

Sygn. akt: KIO 2173/15
KIO 2174/15
KIO 2193/15
KIO 2194/15

WYROK

z dnia 26 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**
Członkowie: **Grzegorz Matejczuk**
Marek Szafraniec
Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 października 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

1. **8 października 2015 r. przez wykonawcę Sita Wschód sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie (sygn. akt: KIO 2173/15);**
2. **8 października 2015 r. przez wykonawcę Sita Wschód sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie (sygn. akt: KIO 2174/15);**
3. **9 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum KOM - EKO Serwis sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie oraz MTS sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie (sygn. akt: KIO 2193/15);**
4. **9 października 2015 r. przez wykonawcę KOM - EKO S.A., z siedzibą w Lublinie (sygn. akt: KIO 2194/15),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Lublin,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum KOM - EKO Serwis sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie oraz MST sp. z o.o., z siedzibą w**

Lublinie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2173/15;

B. wykonawcy **Ekoland sp. z o.o., z siedzibą w Kraśniku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2173/15, KIO 2174/15 oraz KIO 2193/15;

C. wykonawcy **Sita Wschód sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2193/15,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania wykonawcy Sita Wschód sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie (sygn. akt: KIO 2173/15 oraz KIO 2174/15) i nakazuje zamawiającemu Gminie Lublin w zakresie części I oraz VII zamówienia: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Ekoland sp. z o.o., z siedzibą w Kraśniku jako najkorzystniejszej; (ii) wykluczenia wykonawcy Ekoland sp. z o.o., z siedzibą w Kraśniku z postępowania w części I i VII zamówienia; (iii) dokonanie ponownej oceny ofert.**

2. **Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum KOM – EKO Serwis sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie oraz MTS sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie (sygn. akt: KIO 2193/15) oraz odwołanie wykonawcy KOM – EKO S.A., z siedzibą w Lublinie (sygn. akt: 2194/15).**

3. **Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2173/15 obciąża zamawiającego Gminę Lublin i:**

3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sita Wschód sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania;**

3.2. **zasądza od zamawiającego Gminy Lublin na rzecz odwołującego Sita Wschód sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie kwotę 18 765 zł 10 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć złotych i dziesięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.**

4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt **KIO 2174/15** obciąża **zamawiającego Gminę Lublin** i :

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Sita Wschód sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od **zamawiającego Gminy Lublin** na rzecz odwołującego **Sita Wschód sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt **KIO 2193/15** obciąża **odwołującego Konsorcjum KOM – EKO Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz MTS sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie** i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Konsorcjum KOM – EKO Serwis sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie oraz MTS sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania.

5.2. zasądza od **odwołującego Konsorcjum KOM – EKO Serwis sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie oraz MTS sp. z o.o., z siedzibą w Lublinie** na rzecz zamawiającego Gminy Lublin kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

6. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt **KIO 2194/15** obciąża **odwołującego KOM – EKO S.A. z siedzibą w Lublinie** i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **KOM – EKO S.A. z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania.

6.2. zasądza od **odwołującego KOM – EKO S.A. z siedzibą w Lublinie** na rzecz zamawiającego Gminy Lublin kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

**Sygn. akt: KIO 2173/15
KIO 2174/15
KIO 2193/15
KIO 2194/15**

UZASADNIENIE

Sygn. akt: 2173/15

W dniu 8 października 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Sita Wschód sp. z o.o. (dalej „**Odwolujący I**”) w zakresie części I zarzucając zamawiającemu Gminie Lublin (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Ekoland z ubiegania się o zamówienie w części I zamówienia ze względu na brak wykazana spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskutek błędnej oceny oświadczenia o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekoland w części I zamówienia tj. oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania wykonawcy Ekoland do uzupełnienia dokumentów poświadczających spełnienia warunku posiadania potencjału technicznego określonego w pkt 5.4.3.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”).

W związku z powyższymi zarzutami **Odwolujący I** wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie **Zamawiającemu**: (i) unieważnienia czynności oceny ofert w części I zamówienia oraz wyboru oferty Ekoland w części I zamówienia; (ii) dokonania ponownej oceny ofert; (iii) wykluczenia wykonawcy Ekoland z postępowania w części I zamówienia ze względu na nie wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty Ekoland w zakresie części I zamówienia jako oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu, ewentualnie (iv) wezwaniu Ekoland do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego w pkt 5.4.3.1.3 **SIWZ** potencjału technicznego; (iv) zasądzenie od **Zamawiającego** na rzecz **Odwolującego** kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów **Odwolujący I** wskazał w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Ekoland z postępowania wskutek nie wykazania spełnienia warunku

doświadczenia i wiedzy, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (por. III.2.3).1.2) oraz treści SIWZ (por. pkt 5.4.2) wskazał, że o zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy wykazą się wykonaniem lub wykonywaniem usługi/usług odbierania zamieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) od właścicieli w ciągu minionych 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w średniorocznej ilości wynoszącej co najmniej 8500 Mg lub 68000 m³. W ocenie Odwołującego I oznacza to, że wykonawca który prowadzi działalność co najmniej 3 lata musiał wykazać się, że tym okresie odebrał co najmniej 25000 Mg lub 204000 m³ odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01. Nie jest przy tym ważne czy odebrał taką ilość w jednym roku, czy dwóch, czy może w trzech. Ważne, aby średnia roczna była na poziomie co najmniej 8500 Mg lub 68000 m³. Nieprawidłowe jest przy tym wyliczenie średniej nie z całego 3 letniego okresu wykonywania działalności, a jedynie z okresu gdy dana usługa była wykonywana (np. z jednego roku kalendarzowego).

Odwołujący I wskazał, że w części I złożył ofertę m.in. wykonawca Ekoland. Wykonawca ten na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku złożył wykaz usług wraz z odpowiednimi poświadczeniami. Wykaz ten zawierał 8 różnych pozycji. Ekoland w każdej z pozycji wykazu podał średnioroczną ilość odebranych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01. W cenie Odwołującego I wartości te w żaden sposób nie korespondowały z treścią właściwych poświadczeń, albowiem wykonawca ten podawał w wykazie błędnie wyliczoną średnią. Zamiast bowiem liczyć ją z okresu ostatnich trzech lat liczył ją jedynie z okresu świadczenia danej usługi. Przykładowo w poz. 2 wykazu podał, że średnioroczna ilość odebranych odpadów z Gminy Zakrzówek to 360,03 Mg. Tymczasem jak wynika z załączonego poświadczenia w okresie od 1 lipca 2013 r. do 31.12.2014 r. odebrano 540,04 Mg. Tym samym średnia roczna z okresu ostatnich 3 lat wynosi 180,013 Mg (540,04+3). Wykonawca ten bowiem błędnie liczył średnią z okresu świadczenia danej usługi, a nie z okresu 3 lat jak wymagał Zamawiający. Odwołujący I wskazał, że suma ujętych w wykazie usług odebranych odpadów o kodzie 20 03 01 wyniosła 11.485,84 Mg (uwzględniając dane z załączonych poświadczeń) i składało się na nią: 1.229,86 Mg z Gminy Konopnica, 540,04 Mg z Gminy Zakrzówek, 790,82 Mg z Gminy Strzyżewice, 1.623,32 Mg z Gminy Bychawa, 478,58 Mg z Gminy Trzydnik Duży, 570,18 Mg z Gminy Gościeradów, 883,34 Mg z Gminy Urzędów, 5.369,7 Mg z Gminy Kraśnik (w wykazie ujęto jedynie odpady odebrany z Gminy Kraśnik w 2014 r., choć do oferty załączono także poświadczenie odbioru odpadów w 2013 r. Tym samym średnia roczna z okresu ostatnich trzech lat wyniosła jedynie 3.828,61 Mg (11.485,84 Mg-K3).

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 22 września 2015 r. wezwał Ekoland w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu usług wraz z poświadczeniami. W odpowiedzi na to wezwanie Ekoland złożył nowy wykaz usług zawierający oprócz pierwotnie wskazanych

pozycji (poz. 1 - 8) nowe usługi (poz. 9-15). Suma odebranych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 w ramach tych nowych pozycji / usług wyniosła 22.308,24 Mg. Przy czym poz. 9 do 13 to usługi wykonane przez samego wykonawcę a dotyczące łącznie 8.595,5 Mg odebranych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, w tym: 3.026,6 Mg z Miasta Kraśnik w okresie od 01.07.2013 r. do 31.12.2013 r., 900 Mg ze Spółdzielni Metalowiec, 600 Mg ze Spółdzielni Mieszkaniowej Pomoc, 473 Mg z Kraśnickiego Przedsiębiorstwa Mieszkaniowego sp. z o.o. 3.595,90 Mg z Miasta Kraśnik w okresie od 01.01.2015 r. do 31.08.2015 r. Pozycje 14 i 15 z nowego wykazu usług dotyczą łącznie 13.712,74 Mg odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 i były to usługi wykonane przez Zakładu Usług Komunalnych sp. z o.o. z/s w Puławach (dalej jako „**ZUK Puławy**”) na rzecz Gminy Miasto Puławy i Gminy Puławy. Jednocześnie wraz z nowym wykazem usług Ekoland przedłożył zobowiązanie ZUK Puławy do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów.

Odwołujący I wskazał, że wyżej wymienione oświadczenie ogranicza się w praktyce do stwierdzenia udostępniającego, że Ekoland może polegać na mojej wiedzy i doświadczeniu oraz wskazania, że jednocześnie zobowiązuje się do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres realizacji zamówienia w zakresie „Odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin -VII części” - od 01.10.2015 r. do 30.06.2018 r.

W ocenie Odwołującego I Ekoland nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący I wskazał, że Ekoland nie wykazał się spełnieniem tego warunku w pierwotnej ofercie, albowiem suma ujętych w wykazanie usług odebranych odpadów o kodzie 20 03 01 wyniosła 11.485,84 Mg, a tym samym średnia roczna z okresu ostatnich trzech lat wyniosła jedynie 3.828,61 Mg. Także uzupełnienie wykazu dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie pozwala na pozytywną weryfikację tego doświadczenia, albowiem Zamawiający mógł uwzględnić jedynie te pozycje, które dotyczyły usług wykonanych przez Ekoland (poz. 9 do 13). Suma tych pozycji oraz pozycji 1 do 8 (czyli już pierwotnie wskazanych) wyniosła 22.308,24 Mg i cały czas nie daje wystarczającej średniej rocznej. W ocenie Odwołującego I Zamawiający nie miał natomiast żadnych podstaw do tego, aby uwzględnić poz. 14 i 15 z wykazu tj. usług wykonanych przez ZUK Puławy, a dotyczących aż 13.712,74 Mg wymaganych odpadów. Co istotne bez tych dwóch ostatnich pozycji warunek nie jest spełniony, albowiem w tym przypadku średnioroczna ilość odebranych odpadów komunalnych wynosi jedynie 7.436,08 Mg (22.308,24 Mg 3) wobec wymaganych 8500 Mg. Pozycje 14 i 15 nie mogły być uwzględnione albowiem Ekoland nie wykazał Zamawiającemu, aby oświadczenie o udostępnieniu mu przez ZUK Puławy zasobów miało charakter realny. W ocenie Odwołującego I treść oświadczenia jest nad wyraz lakoniczna

i ogólnikowa. W żaden sposób oświadczenie to nie wskazuje w jaki sposób miałyby nastąpić udostępnienie zasobów. Całe oświadczenie ogranicza się w praktyce do stwierdzenia, że zasób zostanie udostępniony na okres realizacji zamówienia, ale całkowicie nie wiadomo w jakiej formie miałyby to nastąpić. Oznacza to, w ocenie Odwołującego I, że oświadczenie to ma charakter pozorny złożony tylko i wyłącznie w celu umożliwienia Ekoland spełnienia warunku dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia, bez jakiegokolwiek zamiaru rzeczywistego udostępnienia wiedzy i doświadczenia ZUK Puławy. Odwołujący I powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 656/15, uchwała KIO z dnia 16 lutego 2015 r. KIO/KD 6/15, orzeczenie KIO 2669/14, KIO 2609/14, KIO 2429/14, 2430/14, KIO 2554/14, KIO 2182/14, KIO 1368/14, KIO 1390/14.

