchów w SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości niezamieszkałych z terenu Gminy Otmuchów”, nr postępowania 19/2013. Z tabeli nr 1 SIWZ wynika, że w Gminie Otmuchów w pierwszym półroczu 2013 r. zebrano 913,51 Mg odpadów zmieszanych (oznaczałoby to około 1830 Mg/rok) oraz około 90 Mg odpadów selektywnych. Nawet zaokrąglając ilość odpadów selektywnych do 200 Mg/rok, mało prawdopodobne jest, aby w ciągu 5 miesięcy realizacji umowy zebrać 1600 Mg odpadów zmieszanych i 240 Mg odpadów selektywnych z terenu Gminy Otmuchów. Wartości podane przez wykonawcę, przekraczające ilości przewidywane niemal o połowę, świadczą o podaniu nieprawdziwych informacji.

6. Odbieranie odpadów w Gminie Krapkowice w ilości 1900 Mg zmieszane/450 Mg selektywne.

W okresie od początku realizacji umowy (tj. 01.04.2014 r.) do daty wydania poświadczenia (w zaokrągleniu do czerwca 2014 r. włącznie), czyli 3 miesiące wykonywania usługi wykonawca Komunalnik nie mógł odebrać wskazywanej ilości odpadów selektywnych tj. 1900 Mg zmieszanych, a 450 Mg selektywnych. Wynika to z ilości odpadów zmieszanych i selektywnych, przewidywanych przez zamawiającego - Gminę Krapkowice w SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Krapkowice”, nr postępowania PiRG.271.1.02.2014. Ze str. 2 SIWZ wynika, że w Gminie Krapkowice w 9-miesięcznym okresie realizacji umowy przewidywała odbiór 2.841,01 Mg odpadów zmieszanych i 456,56 Mg odpadów selektywnych. Oznacza to, że rocznie w Gminie Krapkowice ilość odbieranych odpadów wynosi 3.788,01 Mg zmieszane i 608,75 Mg selektywne. W ciągu 3 miesięcy dawałoby to 947 Mg odpadów zmieszanych i 152,19 Mg selektywne. Tymczasem wykonawca w poz. 6 wykazu usług wskazał za 3 miesiące realizacji usługi 1900 Mg odpadów zmieszanych i 1450 Mg odpadów selektywnych. Wartości te, przekraczające przewidywane ilości kilkukrotnie (np. w przypadku odpadów selektywnych niemal 10-krotnie), świadczą o podaniu nieprawdziwych informacji.

W świetle powyższych wyliczeń, do wykazania doświadczenia wykonawcy Komunalnik można przyjąć 2009,50 Mg odpadów zmieszanych i 398,52 Mg odpadów selektywnych. Nie wystarcza to do wykazania spełnienia wymagania dla części V 5000 Mg zmieszanych i 600 Mg selektywnych, ani też łącznie dla wykazania warunku doświadczenia dla części II, IV, V i VI, dla których wykonawca powinien się wykazywać doświadczeniem w odebraniu 6950 Mg odpadów zmieszanych i 850 Mg odpadów selektywnych.

#### Zarzut IV

Wykonawca Komunalnik zaoferował wykonanie usługi dla części V po cenie rażąco niskiej. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do wyjaśnień elementów cenotwórczych. Na część V zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 8.783.124,84 zł. Odwołujący zaoferował cenę 6.444.068,40 zł, a Komunalnik 5.399.965,44 zł, tj. około 61,15% ceny zamawiającego i około 84% ceny odwołującego. W pozostałych częściach, na które ofertę składał Komunalnik stosunek ceny ofert do kwoty przewidzianej przez zamawiającego wynosił 78%.

Odwołujący wyjaśnił, iż dotychczas obsługiwał Miasto Oławę w zakresie odbioru odpadów. Posiada bazę magazynowo-transportową na terenie Oławy. Komunalnik posiada natomiast bazę w Nysie, tj. około 57 km od Oławy. W bazie magazynowo-transportowej parkowane są na noc pojazdy do transportu odpadów. Oznacza to, że codziennie Komunalnik będzie musiał pokonywać dodatkowe 114 km (w stosunku do odwołującego), co przełoży się na minimum 2 godziny pracy kierowców dodatkowo. Odwołujący przedstawił własne wyliczenia, przy założeniu kosztów minimalnych. Zdaniem odwołującego, oferta Komunalnika jest niedoszacowana o co najmniej 409.160.16 zł ( $0,36 \text{ zł} \times 31 \text{ 571} \text{ mieszkańców} \times 36 \text{ miesięcy} = 409.160,16 \text{ zł}$ ). Przy czym do powyższych kalkulacji nie wzięto pod uwagę następujących kosztów:

- + zbiórki gabarytów + pozostałych kosztów ogólnych,
- + kosztów prowadzenia bazy magazynowo-transportowej,
- + koszty gps dla każdego pojazdu (wymóg ze str. 7 siwz),
- + monitoring pojazdów i udostępnienie monitoringu on-line zamawiającemu (wymóg ze str. 7 siwz).

Odwołujący wskazał, że stawki w pozostałych częściach zamówienia, na które ofertę składał Komunalnik są wyższe, mimo że baza transportowa jest położona bliżej obsługiwanych gmin. Stawki te wynoszą odpowiednio: 5,59 zł/os (Ciepłowody), 5,60 zł/os (Domaniów) oraz 5,59 zł/os (Przeworno). Tymczasem dla części V zaoferował stawkę 4,40 zł/os.