W ocenie Odwołującego I tak lakoniczne i ogólnikowe oświadczenie o udostępnieniu zasobów złożone przez ZUK Puławy nie mogło być uwzględnione przez Zamawiającego, czego konsekwencją nie mogło być także uwzględnienie poz. 14 i 15 wykazu usług. Bez tych dwóch usług volumen zebranych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 jest niewystarczający do wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący I wskazał również, że złożenie oświadczenia ZUK Puławy o udostępnieniu zasobu nastąpiło już w wyniku uzupełniania oferty w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp, a tym samym nie może podlegać kolejnym uzupełnieniom.

Zarzut nie wykazania przez Ekoland spełnienia warunku posiadania potencjału technicznego

Odwołujący I wskazał, że zarzut o którym mowa w niniejszym punkcie ma charakter ewentualny, albowiem w myśl treści art. 26 ust. 3 Pzp in fine dotyczy on jedynie sytuacji gdyby nie został uwzględniony zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Ekoland wskutek nie wykazania się spełnieniem wymogu w postaci doświadczenia i wiedzy.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (por. III.2.3).8.2.3) oraz SIWZ (por. pkt 5.4.3.1.3) wskazał, że o Zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy wykazą się dysponowaniem 1 (jeden) zarejestrowany, posiadający aktualne badania techniczne dopuszczony do ruchu pojazd przystosowany do odbioru selektywnie zbieranych w workach odpadów zielonych. Pojazd ten zgodnie z dalszą częścią warunku miał posiadać odpowiednie wyposażenie techniczne.

Wykonawca Ekoland w ofercie na spełnienie ww. warunków wskazał trzy samochody o nr rej. LJA 61MA - dla części I zamówienia, LJA 82EP - dla części VII zamówienia i LJA L366 - dla części 5 zamówienia. Wszystkie te samochody nie stanowią zasobu własnego, a zasób

udostępniony przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. s o.o. z/s w Janowie Lubelskim (dalej jako „PGKiM”). Ekoland nie wskazał przy tym żadnego innego samochodu spełniającego wymóg z pkt 5.4.3.1.3 SIWZ. Na potwierdzenie udostępnienia zasobu przez PGKiM złożone zostało oświadczenie o udostępnieniu zasobów podpisane przez Prezesa Zarządu PGKiM p. C. J. .

Odwołujący I wskazał, że wykonawca posługujący się zasobem podmiotu trzeciego zobowiązany jest do wykazania, że udostępnienie to ma charakter rzeczywisty, a nie jest udostępnieniem pozornym (por. wyżej wskazane orzecznictwo). W ramach tego mieści się również wykazanie, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów zostało złożone przez osoby do tego upoważnione. Także sam Zamawiający powinien zweryfikować pod tym kątem oświadczenia o udostępnieniu, posługując się choćby powszechnie dostępnymi rejestrami. W ocenie Odwołującego I w niniejszej sprawie tak się nie stało, albowiem Zamawiający zaniechał zweryfikowania oświadczenia o udostępnieniu złożonego przez PGKiM reprezentowanego przez p. C. J. . Zgodnie z wpisem do rejestru przedsiębiorców prowadzonym dla PGKiM określającym sposób reprezentacji tej spółki do składania oświadczeń i podpisywania dokumentów w imieniu spółki dot. jej zobowiązań do 1.000 EURO wymagany jest podpis jednego członka zarządu, powyżej kwoty 1.000 EURO wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu łącznie z prokurentem. Jednocześnie jak wynika z działu 2 PGKiM ma dwóch członków zarządu tj. Prezesa Zarządu p. C. J. oraz Zastępcę Prezesa Zarządu p. Z. Z. . Dowód: opis z KRSu dla PGKiM. Tymczasem oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez PGKiM zostało podpisane przez jednego członka zarządu p. C. J. . Odwołujący I wskazał, że udostępnienie to dotyczy, aż 4 sztuk specjalistycznych samochodów w formie umowy dzierżawy i zgodnie z jego treścią ma ono dotyczyć całego okresu realizacji umowy z Zamawiającym tj. w okresie od ok. października / listopada 2015 r. do 30 czerwca 2018 r. tj. ok 33 m-cy (w zależności od tego kiedy umowa w sprawie zamówienia byłaby zawarta). W ocenie Odwołującego I nieprawdopodobieństwem jest, aby wartość takiej umowy dzierżawy była niższa niż 1.000 EURO (tj. ok. 4.230 zł), oznaczałoby to bowiem czynsz dzierżawy za 4 samochody na poziomie ok. 128 zł brutto miesięcznie, czyli po ok. 30 zł za samochód. Ponadto Odwołujący I wskazał, że udostępnienie przez PGKiM dotyczy również 3 osób (oświadczenie takie zawarte jest w odrębnym dokumencie). W konsekwencji, albo nie została dochowana właściwa reprezentacja PGKiM przy złożeniu tego oświadczenia, co skutkuje nieważnością tego oświadczenia o udostępnieniu ze względu na nie dochowanie zasad reprezentacji, albo też owo udostępnienie ma charakter pozorny i nierealny (trudno bowiem uznać za realne udostępnienie 4 samochodów za kwotę ok. 128 zł brutto miesięcznie).

W ocenie Odwołującego I Zamawiający powinien być odpowiednio zareagować wzywając

Ekoland do uzupełnienia wykazu sprzętu wymaganego w pkt 5.4.3.1.3 SIWZ, albowiem oświadczenie o udostępnieniu tego sprzętu przez PGKiM nie mogło być uwzględnione.

Sygn. akt: KIO 2174/15

W dniu 8 października 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w zakresie części VII zamówienia złożone przez wykonawcę SITA Wschód sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący II**”, zaś Odwołujący I oraz Odwołujący II łącznie „**Odwołujący Sita**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Ekoland z ubiegania się o zamówienie w części VII Zamówienia ze względu na brak wykazana spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskutek błędnej oceny oświadczenia o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekoland w części VII Zamówienia tj. oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania wykonawcy Ekoland do uzupełnienia dokumentów poświadczających spełnienia warunku posiadania potencjału technicznego określonego w pkt 5.4.3.1.3 SWIZ.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności oceny ofert w części I zamówienia oraz wyboru oferty Ekoland w części VII zamówienia; (ii) dokonania ponownej oceny ofert; (iii) wykluczenia wykonawcy Ekoland z postępowania w części VII zamówienia ze względu na nie wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty Ekoland w zakresie części VII zamówienia jako oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu, ewentualnie (iv) wezwaniu Ekoland do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego w pkt 5.4.3.1.3 SIWZ potencjału technicznego; (iv) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego II kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący II wskazał w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Ekoland z postępowania wskutek nie wykazania spełnienia warunku doświadczenia i wiedzy, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (por. III.2.3).1.2) oraz treści SIWZ (por. pkt 5.4.2) wskazał, że o zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy wykażą się wykonaniem lub wykonywaniem usługi/usług odbierania zamieszanych odpadów

komunalnych (20 03 01) od właścicieli w ciągu minionych 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w średniorocznej ilości wynoszącej co najmniej 8500 Mg lub 68000 m³. W ocenie Odwołującego II oznacza to, że wykonawca który prowadzi działalność co najmniej 3 lata musiał wykazać się, że tym okresie odebrał co najmniej 25000 Mg lub 204000 m³ odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01. Nie jest przy tym ważne czy odebrał taką ilość w jednym roku, czy dwóch, czy może w trzech. Ważne, aby średnia roczna była na poziomie co najmniej 8500 Mg lub 68000 m³. Nieprawidłowe jest przy tym wyliczenie średniej nie z całego 3 letniego okresu wykonywania działalności, a jedynie z okresu gdy dana usługa była wykonywana (np. z jednego roku kalendarzowego).

Odwołujący II wskazał, że w części I złożył ofertę m.in. wykonawca Ekoland. Wykonawca ten na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku złożył wykaz usług wraz z odpowiednimi poświadczeniami. Wykaz ten zawierał 8 różnych pozycji. Ekoland w każdej z pozycji wykazu podał średnioroczną ilość odebranych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01. W cenie Odwołującego II wartości te w żaden sposób nie korespondowały z treścią właściwych poświadczeń, albowiem wykonawca ten podawał w wykazie błędnie wyliczoną średnią. Zamiast bowiem liczyć ją z okresu ostatnich trzech lat liczył ją jedynie z okresu świadczenia danej usługi. Przykładowo w poz. 2 wykazu podał, że średnioroczna ilość odebranych odpadów z Gminy Zakrzówek to 360,03 Mg. Tymczasem jak wynika z załączonego poświadczenia w okresie od 1 lipca 2013 r. do 31.12.2014 r. odebrano 540,04 Mg. Tym samym średnia roczna z okresu ostatnich 3 lat wynosi 180,013 Mg (540,04+3). Wykonawca ten bowiem błędnie liczył średnią z okresu świadczenia danej usługi, a nie z okresu 3 lat jak wymagał Zamawiający. Odwołujący II wskazał, że suma ujętych w wykazie usług odebranych odpadów o kodzie 20 03 01 wyniosła 11.485,84 Mg (uwzględniając dane z załączonych poświadczeń) i składało się na nią: 1.229,86 Mg z Gminy Konopnica, 540,04 Mg z Gminy Zakrzówek, 790,82 Mg z Gminy Strzyżewice, 1.623,32 Mg z Gminy Bychawa, 478,58 Mg z Gminy Trzydnik Duży, 570,18 Mg z Gminy Gościeradów, 883,34 Mg z Gminy Urzędów, 5.369,7 Mg z Gminy Kraśnik (w wykazie ujęto jedynie odpady odebrany z Gminy Kraśnik w 2014 r., choć do oferty załączono także poświadczenie odbioru odpadów w 2013 r. Tym samym średnia roczna z okresu ostatnich trzech lat wyniosła jedynie 3.828,61 Mg (11.485,84 Mg-K3).

Odwołujący II wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 22 września 2015 r. wezwał Ekoland w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu usług wraz z poświadczeniami. W odpowiedzi na to wezwanie Ekoland złożył nowy wykaz usług zawierający oprócz pierwotnie wskazanych pozycji (poz. 1 - 8) nowe usługi (poz. 9-15). Suma odebranych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 w ramach tych nowych pozycji / usług wyniosła 22.308,24 Mg. Przy czym poz. 9 do 13 to usługi wykonane przez samego wykonawcę a dotyczące łącznie 8.595,5 Mg odebranych

odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, w tym: 3.026,6 Mg z Miasta Kraśnik w okresie od 01.07.2013 r. do 31.12.2013 r., 900 Mg ze Spółdzielni Metalowiec, 600 Mg ze Spółdzielni Mieszkaniowej Pomoc, 473 Mg z Kraśnickiego Przedsiębiorstwa Mieszkaniowego sp. z o.o. 3.595,90 Mg z Miasta Kraśnik w okresie od 01.01.2015 r. do 31.08.2015 r. Pozycje 14 i 15 z nowego wykazu usług dotyczą łącznie 13.712,74 Mg odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 i były to usługi wykonane przez Zakładu Usług Komunalnych sp. z o.o. z/s w Puławach (dalej jako „**ZUK Puławy**”) na rzecz Gminy Miasto Puławy i Gminy Puławy. Jednocześnie wraz z nowym wykazem usług Ekoland przedłożył zobowiązanie ZUK Puławy do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów.

Odwołujący II wskazał, że wyżej wymienione oświadczenie ogranicza się w praktyce do stwierdzenia udostępniającego, że Ekoland może polegać na mojej wiedzy i doświadczeniu oraz wskazania, że jednocześnie zobowiązuje się do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres realizacji zamówienia w zakresie „Odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin -VII części” - od 01.10.2015 r. do 30.06.2018 r.

W ocenie Odwołującego II Ekoland nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący II wskazał, że Ekoland nie wykazał się spełnieniem tego warunku w pierwotnej ofercie, albowiem suma ujętych w wykazanie usług odebranych odpadów o kodzie 20 03 01 wyniosła 11.485,84 Mg, a tym samym średnia roczna z okresu ostatnich trzech lat wyniosła jedynie 3.828,61 Mg. Także uzupełnienie wykazu dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie pozwala na pozytywną weryfikację tego doświadczenia, albowiem Zamawiający mógł uwzględnić jedynie te pozycje, które dotyczyły usług wykonanych przez Ekoland (poz. 9 do 13). Suma tych pozycji oraz pozycji 1 do 8 (czyli już pierwotnie wskazanych) wyniosła 22.308,24 Mg i cały czas nie daje wystarczającej średniej rocznej. W ocenie Odwołującego II Zamawiający nie miał natomiast żadnych podstaw do tego, aby uwzględnić poz. 14 i 15 z wykazu tj. usług wykonanych przez ZUK Puławy, a dotyczących aż 13.712,74 Mg wymaganych odpadów. Co istotne bez tych dwóch ostatnich pozycji warunek nie jest spełniony, albowiem w tym przypadku średnioroczna ilość odebranych odpadów komunalnych wynosi jedynie 7.436,08 Mg (22.308,24 Mg : 3) wobec wymaganych 8500 Mg. Pozycje 14 i 15 nie mogły być uwzględnione albowiem Ekoland nie wykazał Zamawiającemu, aby oświadczenie o udostępnieniu mu przez ZUK Puławy zasobów miało charakter realny. W ocenie Odwołującego II treść oświadczenia jest nad wyraz lakoniczna i ogólnikowa. W żaden sposób oświadczenie to nie wskazuje w jaki sposób miałyby nastąpić udostępnienie zasobów. Całe oświadczenie ogranicza się w praktyce do stwierdzenia, że zasób zostanie udostępniony na okres realizacji zamówienia, ale całkowicie nie wiadomo w

jakiej formie miałyby to nastąpić. Oznacza to, w ocenie Odwołującego II, że oświadczenie to ma charakter pozorny złożony tylko i wyłącznie w celu umożliwienia Ekoland spełnienia warunku dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia, bez jakiegokolwiek zamiaru rzeczywistego udostępnienia wiedzy i doświadczenia ZUK Puławy. Odwołujący II powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 656/15, uchwała KIO z dnia 16 lutego 2015 r. KIO/KD 6/15, orzeczenie KIO 2669/14, KIO 2609/14, KIO 2429/14, 2430/14, KIO 2554/14, KIO 2182/14, KIO 1368/14, KIO 1390/14.

W ocenie Odwołującego II tak lakoniczne i ogólnikowe oświadczenie o udostępnieniu zasobów złożone przez ZUK Puławy nie mogło być uwzględnione przez Zamawiającego, czego konsekwencją nie mogło być także uwzględnienie poz. 14 i 15 wykazu usług. Bez tych dwóch usług volumen zebranych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 jest niewystarczający do wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący II wskazał również, że złożenie oświadczenia ZUK Puławy o udostępnieniu zasobu nastąpiło już w wyniku uzupełniania oferty w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp, a tym samym nie może podlegać kolejnym uzupełnieniom.

Zarzutu nie wykazania przez Ekoland spełnienia warunku posiadania potencjału technicznego

Odwołujący II wskazał, że zarzut o którym mowa w niniejszym punkcie ma charakter ewentualny, albowiem w myśl treści art. 26 ust. 3 Pzp in fine dotyczy on jedynie sytuacji gdyby nie został uwzględniony zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Ekoland wskutek nie wykazania się spełnieniem wymogu w postaci doświadczenia i wiedzy.

Odwołujący II wskazał, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (por. III.2.3).8.2.3) oraz SIWZ (por. pkt 5.4.3.1.3) wskazał, że o Zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy wykazą się dysponowaniem 1 (jeden) zarejestrowany, posiadający aktualne badania techniczne dopuszczony do ruchu pojazd przystosowany do odbioru selektywnie zbieranych w workach odpadów zielonych. Pojazd ten zgodnie z dalszą częścią warunku miał posiadać odpowiednie wyposażenie techniczne.

Wykonawca Ekoland w ofercie na spełnienie ww. warunków wskazał trzy samochody o nr rej. LJA 61MA - dla części I zamówienia, LJA 82EP - dla części VII zamówienia i LJA L366 - dla części 5 zamówienia. Wszystkie te samochody nie stanowią zasobu własnego, a zasób udostępniony przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. s o.o. z/s w Janowie Lubelskim (dalej jako „**PGKiM**”). Ekoland nie wskazał przy tym żadnego innego samochodu spełniającego wymóg z pkt 5.4.3.1.3 SIWZ. Na potwierdzenie udostępnienia

zasobu przez PGKiM złożone zostało oświadczenie o udostępnieniu zasobów podpisane przez Prezesa Zarządu PGKiM p. C. J. .

Odwołujący II wskazał, że wykonawca posługujący się zasobem podmiotu trzeciego zobowiązany jest do wykazania, że udostępnienie to ma charakter rzeczywisty, a nie jest udostępnieniem pozornym (por. wyżej wskazane orzecznictwo). W ramach tego mieści się również wykazanie, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów zostało złożone przez osoby do tego upoważnione. Także sam Zamawiający powinien zweryfikować pod tym kątem oświadczenia o udostępnieniu, posługując się choćby powszechnie dostępnymi rejestrami. W ocenie Odwołującego II w niniejszej sprawie tak się nie stało, albowiem Zamawiający zaniechał zweryfikowania oświadczenia o udostępnieniu złożonego przez PGKiM reprezentowanego przez p. C. J. . Zgodnie z wpisem do rejestru przedsiębiorców prowadzonym dla PGKiM określającym sposób reprezentacji tej spółki do składania oświadczeń i podpisywania dokumentów w imieniu spółki dot. jej zobowiązań do 1.000 EURO wymagany jest podpis jednego członka zarządu, powyżej kwoty 1.000 EURO wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu łącznie z prokurentem. Jednocześnie jak wynika z działu 2 PGKiM ma dwóch członków zarządu tj. Prezesa Zarządu p. C. J. oraz Zastępcę Prezesa Zarządu p. Z. Z. . Dowód: opis z KRSu dla PGKiM. Tymczasem oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez PGKiM zostało podpisane przez jednego członka zarządu p. C. J. . Odwołujący II wskazał, że udostępnienie to dotyczy, aż 4 sztuk specjalistycznych samochodów w formie umowy dzierżawy i zgodnie z jego treścią ma ono dotyczyć całego okresu realizacji umowy z Zamawiającym tj. w okresie od ok. października / listopada 2015 r. do 30 czerwca 2018 r. tj. ok 33 m-cy (w zależności od tego kiedy umowa w sprawie zamówienia byłaby zawarta). W ocenie Odwołującego II nieprawdopodobieństwem jest, aby wartość takiej umowy dzierżawy była niższa niż 1.000 EURO (tj. ok. 4.230 zł), oznaczałoby to bowiem czynsz dzierżawy za 4 samochody na poziomie ok. 128 zł brutto miesięcznie, czyli po ok. 30 zł za samochód. Ponadto Odwołujący II wskazał, że udostępnienie przez PGKiM dotyczy również 3 osób (oświadczenie takie zawarte jest w odrębnym dokumencie). W konsekwencji, albo nie została dochowana właściwa reprezentacja PGKiM przy złożeniu tego oświadczenia, co skutkuje nieważnością tego oświadczenia o udostępnieniu ze względu na nie dochowanie zasad reprezentacji, albo też owo udostępnienie ma charakter pozorny i nierealny (trudno bowiem uznać za realne udostępnienie 4 samochodów za kwotę ok. 128 zł brutto miesięcznie).

W ocenie Odwołującego II Zamawiający powinien był odpowiednio zareagować wzywając Ekoland do uzupełnienia wykazu sprzętu wymaganego w pkt 5.4.3.1.3 SIWZ, albowiem oświadczenie o udostępnieniu tego sprzętu przez PGKiM nie mogło być uwzględnione.