#### Zarzut V

Zamawiający sformułował w rozdziale III pkt 1.4) SIWZ warunek zdolności ekonomicznej: „a) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 200.000 zł w przypadku gdy Wykonawca składa ofertę na jedną z części zamówienia oraz odpowiednią wielokrotność ww. kwoty w przypadku gdy składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia (np. 2 części - 400 tys. zł, 3 części - 600 tys. zł itd.)”

Wykonawca Komunalnik przedstawił polisę, jednakże działalność, która jest objęta polisą nie jest związana z przedmiotem zamówienia, którym jest odbiór i transport odpadów.



Polisa wskazuje na objęcie zakresem ochrony ubezpieczeniowej zbierania odpadów. Odbiór odpadów komunalnych to odrębny rodzaj działalności reglamentowanej regulowany przepisami ustawy z dnia 13.09.1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Usługa odbioru odpadów nie obejmuje swym zakresem zbierania odpadów w żadnej z form określonych w treści art. 3 ust. 1 pkt 34 w z w. z art. 3 ust 1 pkt 5 ustawy z dnia 14.12.2014r. o odpadach.

Wykonawca P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej wykonawca przedstawił argumentację taką, jak w przypadku odwołania KIO 1888/14.

W odniesieniu do zarzutu, że przystępujący nie mógł zebrać odpowiednio 470Mg i 750Mg odpadów selektywnie zebranych w okresie 1 roku i 10 miesięcy z terenu spółdzielni mieszkaniowych i wspólnot mieszkaniowych na terenie Gminy Nysa wykonawca wyjaśnił, że w Gminie Nysa od wielu lat funkcjonowała selektywna zbiórka odpadów komunalnych w tzw. „dzwonek” i w systemie workowym. Wykonawca wskazał, że poświadczenia spółdzielni mieszkaniowych zostały wystawione prawidłowo, gdyż usługi te od 1 lipca 2013 r. wykonywane są przez podmiot wyłoniony w drodze przetargu.

Odnosnie terminu poświadczenia wystawionego przez Gminę Łambinowice wykonawca przedstawił stanowisko, jak w przystąpieniu do postępowania o sygn. akt KIO 1888/14. Podobnie w odniesieniu do zarzutu dotyczącego uzupełnienia wykazu usług w zakresie pozycji 1 i 2 tego wykazu oraz w odniesieniu do zarzutów dotyczących pozostałych pozycji wykazu, przystępujący wyjaśnił, jak w przystąpieniu do sprawy KIO 1888/14. Wykonawca dodał ponadto, że podane w tych pozycjach ilości zostały oszacowane za okres do 18 sierpnia 2014 r., a nie do czerwca 2014 r., jak podnosi odwołujący.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty PHU Komunalnik Sp. z o.o., przystępujący wyjaśnił, że w zaoferowanej cenie ujął wszystkie koszty i zysk na poziomie około 20%. Wskazał, że obliczenia przedstawione w odwołaniu są bezpodstawne, ponieważ usługa odbioru odpadów komunalnych na terenie gmin należących do zamawiającego nie jest świadczona codziennie, tylko w określonych w regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Związku – odstępach czasowych. W ocenie wykonawcy, różnica 29 tys. zł miesięcznie pomiędzy ceną oferty odwołującego i przystępującego jest niewielka i nie stanowi podstawy do uznania ceny oferty przystępującego za zaniżoną. Wykonawca podniósł również, że prowadzi niewielkie przedsiębiorstwo, które generuje znacznie niższe koszty administracyjne niż konsorcjum odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego polisy ubezpieczeniowej złożonej w ofercie przystępującego, wykonawca wskazał, że polisa ta obejmuje zakres usług odbioru odpadów komunalnych, co potwierdza informacja ubezpieczyciela załączona do przystąpienia. Przedmiotowa polisa zabezpiecza szkody w związku z zarządzaniem składowiskiem odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Okopach na kwotę 300 000,00 zł, natomiast ogólna kwota polisy opiewa na sumę 2 000 000,00 zł, co potwierdza, że zarzut jest bezpodstawny.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie obu odwołań, jako niezasadnych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niewykazania przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. wymaganego doświadczenia i złożenia w tym zakresie nieprawdziwych informacji wyjaśnił, że uznał za wystarczające pozycje 1 i 2 złożonego przez tego wykonawcę wykazu wykonanych usług w zakresie wymaganych ilości i nie ocenił pozostałych pozycji wykazu. Suma tych dwóch pozycji była wystarczająca dla wykazania doświadczenia w 4 częściach zamówienia, na które oferty złożył przystępujący. W ocenie zamawiającego informacje podane przez przystępującego odnośnie potencjału technicznego, tj. dotyczące pojazdów są prawidłowe. Zamawiający wymagał podania opisu, rodzaju, numeru rejestracyjnego pojazdu (zał. Nr 2 do formularza oferty). W ocenie zamawiającego, oświadczenie złożone przez wykonawcę w przystąpieniu co do sprzedaży udziałów w spółkach powiązanych jest wiarygodne i potwierdza, że na dzień składania ofert wykonawca nie był zobowiązany do złożenia listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej. W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty podniósł, że kalkulacja przedstawiona przez odwołującego nie ma wprost zastosowania w przypadku oferty przystępującego, np. przystępujący nie ponosi kosztów amortyzacji pojazdów, którymi dysponuje na podstawie umowy leasingu. Odnosząc się do kwestii odległości bazy magazynowo-transportowej przystępującego od gminy wskazał, że wykonawcy organizują bazy magazynowo-transportowe w bliżej odległości w przypadku podpisania umowy z gminą. W odniesieniu do argumentacji odwołującego odnośnie aktualnej częstotliwości odbioru odpadów przez P.H.U. TRANS-FORMERS wskazał, że odbiory są dokonywane od poniedziałku do soboty, tj. przez 6 dni w tygodniu z częstotliwością określoną w harmonogramie.

Zamawiający uznał, że nie miał podstaw do żądania wyjaśnień elementów mających wpływ wysokość zaoferowanej przez przystępującego ceny w zadaniu nr 5. Wskazał, że aktualne koszty ponoszone z tytułu wykonania usług porównywalnych z przedmiotem zamówienia wynoszą około 176 tys. zł miesięcznie, a w przypadku oferty przystępującego zostały skalkulowane na poziomie około 156 tys. zł miesięcznie.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż obaj odwołujący się, wykazali spełnienie przesłanek, określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniających do wniesienia odwołania w odniesieniu do odpowiednich części zamówienia wskazanych w treści odwołań.

Izba uznała, że przystąpienia do postępowania odwoławczego, zgłoszone w sprawie o sygn. akt KIO 1888/14 oraz KIO 1896/14 przez wykonawcę: P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. - po stronie zamawiającego są skuteczne. Wykonawca wykazał interes w rozstrzygnięciu wniesionych odwołań na korzyść zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta w zadaniach nr II i VI oraz V została wybrana jako najkorzystniejsza.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniach, które zostały podtrzymane przez odwołujących na rozprawie. Izba nie rozpoznawała zarzutu cofniętego na rozprawie przez odwołującego: Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS WROCŁAW Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel - Dolny Śląsk Sp. z o.o. dotyczącego niewykazania przez P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. spełniania warunku zdolności ekonomicznej, tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą kwotę.

#### Zarzuty wspólne dla obu odwołań.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. z powodu niezłożenia listy podmiotów należących do grupy kapitałowej Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV ust. 2 lit.h Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zamawiający wymagał złożenia w ofercie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do tej grupy kapitałowej.

Wykonawca P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. nie złożył dokumentu wymaganego zgodnie z ww. wymaganiem SIWZ. W dniu 22 sierpnia 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia ww. dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. w dniu 26 sierpnia 2014 r.

złożył w uzupełnieniu dokument z dnia 14 sierpnia 2014 r. – oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z art. 24b ust 3 Pzp, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który m.in. nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d. W tym ostatnim przepisie mowa o liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, który odwołuje się do pojęcia „grupy kapitałowej” w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.). Jak stanowi art. 4 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również przez tego przedsiębiorcę. Termin „przejęcie kontroli” został zdefiniowany w art. 4 pkt 4 ww. ustawy, zgodnie z którym przez przejęcie kontroli - rozumie się „wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

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

Jak wynika z treści przywołanego powyżej przepisu, katalog uprawnień umożliwiających przedsiębiorcy wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców nie jest zamknięty. Mogą tu wchodzić w zakres inne stany faktyczne, skutkujące uzyskaniem przez danego przedsiębiorcę decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców.

Zgodnie z przedłożonymi przez odwołujących informacjami z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 13 września 2014 r. pod Nr KRS: 0000158669 zarejestrowana jest spółka SOFT MEDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie, ul. Morcinka 66E, w której spółka PHU Komunalnik Sp. z o.o. posiada 20 udziałów, a p. M. D. jednoosobowo pełni funkcję Prezesa Zarządu. Jednym z prokurentów w spółce jest p. M. D. (prokura samoistna). Natomiast pod NR KRS: 0000394640 zarejestrowana jest spółka WAYWER Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Św. Jerzego 1A, w której jedynym wspólnikiem jest spółka PHU Komunalnik Sp. z o.o. posiadająca 50 udziałów o łącznej wartości 5 000,00 zł. Dział 2 nie zawiera wpisu odnośnie osób wchodzących w skład zarządu tej spółki. W spółce zostało ustanowionych dwoje prokurentów, w tym m.in. p. M. D. (prokura samoistna).

Wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. wyjaśnił w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, że na dzień składania ofert prezes PHU Komunalnik Sp. z o.o. p. M. D. nie był już prezesem spółki Soft Media Sp. z o.o., zgodnie z uchwałą z dnia 4 sierpnia 2014 r. w sprawie odwołania ze stanowiska prezesa p. M. D. i powołania nowego prezesa, natomiast zgodnie z umową, zawartą pomiędzy PHU Komunalnik Sp. z o.o., a osobą fizyczną M. D. w przedmiocie zbycia 100% udziałów w spółce WAYWER Sp. z o.o. przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. na rzecz p. M. D., co zostało zgłoszone do KRS w dniu 18 czerwca 2014 r. – wykonawca przedłożył kopię wniosku – PHU Komunalnik Sp. z o.o. nie posiada już udziałów w tej spółce. W toku rozprawy przystępujący złożył kopię umowy sprzedaży udziałów w spółce WAYWER Sp. z o.o. z dnia 18 lutego 2014 r. zawartej pomiędzy PHU Komunalnik Sp. z o.o. a p. M. D. . Przystępujący złożył również kopię wniosku o zmianę danych dotyczących podmiotu Soft Media Sp. z o.o. z dnia 15 marca 2011 r. (bez podpisu) oraz Zarządzenia Sądu Rejonowego dla Wrocławia – Fabryczna Wydział VI Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 10 września 2014 r., dotyczące dołączenia do wniosku zgłoszenia aktualizacyjnego NIP w zakresie zmiany siedziby i przedmiotu działalności. W załączeniu do przystąpienia wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. złożył kopię wniosku o zmianę danych podmiotu ECOWORKS Sp. z o.o. (Nr KRS 000034640) z dnia 18 czerwca 2014 r.