Sygn. akt: KIO 2193/15

W dniu 9 października 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: KOM-EKO SERWIS sp. z o.o. oraz MST sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący III**” lub „**KOM – EKO Serwis**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp polegające na uznaniu, że oferta Odwołującego III winna ulec odrzuceniu jako czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na zawarciu umowy przetargowej ze spółką KOM - EKO S.A. (dalej „**KOM – EKO**” lub „**Odwołujący IV**”) w sytuacji gdy spółki nigdy nie uzgadniały pozornego złożenia oferty przez Odwołującego III, udział obu spółek był w postępowaniu samodzielny oraz w żadnym stopniu nie uprawdopodobniał istnienia jakiegokolwiek nielegalnego porozumienia ograniczającego konkurencję, a nadto sam Zamawiający w swoich wyjaśnieniach treści SIWZ zezwalał na składanie ofert przez spółki powiązane w tym w ramach grupy kapitałowej;
- 2) Art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 3 Pzp polegające na uznaniu, że Odwołujący III oraz spółka KOM - EKO działając w ramach porozumienia jedynie dla pozorów dopuścili złożenie oferty Odwołującego III, a w rzeczywistości zamówienie w tej części miała objąć spółka KOM - EKO, w sytuacji gdy spółki nigdy nie były w zмовie, a złożenia oferty przez Odwołującego III, stanowiło jego wyłączną decyzję gospodarczą dyktowaną względami: opłacalności, możliwości wywiązania się z umowy, dalszym rozwojem spółki;
- 3) Art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 58 §1 kc w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp polegające na uznaniu, że oferta Odwołującego III winna ulec odrzuceniu z uwagi na jej nieważność wynikającą z celu tej czynności uznanego za próbę obejścia art. 82 ust. 1 Pzp, w sytuacji gdy Odwołujący III oraz jego podwykonawca, przekazujący mu niezbędny potencjał, złożyli odrębne oferty na różne części zamówienia, nadto spółki nigdy nie prowadziły pertraktacji odnośnie tego czy i w jakim zakresie będą brały udział w przetargu, a Odwołujący nie miał wiedzy czy spółka KOM-EKO złoży w postępowaniu swoją ofertę;
- 4) Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym EKOLAND Sp. z o.o. przez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu pomimo braku wykazania spełnienia warunku w zakresie doświadczenia w związku z uznaniem za prawidłowe udostępnienie potencjału na podstawie art. 26 ust 2b ustawy Pzp;
- 5) Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wystąpienia o wyjaśnienia referencji przedłożonych przez EKOLAND sp. z o.o. a w konsekwencji brak możliwości

- stwierdzenia spełnienia warunku doświadczenia;
- 6) oraz innych przepisów, jakie wynikają z treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący III wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i VII zamówienia; (ii) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części V zamówienia; (iii) ponownego badania i oceny ofert; (iv) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego III w części I, V, VII zamówienia; (v) wykluczenia wykonawcy EKOLAND sp. z o.o. ze względu na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu; (vi) wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego III w części I oraz V zamówienia.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący III wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie: „Odbierania i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - VII części”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego oraz w jego siedzibie w dniu 17.08.2015 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 156-287097 z dnia 14/08/2015.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - VII sektorów.

W celu realizacji zamówienia, Zamawiający podzielił Miasto Lublin na 7 sektorów, z czego każdy sektor stanowił oddzielną część zamówienia, zgodnie z pkt. 3.4 SIWZ dopuszczającym składania ofert częściowych. Zamawiający ograniczył składanie ofert przez jednego wykonawcę do 3 części zamówienia.

Termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na 15.09.2015 r.

Odwołujący III złożył swoją ofertę na zamówienia obejmujące sektory: I, V, VII stanowiące odpowiednio część I, V oraz VII zamówienia.

Odwołujący III wskazał, że zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający ofertę Odwołującego III w częściach: I, V i VII zamówienia odrzucił. W części I oraz VII została wybrana oferta EKOLAND Sp. z o.o., natomiast w części V postępowanie

zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący III wskazał, że w pisemnych motywach uzasadnienia dot. odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający uznał, że pomiędzy wykonawcami tj. KOM - EKO oraz KOM - EKO Serwis Sp. z o.o. doszło do zawarcia niezgodnego z prawem porozumienia tzn. tak zwanej „zmowy przetargowej”. Polegać miała ona na uzgodnieniu przez wspomniane spółki koncepcji wedle której, KOM - EKO Serwis Sp. z o.o. złoży swoją ofertę na części zamówienia I, V oraz VII jedynie dla upozorowania woli objęcia tych części zamówienia. W rzeczywistości miały one zostać wykonane przez KOM - EKO, którą to spółkę Zamawiający podejrzewa o działania zmierzające do monopolizacji rynku gospodarki odpadami. Działanie spółek miało wynikać z ograniczenia ilości części zamówień, na które można było składać oferty, limit wynosił trzy części zamówienia na jedną ofertę.

Odwołujący III wskazał, iż nie podziela stanowiska Zamawiającego, zaś Zamawiający dokonał błędnej interpretacji przedstawionych wywodów sądów powszechnych oraz KIO po pierwsze w zakresie uznania, kiedy istnieje wiarygodny dowód na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję, po drugie jakie działanie należy uznać za pozostawanie w „zmowie przetargowej”. Powyższe uchybienie przyczyniło się do zajęcia błędnego stanowisko odnośnie, istnienia zmowy między KOM-EKO S.A oraz KOM-EKO Serwis Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego III, zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego orzecznictwem sądów powszechnych i KIO istnienia zmowy przetargowej niezbędne jest cyt.: (i) wykazanie spójnego związku przyczynowo skutkowego pomiędzy zachowaniem wykonawców, a sytuacją zaistniałą w postępowaniu o udzielenie zamówienia; (ii) dokonanie oceny po rezultatach i skutków działań oraz wszystkich okolicznościach sprawy; (iii) stwierdzenie zdarzeń, sytuacji faktycznych w wysokim stopniu uprawdopodobniających znowę przetargowa.

W ocenie Odwołującego III Zamawiający w wydanym rozstrzygnięciu nie podał przekonywujących argumentów na potwierdzenie przyjętej przez siebie tezy. Ustalenia Zamawiającego w zakresie stwierdzonej „zmowy przetargowej” właściwie opierają się na domysłach i spekulacjach. Brak jest w uzasadnieniu stanowiska powołanie się na jakikolwiek „twardy”, bezpośredni dowód, czy chociażby wiarygodną poszlakę, potwierdzające zasadność odrzucenia oferty Odwołującego III.

Odwołujący III podkreślił, że orzecznictwo, które przytacza sam Zamawiający mówi o konieczności wykazania „spójnego związku przyczynowo - skutkowego”, okoliczności „w wysokim stopniu uprawdopodobniających znowę przetargową”. Decyzja zaś Zamawiającego

opiera się na wiązaniu ze sobą faktów świadczących o „zewnątrznym” podobieństwie spółek, które jednak nie mogą stanowić podstawy do występowania zmowy przetargowej (o czym niżej).

Na marginesie Odwołujący III zasygnalizował, że każde z orzeczeń, na które powołuje się Zamawiający nie przystaje do realiów przedmiotowego przetargu (postępowania). I tak powołany wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Sygn. Akt XXIII Ga 380/11 został wydany w stanie faktycznym, w którym Zamawiający wykluczył Wykonawcę, a dopiero następnie odrzucił jego ofertę ze względu na okoliczność, iż członek Zarządu Wykonawcy uczestniczył w dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, a więc różna była podstawa tak faktyczna jak i prawna. Przytoczony wyrok KIO 2865/12 z 15 stycznia 2013r. zapadł w stanie faktycznym, w którym jeden z członków zarządu przyznał, że sporządzał oferty osobiście dla pięciu różnych wykonawców będących jedną grupą kapitałową. W podobnym stanie faktycznym zapadł wyrok KIO UZP 1353/13 - Zamawiający przywołując to orzeczenie pominął całkowicie, iż głównym argumentem Izby w tej sprawie był fakt, iż podmioty powiązane, uczestniczące w postępowaniu są powiązane kapitałowo, zarządzane przez tę samą osobę, ponadto w toku postępowania czyn nieuczciwej konkurencji ujawnił się poprzez niezłożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez jednego z wykonawców, co miało wpływ na pozycję w rankingu ofert wykonawcy powiązanego kapitałowo i osobowo. Wyrok 1874/10 zapadł w sprawie gdzie, spółki powiązane wprost kapitałowo złożyły ofertę w tym samym postępowaniu na to samo zadanie, przy czym jedna z nich nie odpowiedziała na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w celu konwalidacji swojej oferty.

W ocenie Odwołującego III łączenie ze sobą okoliczności, zaistniałych po ogłoszeniu przetargu, które miałyby świadczyć o celowym działaniu obu spółek aby zmonopolizować rynek gospodarki odpadów na terenie Lublina, odbywa się na zasadzie powzięcia przez Zamawiającego wrażenia, że spółki KOM-EKO oraz KOM-EKO Serwis Sp. z o.o., to w istocie spółki występujące w układzie, gdzie jedna z nich wykonuje polecenia drugiej dla osiągnięcia określonego celu. Pogląd ten jest założeniem czysto hipotetycznym oraz nie uwzględnia treści czynności podejmowanych przez Zamawiającego w trakcie przetargu. Nadto opiera się o błędną interpretację przepisów prawa dot. m.in.: okoliczności świadczących o występowaniu zmowy przetargowej.

Okoliczności świadczące o występowaniu zmowy przetargowej

Odwołujący III wskazał, że definicja zmowy przetargowej wskazana została w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „**UOKiK**”). W

świetle powyższego przepisu zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

W ocenie Odwołującego III okoliczności przytaczane przez Zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie świadczą o istnieniu „zmony przetargowej” między spółkami. Podane zostały trzy główne okoliczności świadczące zdaniem Zamawiającego o zmonie:

- 1) powiązanie pomiędzy wykonawcami KOM - EKO Serwis sp. z o.o. oraz KOM - EKO polegające na podobieństwie nazwy, posiadania tej samej siedziby oraz do 31.08.2015 wspólnego prezesa zarządu;
- 2) podobieństwo ofert - fizycznych dokumentów złożonych przez KOM-EKO Serwis Sp. z o.o. oraz KOM-EKO;
- 3) udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez spółkę KOM-EKO spółce KOM- EKO Serwis Sp. z o.o.

Zdaniem Zamawiającego powyższe dowodzi zmony mającej na celu dokonanie czynności pozornej w postaci złożenia oferty przez Odwołującego III, jak też czynu nieuczciwej konkurencji.

ad 1)

Odwołujący III wskazał, że w zakresie powiązań pomiędzy spółkami wyjaśnił, że spółka pod firmą: KOM-EKO Serwis Sp. z o.o., z była spółką zależną KOM-EKO do dnia 25 sierpnia 2015 r. W dniu 25.08.2015 r. - a więc przed upływem terminu składania ofert - doszło do sprzedaży udziałów w kapitale zakładowym spółki KOM-EKO Serwis Sp. z o.o. na rzecz spółki CRISMA LIMITED. Fakt, że do umowy zbycia udziałów doszło po wszczęciu postępowania o zamówienia jest nieistotny z punktu widzenia rozstrzygnięcia przetargu.

Pan I. M. Z. był członkiem zarządu obu spółek, jednakże w dniu 24 sierpnia 2015 r. - a więc dzień przed sprzedażą udziałów w spółce KOM-EKO Serwis sp. z o.o. zrezygnował z pełnienia funkcji. W zarządzie KOM-EKO Serwis sp. z o.o. nie zasiadają osoby, które miałyby jakiegokolwiek powiązania ze spółką KOM-EKO (ani grupą kapitałową do której należy KOM - EKO). Zmiana zarządu zaś, wbrew twierdzeniem Zamawiającego, jest czynnością zrozumiałą i występującą w praktyce w prawie każdym takim przypadku (nowy właściciel ustanowił nowy zarząd KOM-EKO Serwis Sp. z o.o., zwłaszcza, że obecny prezes zarządu KOM-EKO Serwis

Sp. z o.o. jest również udziałowcem CRISMA LIMITED.

Nie można też zaprzeczyć, że spółka KOM-EKO Serwis sp. z o.o. wystąpiła w dniu 20.08.2015 r. o wpisanie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy miejskiej Lublin. Niezrozumiałe jest dla czego Zamawiający w takim działaniu upatruje zmywy między przedsiębiorcami. Spółka, aby prowadzić działalność w danym zakresie, w tym m.in. wziąć udział w przetargu była zmuszona do wystąpienia o wydanie ww. zaświadczenia. Termin zaś wystąpienia przez KOM - EKO SERWIS sp. z o.o. o wpis do rejestru w Gminie Lublin pozostaje bez jakiegokolwiek związku z działalnością KOM - EKO, z/s w Lublinie.

Spółka KOM - EKO Serwis sp. z o.o. posiada swoje biura w tej samej lokalizacji co KOM- EKO S.A., co wynika z faktu posiadania zawartej umowy najmu jeszcze przed sprzedażą udziałów spółki oraz zmiany zarządu. Spółki pomimo tego samego adresu posiadają różny majątek i działają w ramach niezależnych struktur. Nadmienić należy, że spółka KOM - EKO Serwis sp. z o.o. poszukuje nowego adresu.

Wreszcie Zamawiający podnosi argument o zbieżnym brzmieniu firm obu spółek, co jednak w świetle historii obu spółek nie wydaje się być niezrozumiałe. Zgodnie z zasadami logiki życiowej i doświadczenia życiowego, gdyby spółki rzeczywiście umówiły się co do sposobu działania w przetargu, to żadna z nich nie zdecydowałaby się na składanie ofert przez spółki, których nazwy są do siebie bliźniaczo podobne. Strony porozumienia przed rozpoczęciem postępowania mogłyby z łatwością dokonać zmiany nazwy któregoś z przedsiębiorstw (zwłaszcza, że zmiana wpisów KOM - EKO Serwis sp. z o.o. w rejestrze przedsiębiorców KRS nastąpiła w dniu 31 sierpnia 2015 r.). Podobieństwo nazw spółek paradoksalnie świadczy o tym, że między spółkami nigdy nie było żadnego nielegalnego, nieformalnego porozumienia o charakterze zmywy, a każda z nich działała samodzielnie.

Odwołujący III wskazał, że w swoich rozważaniach całkowicie pomija również fakt, kiedy spółka KOM - EKO Serwis Sp. z o.o. została założona. Zgodnie z KRS akt założycielski spółki powstał na mocy aktu notarialnego z dnia 14.11.2013 r. „PRZED NOTARIUSZEM P. G. B. W KANCELARII NOTARIALNEJ W LUBLINIE PRZY UL. WIENIAWSKIEJ 8/3, REPERTORIUM A NR 12122/2013." W związku z tym spółka rozpoczęła swoją działalność prawie dwa lata przed rozpisaniem przetargu z 2015 roku na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - VII części". Trudno jest w rezultacie przyjąć, że spółka była tworzona, aby następnie zwiększyć udział KOM-EKO w rynku zagospodarowania odpadów komunalnych poprzez ustalenie

sposobu zachowania spółek w trakcie przetargu.

W ocenie Odwołującego III z powyżej przedstawionych faktów wynika, że oferta Odwołującego III została przygotowana oraz złożona przez podmioty, z których żaden (ani KOM - EKO Serwis Sp. z o.o., ani MST sp. z o.o.) nie był powiązany z spółką KOM - EKO. Na datę składania ofert spółki KOM- EKO Serwis sp. z o.o., ani MST sp. z o.o. oraz KOM -EKO nie były ze sobą powiązane kapitałowo, nie posiadały tych samych osób zasiadających w organach spółek, jak też nie wykonywały wspólnie jakichkolwiek czynności w związku z przetargiem.

Odwołujący III wskazał również, że przepisy Pzp stanowią, że nawet spółki istniejące w ramach jednej grupy kapitałowej są uprawnione do składania oddzielnych ofert (przy spełnieniu warunku konkurencyjności - art. 24 ust 2 pkt 5). Ustawodawca więc wskazuje, że sam fakt powiązania kapitałowego nie jest równoznaczny z brakiem możliwości złożenia oferty. Potwierdził to również sam Zamawiający, który w odpowiedzi na pytanie do siwz wyjaśnił:

Pytanie nr 11

„Czy w sytuacji gdy istnieje wiele podmiotów powiązanych ze sobą, Zamawiający dopuszcza składanie ofert na więcej niż 3 sektory przez podmioty powiązane względnie wchodzące w skład grupy kapitałowej”.

Zamawiający odpowiedział, że „Zamawiający dopuszcza składanie ofert na więcej niż 3 sektory przez podmioty powiązane, względnie wchodzące w skład grupy kapitałowej”.

W ocenie Odwołującego III Zamawiający nie przedstawił ani jednego dowodu (ani nawet poszlaki), jak też nie przywołał ani jednego faktu, który wskazywałby że transakcji sprzedaży udziałów w kapitale zakładowym KOM - EKO SERWIS Sp. z o.o. przyświecał zamiar inny niż dozwolony przez prawo.

ad 2)

Zamawiający wskazuje na podobieństwo fizyczne ofert złożonych przez spółkę Odwołującego III i KOM - EKO jako dowód na porozumienie pomiędzy spółkami. W ocenie Odwołującego III jednak podane stanowisko nie dowodzi jednak, że doszło do uzgadniania treści ofert. Rzeczywiście wygląd formularzy ofert złożonych przez spółki wskazuje na podobieństwo graficzne. Jest to jednak łatwo wytłumaczalne w kontekście historii powiązań spółek. W czasie kiedy były to spółki powiązane wykorzystywano opracowane w firmie wzorce itp. W momencie sprzedaży udziałów spółki stały się niezależne, ale dotychczasowe wzory, formularze itp. były

dostępne niezależnie w obu podmiotach. Osoba przygotowująca ofertę z ramienia MST Sp. z o.o. i KOM - EKO Serwis Sp. z o.o. wykorzystwała zasoby KOM- EKO Serwis Sp. z o.o., które posiadała we własnym komputerze do stworzenia oferty. Tym samym podobieństwo ofert w żaden sposób nie dowodzi jakiegokolwiek współpracy lub porozumienia pomiędzy spółkami.

W ocenie Odwołującego III stanowisko Zamawiającego sprowadzające się do zarzucania występowania zmowy, głównie w oparciu o elementy zewnętrzne ofert nie wpisuje się również w linię orzeczniczą KIO np. zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 października 2012 r. KIO 2276/12, podobieństwo ofert nie dowodzi działań niezgodnych z prawem niedopuszczalnych również w ustawie Pzp, takich jak zawarcie porozumienia pomiędzy wykonawcami, o której stanowi art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK., jak również współpracy kwalifikowanej, jako zjawisko nieuczciwej konkurencji na gruncie UZNK, w tym art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust 1 pkt 5 tej ustawy, szczególnie w przypadku, gdy podobieństwa takie są skutkiem skorzystania z usługi tego samego eksperta.

ad 3)

Odwołujący III wskazał, że Zamawiający w rozstrzygnięciu podaje jako dowód zmowy fakt udostępnienia przez KOM- EKO Odwołującemu III zasobów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Odwołujący III wskazał, że faktycznie KOM - EKO udzieliło na rzecz KOM - EKO Serwis sp. z o.o. oraz MST sp. z o.o., działających w ramach konsorcjum swego potencjału. Powyższe działanie jest jednak dopuszczone przez przepisy prawa. Upatrywanie „zmowy przetargowej” w rozmiarze przekazanego zasobu stanowi zaprzeczenie istoty samej instytucji, pozwalającej na korzystanie z zasobu. Stosując miernik przyjęty przez Zamawiającego, należałoby kwestionować legalność działania wszystkich tych wykonawców, którzy mają możliwość wystartowania w przetargu, jednak przy udziale potencjału podmiotu trzeciego, z którym łączą go relacje gospodarcze - niezależnie od tego czy ten podmiot trzeci będzie działał aktywnie jako podwykonawca, czy też przekazanie potencjału nastąpi w inny sposób. W tym np. ofertę

złożoną przez EKOLAND sp. z o.o., który to jednak wykonawca nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta została uznana za ważną i rzeczywistą.

W ocenie Odwołującego III okoliczność ta nie może być rozpatrywana w kategoriach zawierania sprzecznego z prawem porozumienia, a wręcz przeciwnie - porozumienie takie jest wprost prawem dozwolone (wspomniany art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp), a zamawiający nie mogą zabronić ich zawierania lub utrudniać występowania w przetargu w oparciu o potencjał innego podmiotu. Zazwyczaj w przetargach potencjału udzielają sobie przedsiębiorcy prowadzący ze sobą bliższą lub dalszą współpracę, fakt ten nie dowodzi jednak zmawiania się przez spółki w celu uzyskania pożądanego rozstrzygnięcia przetargu. Jest to jedynie potwierdzenie istnienia wspólnego interesu między podmiotami gospodarczymi, co jest zjawiskiem zupełnie normalnym.

Odwołujący III również podkreślił, że Zamawiający w żadnej części SIWZ nie zastrzegł, że wykonawca ma samodzielnie wykonać którąkolwiek z części zamówienia. Podwykonawstwo stanowiło więc oczywiście dopuszczalną formułę realizacji zamówienia. Ponadto ograniczenie do 3 sektorów, o którym mowa w ust. 3.5 SIWZ nie dotyczy podwykonawstwa. W związku z tym uznanie przez Zamawiającego że podwykonawstwo KOM - EKO prowadzi do czynności prawem niedozwolonej jest niezasadne i sprzeczne z literalnym brzmieniem przygotowanej przez Zamawiającego SIWZ.

Odwołujący III wskazał, że posiada już obecnie większe zasoby niż te, które wskazał jako własne w ofercie, a jego zamiarem jest powiększenie parku maszynowego oraz liczby osób zatrudnionych po podpisaniu umowy. Tym samym zamiarem Odwołującego III jest realizacja uzyskanego zamówienia w oparciu głównie o potencjał techniczny i osobowy własny.

W ocenie Odwołującego III Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący III nie będzie realizował zamówienia w żadnym stopniu siłami własnymi. Już fakt złożenia oferty przez konsorcjum przedsiębiorców tj. spółkę KOM-EKO Serwis sp. z o.o. i niezależną, i w żaden sposób faktyczny ani prawny nigdy nie powiązaną z KOM-EKO S.A., spółkę pod firmą: MST sp. z o.o. przeczy przyjęciu przez Zamawiającego, że Odwołujący III nie zamierza wykonywać prac samodzielnie, a jego oferta jest ofertą pozorną. Podobnie Zamawiający ignoruje fakt, że nie tylko KOM-EKO udostępniło swój potencjał Odwołującemu III, ale także inny podmiot tj. Zakład Transportu Komunalnego G. Ko. .

Odwołujący III wskazał, że konsorcjant MST sp. z o.o. ma datującą się na rok 2008 historię działalności na rynku transportu odpadów i jest ona o wiele dłuższa i bogatsza niż historia

działalności EKOLAND sp. z o.o., - spółka ta powstała w lutym 2013 r. (którego to podmiotu oferta nie została uznana za pozorną).

Wybór części zamówienia

Odwołujący III wskazał, że Zamawiający dowodzi, że celem zawarcia umowy przetargowej było ominięcie przez KOM-EKO ujętego w ust. 3.5 SIWZ zakazu składania ofert na więcej niż 3 części. Zakłada on, że wybór przez Odwołującego III innych części zamówienia niż części wybrane przez KOM-EKO był podyktowany tym właśnie celem, nie zaś względami gospodarczymi.