Izba zważyła, że informacje z KRS wskazane powyżej, złożone przez odwołujących potwierdzają, że spółka PHU Komunalnik Sp. z o.o. powiązana jest osobowo z Soft Media sp. z o.o. z/s ul. Morcinka 66E, 48-300 Nysa, poprzez osobę prezesa tej spółki, pełniącego jednocześnie tożsamą funkcję w spółce PHU Komunalnik Sp. z o. o. oraz kapitałowo z WAYWER sp. z o.o. z/s ul. Świętego Jerzego 1A, 50-518 Wrocław, w której zgodnie z umową sprzedaży udziałów z dnia 18 lutego 2014 r. prezes Spółki PHU Komunalnik Sp. z o.o. posiada 100% udziałów. W ocenie Izby, poprzez powyższe powiązania osobowo-kapitałowe jest możliwe wywieranie wpływu przez spółkę PHU Komunalnik Sp. z o.o. na

pozostałe dwie spółki. Spółki te stanowią zatem grupę kapitałową w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym należy uznać, że wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. był zobowiązany do złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Izba zważyła również, że wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o., powołując się na zmiany personalne w organach zarządu wymienionych wyżej spółek nie przedstawił dowodów (uchwały wspólników) w sprawie dokonanych zmian, na które się powoływał, zatem, wobec braku obalenia domniemania prawdziwości wpisów w KRS wynikającego z przepisów ustawy o KRS, należało uznać, że zmiany takie nie zostały przez ww. wykonawcę udowodnione. Kopie wniosków o zmianę danych podmiotów w rejestrze przedsiębiorców nie stanowią dowodu wskazywanych przez przystępującego zmian, wobec braku udowodnienia właściwej treści tych zmian. Wniosek dotyczący spółki Soft Media Sp. z o.o. pochodzi z 2011 r., a wobec tego nie pozostaje w jakimkolwiek związku z twierdzeniami przystępującego, podobnie jak wniosek dotyczący spółki EKOWORKS Sp. z o.o.

Wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. nie złożył zatem w przedmiotowym postępowaniu wymaganej listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Ponieważ wykonawca był wzywany w tym zakresie do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie może być ponownie wezwany do uzupełnienia tego dokumentu. Wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. podlega zatem wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24d ust. 3 Pzp. Uwzględnienie tego zarzutu dotyczy obu rozpoznawanych odwołań, a wobec tego wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24d ust. 3 Pzp w części II i VI oraz w części V zamówienia, tj. w zakresie objętym odwołaniami.

Biorąc pod uwagę okoliczność, że wykonawca zobowiązany do złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, złożył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, należy uznać, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w tym zakresie. Skoro jednak ww. spółki nie brały udziału w postępowaniu, który to fakt nie był kwestionowany przez odwołujących, wobec tego nieprawdziwa informacja o przynależności do grupy kapitałowej nie miała i nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania. Brak jest zatem podstaw do wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w omówionym powyżej zakresie.

W zakresie zarzutu naruszenia art 24 ust 2 pkt 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć lub mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie danych dotyczących spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia, jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli

nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie ZMSO, w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r.

Zawarte w treści SIWZ wymagania zamawiającego, dotyczące sposobu wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, zarówno w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak i potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia określone zostały przez zamawiającego w SIWZ w sposób niebudzący wątpliwości i nie były sporne pomiędzy stronami w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Zamawiający wymagał w rozdziale III pkt 1.2) SIWZ warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny tych warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, aby wykonawca: „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał: usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, w ramach których odebrał odpady komunalne zmieszane oraz gromadzone selektywnie od mieszkańców nieruchomości w następujących ilościach minimalnych dla poszczególnych części zamówienia określonych w ust. 1 Rozdziału I SIWZ.

Cześć 1 Borów odpady zmieszane 600 Mg Selektywnie 100 Mg,

Cześć II Ciepłowody zmieszane 350 Mg, selektywnie 50 Mg,

Cześć III Czernica zmieszane 1500 Mg, selektywnie 250 Mg,

Cześć IV Domaniów zmieszane 1000 Mg, selektywnie 100 Mg,

Cześć V Miasto Oława zmieszane 5000 Mg, selektywnie 600 Mg,

Cześć VI Przeworno zmieszane 600 Mg, selektywnie 100 Mg,

Cześć VII Siechnice zmieszane 3000 Mg, selektywnie 500 Mg,

Cześć VIII Żórawina zmieszane 2000 Mg, selektywnie 200 Mg

W przypadku składania przez wykonawcę oferty na więcej niż 1(jedną) część niniejszego zamówienia powyższe wymogi należy odpowiednio sumować tak aby dla każdej części zamówienia wymóg ten został spełniony".