W ocenie Odwołującego wyboru części innych niż części w których ofertę złożyło KOM-EKO dokonali wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu tj. EKOLAND sp. z o.o. oraz SITA Wschód sp. z o.o. oraz Odwołujący III.

- KOM-EKO jako jedyne złożyło ofertę na część II, III oraz VI;
- EKOLAND Sp. z o.o. złożył ofertę na część I, V i VII;
- SITA Wschód Sp. z o.o. złożyła ofertę na część I, IV i VII;
- Odwołujący III złożył ofertę na części I, V i VII.

Tylko w przypadku Odwołującego III zarzuca się, że wybór części - na które złożona została oferta - został podyktowany umową przetargową z KOM - EKO, podczas gdy na podstawie rozkładu ofert można uznać, że w umowie z KOM - EKO pozostaje także EKOLAND Sp. z o.o. oraz SITA Wschód Sp. z o.o., gdyż i te spółki wybrały części inne niż KOM - EKO. W ocenie Odwołującego III zbieżność wyborów trzech wykonawców nie jest przypadkowa, a wynika jedynie z rozeznania rynku oraz oceny szans na wygraną w postępowaniu. Dla uzasadnienia wyboru istotne jest krótkie scharakteryzowanie sektorów (części).

Sektor I (objęty oferta Odwołującego):

W sektorze I w ogromnej większości znajdują się gospodarstwa domowe w zabudowie wielorodzinnej. Zabudowa ta charakteryzuje się dużym stopniem zagęszczenia ludności skupionej wokół pojedynczych zabudowań. Odbiór odpadów z takich punktów jest łatwiejszy i bardziej opłacalny niż z gospodarstw w zabudowie jednorodzinnej. Odpady zalegają w utworzonych zsykach odpadów, lub też znajdują się w pojemnikach na śmieci ustawianych w z góry przyjętych punktach. W rezultacie odbiór i wywóz śmieci odbywa się sprawniej. Poniżej przedstawiono zagęszczenie w tym obszarze gospodarstw domowych:

gospodarstwa domowe w zabudowie jednorodzinnej:

- 1 os. - 809,

- 2 os. - 1341,
- 3 i więcej os. - 3277

gospodarstwa domowe w zabudowie wielorodzinnej:

- 1 os. - 4283,
- 2 os. - 3498,
- 3 i więcej os. - 3635.

Ponadto w sektorze I oszacowano odbiór największej ilości zmieszanych odpadów komunalnych - 28 282 Mg, a jedną z najmniejszych ilości mebli i innych odpadów wielkogabarytowych - 735 Mg. Odbiór zmieszanych odpadów jest znacznie bardziej opłacalny, oraz odbywa się częściej niż odbiór mebli i odpadów wielkogabarytowych. Nadto jest mniej kosztowny oraz odbywa się w krótszym czasie. Wymaga również mniejszego zaangażowania pracowników.

Decyzja Odwołującego III o złożeniu oferty, podyktowana była względami opłacalności, a nie jak twierdzi Zamawiający, wynikała z domniemanego podziału stref wpływu między KOM -EKO Serwis Sp. z o.o. oraz KOM - EKO.

Sektor II (nieobjęty oferta Odwołującego III).

Sektor II w dużej mierze obejmuje tereny przylegające do Starego Miasta, w szczególności można wymienić dzielnice: Kalinowszczyzna oraz Tatary. O trudnościach związanych z odbiorem odpadów z tego typu rejonów mowa jest przy okazji omawiania sektora IV. Z kolei obszar objęty dzielnicami: Hajdów - Zadębie, Felin, Ponikwoda jest średnio zaludniony oraz znajduje się na nim niewiele gospodarstw wielorodzinnych. Sektor II obejmuje bardzo duży teren, w związku z tym koszty związane z odbiorem i transportem odpadów byłyby znaczne. W tym zakresie trudno jest o złożenie oferty korzystnej cenowo. Odwołujący III wskazał, że sektor ten na podstawie poprzednio zawartej z Zamawiającym umowy (na okres od czerwca 2013 do grudnia 2015) jest obsługiwany przez KOM – EKO. Nawet więc drugi z potentatów na lubelskim rynku SITA WSCHÓD Sp. z o.o. uznał, że zbyt ryzykowne i nieopłacalne jest konkurowanie na tym obszarze ze spółką pod firmą KOM - EKO, która nota bene posiada bazę i zakład zagospodarowania odpadów na tym właśnie sektorze (ul. Metalurgiczna). Zakład ten posiada status Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla Regionu Centralnego województwa lubelskiego (RIPOK) - o czym poniżej.

Sektor III (nieobjęty oferta Odwołującego III).

W sektorze tym odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w latach poprzednich odbywał się przez spółkę KOM - EKO. Jest to spółka władająca Instalacją mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, która zyskała na mocy uchwały nr XXIV/397/2012

Sejmiku Województwa Lubelskiego z dnia 30 lipca 2012r. status Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla Regionu Centralnego województwa lubelskiego (RIPOK). Jednocześnie instalacja ta pełni rolę instalacji zastępczej na wypadek awarii regionalnej instalacji dla: Regionu Białą Podlaska, Regionu Centralno-Wschodniego, Regionu Chełm, Regionu Południowo-Zachodniego, Regionu Północno-Zachodniego, Regionu Puławy.

Odwołujący III wskazał, że zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia było odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin. Punkt 3.2.2 SIWZ stanowi, że przez odbieranie odpadów komunalnych rozumie się również ich transport do instalacji.

Odwołujący III wskazał, że spółka KOM - EKO Serwis Sp. z o.o. mając świadomość, że przez ostatni okres do momentu ogłoszenia nowego przetargu, w regionie objętym sektorem III usługi z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi świadczyła spółka dysponująca instalacją RIPOK (KOM - EKO S.A.), nie składała swojej oferty ponieważ spodziewała się, że będzie ona albo niekonkurencyjna, albo nieopłacalna. Dodać należy, że sektor ten graniczy z Sektorem II, gdzie spółka pod firmą KOM - EKO, posiada bazę i zakład zagospodarowania spełniający standardy RIPOK (ul. Metalurgiczna w Lublinie)

Sektor IV (nieobjętych oferta Odwołującego III)

Sektor IV zgodnie z Uchwałą Nr 553/XXIII/2012 Rady Miasta Lublin z dnia 6 września 2012 r. w sprawie podziału obszaru miasta Lublin na sektory w celu zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, obejmuje następujące dzielnice: Stare Miasto, Wieniawa, Śródmieście, Za Cukrownią (liczba mieszkańców - 41406; gęstość zaludnienia os/km² - 4428,04). Stare Miasto jest tym obszarem gdzie odbiór i wywóz śmieci jest najbardziej utrudniony. Zabudowa mieszkaniowa jest gęsta, drogi dojazdowe wąskie, ruch uliczny o znacznym natężeniu (w tym znaczna ilość przechodniów), pojemniki na odpady (o mniejszej objętości) są położone często głęboko w podwórkach kamienic, gdzie trudno jest wjechać pojazdem, więc ich obsługa wymaga wzmożonej pracy ludzkiej. W rezultacie wykonawcy unikają świadczenia usług odbioru i wywozu śmieci na terenie tego typu zabudowy (w każdym mieście nie tylko Lublinie) ponieważ wiąże się to z wieloma trudnościami. Zazwyczaj oferta składana jest przez wykonawcę, który dotychczas na tym terenie odbierał odpady. Przedmiotowe postępowanie nie było wyjątkiem. Oferta na część IV zamówienia została złożona jedynie przez spółkę SITA Wschód sp. z o.o., dotychczas świadczącą usługi na tym obszarze, posiadającą rozstawione pojemniki, przygotowane harmonogramy, drogi objazdu, odpowiedni sprzęt oraz sprawdzony personel itp.

Sektor V (objęty oferta Odwołującego III)

W sektorze V podobnie jak w sektorze I w ogromnej większości znajdują się gospodarstwa domowe w zabudowie wielorodzinnej. Są to zabudowania o dużym stopniu zagęszczenia, z których odbiór odpadów odbywa się sprawnie. W związku z tym Odwołujący III, składając ofertę na tę część zamówienia kierował się tymi samymi okolicznościami, które zostały opisane przy okazji omawiania sektora I. Poniżej przedstawiono zagęszczenie w tym obszarze gospodarstw domowych:

gospodarstwa domowe w zabudowie jednorodzinnej:

- 1 os. - 251,
- 2 os. - 614,
- 3 i więcej os. - 1114

gospodarstwa domowe w zabudowie wielorodzinnej:

- 1 os. - 4709,
- 2 os. - 4990,
- 3 i więcej os. - 4417.

Ponadto w sektorze V oszacowano odbiór małej ilości mebli i innych odpadów wielkogabarytowych - 595 Mg., oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych - 1 517 Mg.

Należy również wspomnieć, że zgodnie z SIWZ w sektorze V, Zamawiający przewidział udzielenie zamówienia objętego prawem opcji.

Zamówienie podstawowe obejmuje:

- odbieranie 17 273 Mg zmieszanych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektora III - w całym okresie zamówienia,
- odbieranie i zagospodarowanie 9 159 Mg selektywnie zbieranych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektora V - w całym okresie zamówienia,
- zagospodarowanie 13 903 Mg zmieszanych odpadów komunalnych z nieruchomości zam. z sektora III - w okres zamówienia do 30.06.2017

Zamówienia objęte prawem opcji polega na zagospodarowaniu w okresie 01.07.2017 - 30.06.2018 zmieszanych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektora V w ilości 6 909 Mg. W przypadku zaś, gdy do realizacji opcji nie dojdzie wykonawca będzie zobowiązany jedynie do transportu odpadów do instalacji wskazanej w planie gospodarki odpadami dla woj. lubelskiego, realizowanej przez Związek Gmin Ziemi Lubartowskiej.

W ocenie Odwołującego III fakt złożenia przez konsorcjantów MST sp. z o.o. i KOM-EKO Serwis sp. z o.o. oferty na tę część zamówienia, świadczy o braku porozumienia między Odwołującym a KOM-EKO. Prawo opcji zakłada transport odpadów do innej instalacji RIPOK

niż aktualnie działająca na danym obszarze. Gdyby odwołujący oraz KOM-EKO S.A. byli rzeczywiście w zmwowie, to konsorcjum MST Sp. z o.o. i KOM-EKO Serwis sp. z o.o. nie złożyłoby oferty na tę część zamówienia, ponieważ wiedziałyby, że część odpadów może trafić do konkurencyjnej w stosunku do KOM - EKO S.A. instalacji RIPOK. W ten sposób Odwołujący III działałaby ze szkodą dla spółki KOM - EKO, którą podejrzewa się o pozostawanie w zmwowie z KOM - EKO Serwis sp. z o.o.

Odwołujący III wskazał również, że w tezę Zamawiającego odnośnie zmwowy przetargowej i ustalenia, na które części zamówienia spółki złożą swoje oferty, nie wpisuje się okoliczność związaną z niezłożeniem przez KOM - EKO oferty na sektor V zamówienia. Obszar ten był dotychczas obsługiwany przez wspomnianą spółkę, a w związku z tym miałyby duże szanse na ponowne uzyskanie tego obszaru w ramach nowego przetargu (gdyby była zainteresowana tym regionem).

Sektor VI (nie obiekty oferta Odwołującego III)

W sektorze VI podobnie jak w sektorze III odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odbywał się dotychczas przez spółkę KOM - EKO. Należy zaznaczyć, że obszar VI nie jest objęty tzw. opcją i odpady z tego sektora będą podlegały zagospodarowaniu w instalacji RIPOK należącej do KOM - EKO. Było więc oczywiste, że KOM - EKO najprawdopodobniej złoży ofertę na ten sektor, chcąc utrzymać strumień odpadów do RIPOK przez całe 2,5 roku realizacji usługi. Odwołujący (ani żaden inny oferent) nie składał więc oferty na tę część zamówienia ponieważ było to w świetle możliwego starcia konkurencyjnego z KOM - EKO S.A. zupełnie nieopłacalne.

Z tych przyczyn Odwołujący III zaniechał składania swojej oferty w tej części, a podobnie swojej szanse na uzyskanie zamówienia w tej części ocenili też pozostali wykonawcy.

Sektor VII (obiekty oferta Odwołującego III)

W sektorze VII podobnie jak w sektorze I oraz V w ogromnej większości znajdują się gospodarstwa domowe w zabudowie wielorodzinnej. Są to zabudowania rozproszone, z których odbiór odpadów odbywa się sprawnie. W związku z tym Odwołujący III się, składając ofertę na tę część zamówienia kierował się tymi samymi okolicznościami, które zostały opisane przy okazji omawiania sektora I oraz V. Poniżej przedstawiono zagęszczenie w tym obszarze gospodarstw domowych:

gospodarstwa domowe w zabudowie jednorodzinnej:

- 1 os. - 157,
- 2 os. - 231,
- 3 i więcej os. - 594

gospodarstwa domowe w zabudowie wielorodzinnej:

- 1 os. - 2175,
- 2 os. - 2377,
- 3 i więcej os. - 2904.

Ponadto w sektorze VII oszacowano odbiór małej ilości mebli i innych odpadów wielkogabarytowych - 451 Mg., oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych - 548 Mg.

Odwołujący III wskazał, że istniały pewne powtarzające się czynniki, które zadecydowały o tym, że Odwołujący się złożył swoją ofertę na części zamówienia: I, V, VII, a nie złożył ofert na sektory II, III, IV i VI. Czynniki te wskazują na kierowanie się przez Odwołującego III rachunkiem ekonomicznym oraz realną oceną szans na uzyskanie opłacalnego do realizacji zamówienia w danej części, nie zaś jak twierdzi Zamawiający, upozorowanie konkurencyjności w przetargu z KOM - EKO. Decyzja o wyborze sektorów była podejmowana przez zarządy KOM - EKO Serwis Sp. z o.o., oraz MST Sp. z o.o., (w ramach funkcjonowania konsorcjum), biorąc pod uwagę charakterystykę sektorów, występowanie lub nie opcji na zagospodarowanie odpadów, rozpoznanie konkurencji - wiedza o dotychczas obsługiwanych sektorach, posiadanych urządzeniach technicznych i preferencjach.

Poniżej zestawiono czynniki o charakterze czysto gospodarczym, o których mowa jest wyżej:

- przeważająca ilość odpadów zmieszanych,
- mała ilość odpadów typu meble i inne odpady wielkogabarytowe,
- mała ilość odpadów typu odpady budowlane i rozbiórkowe,
- obszary z przeważającą ilością gospodarstw wielorodzinnych,
- istnienie prawa opcji - sektor V zamówienia,
- ocena możliwego, racjonalnego zachowania konkurencji, która na danym obszarze świadczy usługi na podstawie poprzednio zawartych umów,
- ocena potencjału konkurencji - dysponowanie instalacją RIPOK służącą do gospodarowania odpadami.

Odwołujący III podkreślił, że konsorcjum KOM - EKO Serwis sp. z o.o., nie składało swojej oferty na sektory: II, III oraz VI nie z powodu podziału obszaru miasta w ramach „z umowy przetargowej” a m.in. z tego powodu, że obszary te były obsługiwane wcześniej przez spółkę KOM - EKO S.A. dysponującą instalacją RIPOK do której odpady miały być transportowane - było to jedno ze świadczeń ujętych w opisie przedmiotu zamówienia. Wiedza ta nie stanowi

tajemnicy, są to dane powszechnie dostępne wszystkim mieszkańcom Lublina. W rezultacie koszty usługi świadczonej przez taką spółkę będą niższe niż przedsiębiorstwa, która nie dysponuje własną instalacją przetwarzania odpadów. Okoliczność ta przekłada się na wysokość ceny przewidzianej w ofercie.

Odwołujący III wskazał, że Konsorcjum KOM - EKO Serwis Sp. z o.o. miało świadomość, że jego oferta w tych obszarach będzie niekonkurencyjna w porównaniu z ofertą KOM - EKO, przede wszystkim właśnie z uwagi na okoliczność dysponowania przez KOM - EKO instalacją RIPOK.

Odwołujący III wskazał, że samodzielnie zdecydował, którą z części zamówienia będzie chciał objąć, kierując się powodami właściwymi dla swojej sytuacji.

Odwołujący III wskazał również, że w postępowaniu wystąpiły 2 grupy wykonawców:

- 1) KOM-EKO S.A uprzywilejowana przez posiadanie jedynej na terenie Lublina RIPOK a w związku z tym osiągająca znacznie niższy koszt wykonania zamówienia w zakresie transportu odpadów, szczególnie na sektorach II i III oraz czerpiąca zyski z przetwarzania odpadów w RIPOK (szczególnie na wyłączonym opcji sektorze VI - przez całe 2,5 roku realizacji usługi) oraz
- 2) pozostali wykonawcy, którzy nie posiadają instalacji do zagospodarowania odpadów w standardzie RIPOK na terenie regionu centralnego, i których zyski będą wynikać jedynie z różnicy między kosztami transportu a wynagrodzeniem z tego tytułu wypłacanym przez Zamawiającego.

Analiza rozkładu ofert wyraźnie wskazuje, że pozostali wykonawcy starali się uniknąć bezpośredniej konkurencji z KOM - EKO spodziewając się niższych szans na uzyskanie zamówienia. W tym zakresie Odwołujący III dokonał analizy dochodząc do takich samych wniosków jak SITA Wschód Sp. z o.o. oraz EKOLAND sp. z o.o., co w żadnym wypadku nie może być stygmatyzowane jako zmowa przetargowa Odwołujących z KOM – EKO.

Podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego III

Na bazie wskazanej powyżej argumentacji co do stanu faktycznego Zamawiający sformułował podstawy odrzucenia oferty Odwołującego III:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego i art. 82 ust 1 oraz art. 83 ust. 1 ustawy Pzp, jak też art. 3 ust. 1 i 2, art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Odwołującego III podstawa odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dotyczy sytuacji złożenia oferty nieważnej na podstawie przepisów odrębnych. Przywołane przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie stanowią o sankcji nieważności oferty. Podstawą prawną dla uznania oferty za nieważną musiałyby być uznanie złożenia oferty za czynność sprzeczną z ustawą lub mającą na celu obejście ustawy na podstawie art. 58 § 1 kodeksu cywilnego. W tym zakresie argumentacja Zamawiającego zaś sprowadza się do zacytowania pisma Prezesa UZP z dnia 24 czerwca 2015 r. dotyczącego pod wykonawstwa. Należy zwrócić uwagę na to, że pismo to nie rozważa konkretnego stanu faktycznego, a jest opinią o charakterze ogólnym. A w przywołanej części cytatem z komentarza do art. 58 Kodeksu cywilnego autorstwa Pawła Księżaka opublikowanym w wersji elektronicznej systemu LEX.

Ponadto Odwołujący III wskazał, że w niniejszym postępowaniu sytuacja nie jest podobna do sytuacji poruszonej w piśmie, oraz wpływ na ocenę będzie miał szereg uwarunkowań faktycznych. Ten sam autor komentarza wskazuje w tezie 44 do art. 58 „Ustalenie, czy dana czynność zmierza do obejścia prawa, jest zadaniem bardzo trudnym. Wydaje się wręcz, że w wielu wypadkach taka kwalifikacja czynności ma charakter ocenny. Dlatego jedni będą uznawać np. przewłaszczenie nieruchomości na zabezpieczenie za obejście przepisów o hipotece, inni zaś dowodzić będą, że sama tożsamość celu tych Instytucji prawnych nie czyni przewłaszczenia nieważnym. Można sformułować tylko ogólną wskazówkę, zgodnie z którą ustalenie, czy czynność została podjęta in fraudem legis, wymaga uwzględnienia nie tylko funkcji i określonego motywu gospodarczego, ale również całokształtu konsekwencji prawnych z niej wynikających dla podmiotów danego stosunku (tak np. M. Safjan (w:) Kodeks cywilny..., red. K. Pietrzykowski, t. 1, 2005, s. 259; wyrok SA w Lublinie z dnia 20 stycznia 1999 r., I ACa 377/98, Apel.-Lub. 1999, nr 1, poz. 2). Poza tym sąd powinien kierować się rozsądną oceną, która w wielu wypadkach pozwala prima facie dostrzec próbę obejścia prawa przez strony czynności. Jak się wydaje, śmielsze ustalanie przez sądy obejścia prawa mogłoby stać się w wielu wypadkach odpowiedzią na rzekomo złe prawo i alternatywą dla zgubnego nawyku bezustannych nowelizacji.”

Jak wynika z powyższego zakwalifikowanie czynności do zmierzającej do obejścia prawa wymaga wnikliwej analizy oraz uzasadnienia odwołującego się do danego stanu faktycznego. Brak takiej analizy wykonanej przez Zamawiającego i odrzucenie oferty Odwołującego stanowi nadużycie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, jak też art. 3 ust 1 i 2, art. 15 ust 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Odwołujący III wskazał, że w tym przypadku Zamawiający przywołał podstawę dotyczącą czynu nieuczciwej konkurencji oraz sprecyzował w uzasadnieniu (jak też przez przywołanie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz o ochronie konkurencji i konsumentów) że zarzucanym czynem jest zмова przetargowa. Dla jej wykazania powołano szereg okoliczności faktycznych, co do których Odwołujący przedstawił że są one niewłaściwe.

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 3 ustawy Pzp

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nakazuje odrzucenie oferty która jest niezgodna z przepisami ustawy. Z kolei pozostałe przywołane przepisy stanowią, że wykonawca może złożyć 1 ofertę na jedną część zamówienia oraz ofertę na tyle części zamówienia ile ustalił zamawiający. Odwołujący III złożyli 1 ofertę w każdej z 3 części zamówienia. Jednocześnie złożył oferty w maksymalnej dopuszczalnej ilości części. Nie został więc naruszony jego działaniem ani przepis art. 82 ust 1 ani 83 ust 3 ustawy Pzp. Tym samym również ta podstawa odrzucenia oferty nie znajduje zastosowania.

- 4) art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kc oraz art. 83 ust 3 ustawy Pzp

W tym zakresie zamawiający wskazuje na sprzeczność oferty z postanowieniami SIWZ. Odwołujący III wskazał, że złożył ofertę zgodnie z postanowieniami SIWZ tj. na dopuszczalne 3 części, wybrane zgodnie z oceną opłacalności i ryzyk. W jego działaniu nie zaistniały okoliczności wskazujące na pozorność złożenia oferty (obejście prawa).