Wykonawca P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. złożył ofertę na cztery części zamówienia: część II Ciepłowody, część IV Domaniów, część V Miasto Oława, część VI Przeworno, a wobec tego powinien wykazać się doświadczeniem łącznie w odebraniu 6950 Mg odpadów zmieszanych i 850 Mg odpadów selektywnych.

Wykonawca złożył w ofercie wykaz wykonanych usług zawierający 6 pozycji, w tym pozycja 1 i 2 dotyczyły usług wykonanych (zakończonych) trwających od 1 lipca 2011 r. do 30 czerwca 2013 r. Natomiast w pozycjach 3-6 wykonawca przedstawił usługi trwające nadal. Wykonawca przedłożył w ofercie listy referencyjne i poświadczenia mające na celu potwierdzenie należytego wykonania lub wykonywania usług wskazanych w wykazie, a także oświadczenie własne wykonawcy w odniesieniu do usług wykonanych na rzecz odbiorców indywidualnych i firm na terenie Gminy Nysa w latach 2009-2013. Wykonawca wskazał,

że z tego okresu posiada 3187 umów z odbiorcami indywidualnymi oraz z 1188 umów z firmami. Wyjaśnił, że uzyskanie referencji w tym zakresie jest niemożliwe z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a dowodem potwierdzającym należyte wykonanie jest ciągłość trwania umów. Oświadczenie powyższe nie zostało opatrzone datą.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r. zamawiający wezwał ww. wykonawcę m.in. do wyjaśnienia informacji zawartych w załączniku nr 1 do oferty (wykaz usług) w trybie określonym w art. 26 ust. 4 Pzp w pozycji 1 i 2 wykazu w związku z faktem, iż okres świadczenia usług wykazanych w ww. załączniku na rzecz Gminy Nysa dotyczy okresu dłuższego niż ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wymagał określenia ilości odebranych odpadów w okresie obejmującym trzy lata przed terminem składania ofert. W odniesieniu do pozycji 4-6 wykazu zamawiający zażądał podania w poszczególnych pozycjach ilości odpadów odebranych od daty rozpoczęcia świadczenia usług do dnia nieprzekraczającego terminu składania ofert.

W ocenie Izby, podanie powyższych danych wymaganych w wezwaniu zamawiającego było uzasadnione brzmieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania faktycznego odbioru określonej ilości odpadów w wymaganym okresie - nieprzekraczającym trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zdaniem Izby, wykonawca powinien być zostać wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia wykazu, w związku z tym, że podane w wykazie ilości odebranych odpadów nie odpowiadały okresowi, w jakim wymagane było ich wykonanie. Podane przez wykonawcę w wykazie złożonym w ofercie ilości dotyczyły umów trwających w okresie dłuższym (zakończonych – poz. 1 i 2 wykazu) oraz ilości, które miały być wykonane na podstawie umów nadal trwających (wykonywanych - poz. 3-6 wykazu).

Wykonawca pismem z dnia 26 sierpnia 2014 r. uzupełnił formularz załącznika nr 1 do oferty (wykaz usług), w którym wskazał abstrakcyjne terminy rozpoczęcia świadczenia usług na rzecz Gminy Nysa. Wykonawca dopasował daty początkowe świadczenia usług do terminu dokładnie 3 lat licząc do upływu terminu składania oferta). Wykonawca pomniejszył jednocześnie ilości odebranych odpadów zarówno zmieszanych, jak i segregowanych. W ocenie Izby, dokonane zmiany w zakresie terminów rozpoczęcia świadczenia usług wynikły z braku zrozumienia intencji zamawiającego, wyrażonej w wezwaniu odnośnie faktycznie wykonanych odbiorów odpadów w wymaganym okresie. Wykaz powinien bowiem podlegać uzupełnieniu wyłącznie w zakresie rzeczywistych ilości odebranych odpadów w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, niezależnie od dat rozpoczęcia realizacji wskazanych usług.

Z analizy obu złożonych dokumentów (wykazów usług), wynika, że wykonawca



w pierwotnie złożonym wykazie podał ilości odpadów odebrane (lub które miały być odebrane w przypadku umów nadal wykonywanych) w całym okresie trwania poszczególnych umów, tj. w okresie wykraczającym poza trzy lata przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca uzupełnił więc wykaz, wskazując dane dotyczące ilości odebranych odpadów - wymagane do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w SIWZ. Zmienione daty rozpoczęcia usług w poz. 1 i 2 należy potraktować w tym przypadku, jako daty wyłącznie „umowne” – określone przez zamawiającego w wezwaniu jako graniczne, w odniesieniu do których należało obliczyć i podać w wykazie ilości faktycznie odebranych odpadów.

Jak słusznie zauważył odwołujący, wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści dokumentu, która nie została w nim zawarta. Dlatego też, w ocenie Izby, pomimo iż zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień, wymagane informacje podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Uzupełnienie to nastąpiło ze strony wykonawcy w wymaganym terminie. W związku z wyczerpaniem trybu uzupełnienia wykazu w zakresie ilości odebranych odpadów wykaz usług nie może podlegać ponownemu uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w tym zakresie.

Potwierdził się zarzut, iż wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. złożył w ofercie poświadczenie wykonywania (trwającego nadal) usług dla Gminy Łambinowice (poz. 3 wykazu), które nie spełnia wymagań określonych w § 1 ust. 2 ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, gdyż zostało ono wystawione w dniu 25 kwietnia 2014 r., a zatem wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Wykonawca PHU Komunalnik przyznał ten fakt w przystąpieniu. Dokument ten podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosnie poświadczeń wystawionych przez usługobiorców z terenu Gminy Nysa (poz. 1 i 2 wykazu usług) Izba stwierdziła, że za wyjątkiem poświadczenia firmy „Posesja” M. M. w Nysie oraz Spółdzielni Mieszkaniowej Lokatorsko-Własnościowej w Nysie, nie potwierdzają one, że świadczenie usług zostało przez wykonawcę zakończone (jak wskazano to w treści wykazu usług), a zatem poświadczenia te nie spełniają wymogów § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach, co do potwierdzenia należytego wykonania zrealizowanych usług. Jak wskazał przystępujący w wykazie, usługi te zostały zakończone. Jako dowody należytego wykonania wykonawca załączył poświadczenia ze Wspólnot Mieszkaniowych lub od zarządcy nieruchomości, z treści których wynika, że dotyczą one usług jeszcze niezakończonych.

W poświadczeniu Spółdzielni Mieszkaniowej Lokatorsko-Własnościowej „Energetyk” z dnia 23.08.2013 r. stwierdza się, że „od 2009 r. współpracuje z PHU Komunalnik”. W poświadczeniu Spółdzielni Mieszkaniowej Lokatorsko-Własnościowej „Nadzieja”

wystawionym w dniu 23.08.2013 r. stwierdza się, że „od 2009 r. współpracuje z PHU Komunalnik”. W poświadczeniu Nyskiego Zarządu Nieruchomości Sp. z o.o. wystawionym w dniu 23.08.2013 r. stwierdzono, że „PHU Komunalnik Sp. z o.o. wykonuje usługi”. W poświadczeniu Spółdzielni Mieszkaniowej Lokatorsko-Własnościowej „Zgoda” wystawionym w dniu 23.08.2013 r. stwierdzono, że „od 2009 r. współpracuje z PHU Komunalnik”. W poświadczeniu firmy Zarządzanie Nieruchomościami Mieszkalnymi Z. C. wystawionym w dniu 23.08.2013 r. poinformowano, że „Współpraca z firmą Komunalnik przebiega sprawnie i bezkonfliktowo”.

Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do uzupełnienia ww. dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W odniesieniu do usługi odbierania odpadów w Gminie Nysa (odbiorcy indywidualni, firmy) w ilości 6610 Mg zmieszane/750 Mg selektywne wykonawca złożył oświadczenie własne, które nie stwierdza jednoznacznie, że usługi zostały wykonane należycie. Stwierdza bowiem, że dowodem należytego wykonania jest ciągłość trwania umów, co nie jest stwierdzeniem jasnym i jednoznacznym. Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści tego dokumentu, ewentualnie po otrzymaniu wyjaśnienia – do uzupełnienia dokumentu.

Odwołujący kwestionowali również przedstawione przez spółkę Komunalnik w wykazie wykonanych usług (załącznik nr 1 do oferty) ilości odpadów odebranych. Odwołujący podnosili, że złożony wykaz usług zawiera w tym zakresie dane nieprawdziwe i w praktyce nierealne do osiągnięcia. Na potwierdzenie tej tezy odwołujący przedłożyli wyciągi z SIWZ przetargów przeprowadzonych przez gminy: Łambinowice, Branice, Otmuchów i Krapkowice oraz Nysa, w których podane zostały dane na temat ilości odpadów wytworzonych na ich terenach, a także prognozowanych do wytworzenia w trakcie realizacji zamówień, Analizę w zakresie możliwości odbioru odpadów przez wykonawcę, Sprawozdania, o których mowa w art. 9n ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. (Dz.U.2013.1399 j.t z późn. zm.) dla gminy Łambinowice, Branice, Otmuchów, Krapkowice za okres trwania umów z tymi zamawiającymi, kopie umów zawartych z zamawiającymi wskazanymi w pkt 2 powyżej, Komunikat 2/0/2013 z września 2013 r. Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Opolu "Gospodarka odpadami w województwie Opolskim w 2012 roku" - ilość odpadów komunalnych zebranych z terenu gminy w województwie opolskim w 2012 r. Oceniając powyższe dowody Izba stwierdziła, że przedstawione dokumenty nie stanowią bezpośredniego i niezbitego dowodu na fakt, że ilości odpadów w nich wskazane stanowią ilości, które rzeczywiście zostały zrealizowane. Izba zważyła także, że wyciągi z SIWZ dotyczące postępowań realizowanych przez przystępującego zawierają jedynie dane szacunkowe, przewidywane, które nie mogą

stanowić dowodu na okoliczność, jakie ilości odpadów faktycznie odebrano w ramach danej umowy. Sprawozdania, przedłożone przez odwołujących, nie uwzględniają ilości odpadów, które mogły być odebrane po zakończeniu kwartałów objętych sprawozdaniem, a jednocześnie przed upływem terminu składania ofert. Są to jednak informacje, które w znacznym stopniu dowodzą uzasadnionej wątpliwości co do rzetelności danych podanych przez wykonawcę. Wątpliwości co do rzetelności danych rosną, po wyjaśnieniu przez przystępującego na rozprawie, że w innym postępowaniu (gmina Ziebice), w którym powoływał się na te same usługi, podał zaniżone ilości odebranych odpadów, ponieważ w tamtym postępowaniu wymagane dotyczyło wykazania mniejszych ilości odebranych odpadów. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że wykonawca ten manipuluje informacjami dotyczącymi rzeczywistych ilości odebranych odpadów w odniesieniu do poszczególnych umów w zależności od poziomu wymagań zamawiającego w danym postępowaniu. W świetle powyższego nie sposób jest uznać, że przyznane przez przystępującego w przystąpieniach omyłkowe zawyżenie ilości odpadów wskazane w wykazie, wynikają jedynie z niedopatrzania lub przeoczenia, a nie z celowego działania wykonawcy.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji wykazu wykonanych usług, Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej.

W odniesieniu do usługi odbierania odpadów w Gminie Branice w ilości 720 Mg zmieszane/ 300 Mg selektywne, przystępujący przyznał, że przedstawił dane omyłkowo, gdyż ilość 700 Mg odnosi się do odpadów selektywnie zebranych, natomiast ilość 300 Mg do odpadów zmieszanych. Izba uznała wobec powyższego, że zarzut, iż w okresie od początku realizacji umowy do daty wydania poświadczenia (w zaokrągleniu do maja 2014 r. włącznie) wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. nie mógł odebrać wskazywanej ilości odpadów selektywnych, co wynika także z ilości odpadów zmieszanych i selektywnych, przewidywanych przez zamawiającego usługę - Gminę Branice w SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Branice odbieranych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkuje mieszkańcy” (nr postępowania G0.271.3.2013). Z załącznika nr 1 do SIWZ pkt 3.4 wynika, że Gmina Branice przewidywała w okresie realizacji zamówienia (12 miesięcy), że ilość odpadów komunalnych wyniesie 600 Mg zmieszanych i 326 Mg selektywnych. Wykonawca wykazał natomiast w okresie 6 miesięcy realizacji umowy (od dnia 13.12.2013 r.) zebranie z terenu Gminy Branice 720 Mg odpadów zmieszanych i 300 Mg odpadów selektywnych. Wartości te znacznie przekraczają ilości przewidywane, co potwierdza, że wykonawca podał informacje nierzetelne, nieodpowiadające stanowi rzeczywistości.

W odniesieniu do usługi odbierania odpadów w Gminie Otmuchów w ilości 1600 Mg

zmieszane/240 Mg selektywne, w okresie od początku realizacji umowy (tj. 01.02.2014 r.) do daty wydania poświadczenia (w zaokrągleniu do czerwca 2014 r. włącznie) wykonawca podał dane niezgodne z rzeczywistym wykonaniem w tym okresie. Wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. wyjaśnił w przystąpieniu, że w wyniku niedopatrzania podał dane łącznie wynikające z umowy zawartej w wyniku przetargu oraz wykonanie wynikające z umów z odbiorcami indywidualnymi w okresie poprzedzającym zawarcie tej umowy. Potwierdził się zatem zarzut, że wykonawca nie mógł odebrać wskazywanej ilości odpadów, tj. 1600 Mg zmieszanych oraz 240 Mg selektywnych w ramach umowy przedstawionej w wykazie. Potwierdza ten fakt także ilość odpadów zmieszanych i selektywnych, przewidywana przez zamawiającego - Gminę Otmuchów w SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości niezamieszkałych z terenu Gminy Otmuchów”, nr postępowania 19/2013. Z tabeli nr 1 SIWZ wynika, że w Gminie Otmuchów w pierwszym półroczu 2013 r. zebrano 913,51 Mg odpadów zmieszanych (oznaczałoby to około 1830 Mg/rok) oraz około 90 Mg odpadów selektywnych. Jak słusznie zauważył odwołujący, nawet zaokrąglając ilość odpadów selektywnych do 200 Mg/rok, mało prawdopodobne jest, aby w ciągu 5 miesięcy realizacji umowy zebrać 1600 Mg odpadów zmieszanych i 240 Mg odpadów selektywnych z terenu Gminy Otmuchów.

W odniesieniu do usługi odbierania odpadów w Gminie Krapkowice w ilości 1900 Mg zmieszane/ 1450 Mg selektywne - w okresie od początku realizacji umowy (tj. 01.04.2014 r.) do daty wydania poświadczenia (w zaokrągleniu do czerwca 2014 r. włącznie), czyli 3 miesiące wykonywania usługi wykonawca Komunalnik nie mógł odebrać wskazywanej ilości odpadów selektywnych, co wskazują ilości odpadów zmieszanych i selektywnych, przewidywanych przez zamawiającego - Gminę Krapkowice w SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Krapkowice”, nr postępowania PiRG.271.1.02.2014. Ze str. 2 SIWZ wynika, że w Gminie Krapkowice w 9-miesięcznym okresie realizacji umowy przewidywała odbiór 2.841,01 Mg odpadów zmieszanych i 456,56 Mg odpadów selektywnych. Oznacza to, że rocznie w Gminie Krapkowice ilość odbieranych odpadów wynosi 3.788,01 Mg zmieszane i 608,75 Mg selektywne. W ciągu 3 miesięcy dawałoby to 947 Mg odpadów zmieszanych i 152,19 Mg. Tymczasem wykonawca w poz. 6 wykazu usług wskazał za 3 miesiące realizacji usługi 1900 Mg odpadów zmieszanych i 1450 Mg odpadów selektywnych. Wartości te, przekraczają przewidywane ilości kilkukrotnie (np. w przypadku odpadów selektywnych niemal 10-krotnie). Wykonawca wyjaśnił w przystąpieniu, że omyłkowo dane zawarte w wykazie odbiegają o około 50Mg, z powodu przyjętych przez wykonawcę szacunkowych ilości, które miały być wykonane do upływu terminu składania

ofert. Na rozprawie wykonawca wyjaśnił, że w zakresie odpadów selektywnych nastąpiła omyłka w wykazie, gdyż zamiast 1450 Mg odpadów selektywnych powinno być 450 Mg.

W tak ustalonym stanie faktycznym należało uznać, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia na etapie oceny ofert dokonanej przez zamawiającego. Sam przystępujący zgodził się w przystąpieniu, że potwierdził się w części zarzut dotyczący podania w wykazie usług informacji w części nieprawdziwych, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przystępujący podnosił jednak, że informacje te nie miały znaczenia przy ocenie spełniania warunku z uwagi na wykazanie wymaganych ilości w pozycjach 1 i 2 wykazu. Jak wynika jednak z dokonanych ustaleń, wykonawca nie wykazał należytego wykonania usług podanych w poz. 1 i 2 wykazu, a wobec tego należało uznać, że złożone nieprawdziwe informacje w zakresie pozycji 3-6 wykazu mogły mieć wpływ na wynik postępowania, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z powodu złożenia w postępowaniu informacji nieprawdziwych dotyczących ilości odebranych odpadów, co mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zaskarżonym w odwołaniach w odniesieniu do części nr II i VI i części V zamówienia. Zgodnie ze wskazaniem, jak powyżej, dokumenty złożone przez tego wykonawcę w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia nie podlegają uzupełnieniu. Z tego też względu Izba nie nakazała wykonania przez zamawiającego czynności w tym zakresie.

#### Zarzut z odwołania KIO 1888/14.

W przedmiocie wykazania, iż wykonawca dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym, adekwatnym dla realizacji przedmiotu zamówienia, wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. przedłożył w ofercie wykaz (załącznik nr 2 do formularza ofertowego), który nie zawiera wymaganych przez zamawiającego informacji w formie opisu i rodzaju pojazdu (m.in. z podaniem nr rejestracyjnego) oraz jednoznacznej podstawy do dysponowania ww. sprzętem. Dokument złożony przez wykonawcę zawiera wyłącznie numery rejestracyjne pojazdów oraz wskazuje jako podstawę dysponowania „własność/leasing” w odniesieniu do wszystkich przedstawionych pojazdów. Jak wynika z przedłożonych przez przystępującego dowodów rejestracyjnych pojazdów, wykonawca nie przedłożył kopii dokumentów dotyczących wszystkich wskazanych w ofercie pojazdów, co oznacza, że informacje wskazane w wykazie nie rzetelne. Wykaz powinien podlegać zatem wyjaśnieniu i ewentualnie uzupełnieniu, zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ. Co do zasady odstąpienie przez zamawiającego od weryfikacji wymaganych

informacji odnośnie jednego z wykonawców stanowi istotne naruszenie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z innych przyczyn, wzywanie wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych dokumentów w tym zakresie jest niecelowe.

#### Zarzut z odwołania KIO 1896/14.

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w części V zamówienia.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia w części V kwotę 8.783.124,84 zł. W stosunku do tej wartości cena oferty wybranej (5.399.965,44 zł) stanowi około 61,15%. W stosunku do oferty odwołującego (6.444.068,40 zł) cena oferty wybranej stanowi około 84%.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę powyższe różnice kwotowe, w tym przekraczającą 30% różnicę ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia, zamawiający był uprawniony i zobowiązany do żądania wyjaśnień od wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Istotna jest także okoliczność, że wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. posiada bazę magazynowo-transportową w Nysie, co wynika z treści złożonej oferty, tj. około 57 km od Oławy, w bazie magazynowo-transportowej parkowane są na noc pojazdy do transportu odpadów, co oznacza, że codziennie wykonawca będzie musiał pokonywać dodatkowe 114 km (w stosunku do odwołującego), co przełoży się równocześnie na minimum 2 godziny pracy kierowców dodatkowo. Przy ocenie rzetelności ceny oferty należy brać pod uwagę warunki realizacji zamówienia przewidziane w złożonej ofercie. Nie można więc powoływać się na ewentualne, hipotetyczne możliwości przeniesienia tej bazy na teren Oławy.

Argumentacja odwołującego w przedmiocie niedoszacowania ceny oferty przystępującego jest wiarygodna. Jednakże zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zdaniem Izby, jest przedwczesny. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga, aby przed ewentualnym odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny wykonawca miał możliwość złożenia wyjaśnień co do elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i wykazania przed zamawiającym, że zaoferowana cena jest realna, konkurencyjna oparta na rzeczywistych kosztach ponoszonych przez wykonawcę. Brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, stanowi istotną przeszkodę do odrzucenia oferty. W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp jest zasadny.

Izba odstąpiła od nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w ramach powtórnej czynności badania i oceny ofert, gdyż wykonawca i tak podlega wykluczeniu z postępowania z innych przyczyn, co zostało wskazane powyżej, a tym samym oferta tego wykonawcy podlega uznaniu za odrzuconą w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W konsekwencji, w wyniku stwierdzenia podstaw do wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. z postępowania, za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w częściach II, VI i V zamówienia, pomimo, iż ww. wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlegała uznaniu za odrzuconą.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba oddaliła oba odwołania, orzekając, jak w sentencji.

Izba wydała łączne orzeczenie w sprawie na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 8, 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2, § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....  
.....  
.....