Wykluczenie wykonawcy EKOLAND sp. z o.o.

Odwołujący III wskazał, że wykonawca EKOLAND sp. z o.o., z/s w Kraśniku został uznany za spełniającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia bezpodstawnie. Zamawiający uznał doświadczenie w wykonywaniu usług na rzecz gminy Miasta Kraśnik, podczas gdy przedstawione referencje budzą poważne wątpliwości co do wykazania doświadczenia. Z referencji wynika, że odebrana ilość odpadów to za 2013 rok - 3 026,6 Mg, zaś za 2014 rok - 5 369 Mg, podczas gdy umowa z gminą zawarta została i jest rozliczana w metrach sześciennych. Nie jest zaś możliwe przeliczenie tych jednostek miar. Zamawiający nie

wyjaśniał tej rozbieżności, czym naruszył przepis art. 26 ust 4 ustawy Pzp a w konsekwencji art. 24 ust 2 pkt 4 tej ustawy. Odwołujący III dodał również, że spółka EKOLAND Sp. z o.o., z/s w Kraśniku nie istniała w miesiącu styczniu 2013 r., co jednak nie przeszkadza temu oferentowi powoływać się na „własne” referencje z tego okresu, a Zamawiającemu taki stan akceptować.

Ponadto w wyniku wezwania do uzupełnienia wykazu w zakresie doświadczenia wykonawca przedstawił usługi wykonane przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Puławach na rzecz Miasta Puławy oraz gminy Puławy. Zobowiązanie do udostępnienia potencjału na zasadach określonych w art. 26 ust 2b nosi zaś znamiona zobowiązania nierealnego. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego dokumentu wykonawca może polegać na referencjach wskazanych w treści zobowiązania. Nie jest natomiast wskazane w jaki sposób zasoby zostaną udostępnione. Tym samym wykonawca nie wykazał, że dysponuje zasobem podmiotu trzeciego, który jest niezbędny dla spełnienia warunku w zakresie doświadczenia. Z uwagi zaś na to, że wykonawca był wzywany do uzupełnienia dokumentów nie jest możliwe zastosowanie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 2194/15

W dniu 9 października 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej KOM - EKO zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 KC w zw. art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 3 i art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 3 ust 1 i 2 i art. 15 ust. 1 pkt 5 UOKiK;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 58 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 3 ust 1 i 2, art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK, art. 6 ust.1 pkt 7 UOKiK;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 3 ustawy Pzp;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 KC i art. 83 ust. 3 ustawy Pzp;
- 5) art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 24 b ust. 1-3 PZP i art. 26 ust. 4, a także naruszenie innych przepisów wskazanych lub wynikających z treści odwołania, w szczególności: poprzez arbitralne odrzucenie oferty Odwołującego IV wskutek:
 - przypisania czynu nieuczciwej konkurencji, rzekomo wyrażającego się w tym, że Odwołujący IV udostępnił swe zasoby konsorcjum, które złożyło oferty na inne części zamówienia niż Odwołujący IV, mimo że Zamawiający zezwolił podmiotom z grupy kapitałowej na składanie ofert nawet na te same części zamówienia oraz pomimo tego, że żaden z konkurentów nie wykazał zainteresowania tymi częściami zamówienia, o które ubiegał się Odwołujący IV;
 - uznania oferty Odwołującego IV za niezgodną z SIWZ i Pzp pomimo, iż Odwołujący IV

nie złożył oferty na więcej niż trzy części zamówienia;

- uznania oferty Odwołującego IV za niezgodną z SIWZ oraz nieważną na podstawie odrębnych przepisów, pomimo iż jest ona ważną i w pełni zgodną z prawem.

Odwołujący IV wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego IV na Część II, Część III oraz Część VI Zamówienia; (ii) unieważnienie czynności unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia na Część II, Część III oraz Część VI Zamówienia; (iii) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na Część II, Część III oraz Część VI Zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego IV; (iv) zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym wynagrodzenia pełnomocnika według rachunku, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący IV wskazał, iż przedmiot zamówienia podzielony na 7 części, co odpowiada 7 sektorom odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Podział ten wynika z „uchwały nr 553/XXIII/2012 Rady Miasta z 6 września 2012 r. w sprawie podziału obszaru miasta Lublin na sektory w celu zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości”. Mapka obrazująca podział na sektory stanowi Załącznik nr 3 do odwołania.

Odwołujący IV wskazał, że postępowanie objęło sektory, na których do tej pory świadczyło usługi dwóch konkurentów: (1) SITA Wschód Sp. z o.o. w Lublinie („**SITA WSCHÓD**”) oraz (2) konkurującego z nią Odwołującego IV.

SITA WSCHÓD operowała na trzech sektorach Lublina (Sektor I, Sektor IV, Sektor VII); natomiast Odwołujący świadczył usługi na czterech sektorach (Sektor II, Sektor III, Sektor V oraz Sektor VI).

Odwołujący IV wskazał, że posiada w Lublinie własną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych. Przedmiotowa instalacja, mocą uchwały nr XXIV/397/2012 Sejmiku Województwa Lubelskiego z 30 lipca 2012 r. uzyskała status Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla Regionu Centralnego województwa lubelskiego (RIPOK). Dane, obrazujące sektory, na których operowała SITA WSCHÓD oraz Odwołujący IV, a także potencjał konkurencyjny obu tych wykonawców (w szczególności, fakt posiadania właśnie w Sektorach II, III, V, VI odpowiedniego doświadczenia, zaplecza technicznego i osobowego przez Odwołującego), a także fakt, iż Odwołujący dysponuje własnym RIPOK w Lublinie, były informacjami publicznymi, dostępnymi każdemu zainteresowanemu podmiotowi.

Każdy z konkurentów powinien był brać te informacje pod uwagę.

Odwołujący IV wskazał, że ogłoszeniem z 14 sierpnia 2015 r. Zamawiający wszczął przetarg nieograniczony na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin — VII części. Zamawiający podzielił zamówienie na VII odrębnych części — odpowiadających podziałowi Miasta Lubin na sektory, przy czym Zamawiający zastrzega, że „wykonawca może złożyć oferty częściowe na maksymalnie 3 części” (pkt 3.5, str. 31 SIWZ). 21 sierpnia 2015 r. jeden z konkurentów, SITA WSCHÓD, decyduje się zaskarżyć treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kwestionując m.in. ograniczenie do składania ofert na trzy części. SITA WSCHÓD wywodzi, że ograniczenie składania ofert do trzech części: „narusza zasadę uczciwej konkurencji”, „uniemożliwia złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do innych podmiotów, „istotnie ogranicza zasadę swobody działalności gospodarcze”. (Dowód: odwołanie SITA w załączeniu). SITA WSCHÓD zarzuca również, że limit ofert na części koliduje z interesami samego zamawiającego, który „traci możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia przyjętych kryteriów oceny” i „racjonalności wydatkowania środków publicznych” (Dowód: odwołanie SITA w załączeniu).

Odwołujący IV wskazał, że w dniu 3 września 2015 r. Zamawiający — w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp — udzielił następujące odpowiedzi na zapytanie jednego z wykonawców:

Na pytanie: *„Czy w sytuacji gdy istnieje wiele podmiotów powiązanych ze sobą, Zamawiający dopuszcza składanie ofert na więcej niż trzy sektory przez podmioty powiązane względnie wchodzące w skład grupy kapitałowej?”*

Zamawiający odpowiada:

„Zamawiający dopuszcza składanie ofert na więcej niż trzy sektory przez podmioty powiązane względnie wchodzące w skład grupy kapitałowej”. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie mogą złożyć odrębnej oferty w tym samym postępowaniu (w danej części), chyba, że wykażą, iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

W dniu 7 września 2015 r. postępowanie odwoławcze wywołane odwołaniem SITA WSCHÓD zostaje umorzone (postanowienie Izby w sprawie sygn. akt: KIO 1840/15) (Dowód: protokół z postępowania - w aktach postępowania o udzielenie zamówienia).

W tych okolicznościach, od 3 września 2015 r., każdy z potencjalnych wykonawców: dowiadyuje się, że podmioty: (1) powiązane lub (2) należące do grupy kapitałowej mogą składać oferty na więcej niż trzy sektory. Po drugie, że podmioty z grupy kapitałowej (lub powiązane ze sobą) mogą złożyć oferty nawet na te same części zamówienia pod warunkiem, że powiązania pomiędzy podmiotami nie będą prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami.

Odwołujący IV wskazał, że nie wie, jak wyglądały rozważania konkurentów co do udostępniania zasobów innym podmiotom. Jednakże Odwołujący IV po analizie przepisów ustawy Pzp oraz utrwalonego orzecznictwa KIO w tym zakresie, a następnie po upewnieniu się co do poprawności takiego działania wskutek wyjaśnień Zamawiającego, decyduje się użyć zasobów w trybie art. 26 ust. 2b PZP dwóm wykonawcom, to jest MST Sp. z o.o. w Łomiankach oraz KOM-EKO Serwis Sp. z o.o. w Lublinie („Konsorcjum”). Odwołujący IV podejmuje się w pewnym zakresie zostać podwykonawcą Konsorcjum.

Odwołujący IV wskazał, że wprawdzie do 25 sierpnia 2015 r. istniały między nim a KOM -EKO Serwis Sp. z o.o. relacje „spółka matka — spółka córka”, a nadto do 24 sierpnia 2015 r. pan Ireneusz Michał Zimoch istotnie był jednocześnie jednym z członków zarządu każdej z tych spółek, to jednak nie budzi najmniejszych wątpliwości, że zasoby zostały udostępnione całemu Konsorcjum; a dodatkowo — co należy podkreślić - Konsorcjum samodzielnie dysponowało częścią pojazdów i personelu, a nadto, pomimo możliwości uzyskania od Odwołującego IV zasobu w postaci zezwolenia na transport odpadów — Konsorcjum zdecydowało się uniezależnić w tym zakresie i samo wystąpiło o takie zezwolenie. Odwołujący IV przypuszcza, że Konsorcjum takie zezwolenie może już posiadać.

Odwołujący IV wskazał, że o ile Zamawiający uzasadniał ograniczenie możliwości składania ofert do trzech części zamówienia zamiarem „zwiększania” konkurencji w Lublinie, to jednak warunki, które postawił w zakresie wiedzy i doświadczenia, były ustalone tak samo wysoko dla wykonawcy, który samodzielnie planował rozpocząć świadczenie usług w Lublinie na jednej części zamówienia, jak i dla takiego, który zamierzał to uczynić na trzech częściach zamówienia (Dowód: pkt 5.1-5.5 SIWZ - w aktach postępowania o udzielenie zamówienia).

Odwołujący IV wskazał, że z udostępnieniem zasobów na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wiąże się solidarna odpowiedzialność udostępniającego (tutaj Odwołujący IV) (art. 26 ust. 2e ustawy Pzp). Szkoda ta mogłaby zostać wyrządzona Zamawiającemu, z którym Odwołujący IV współpracuje od lat i na terenie którego funkcjonuje RIPOK Odwołującego IV. Zapewnienie

Konsorcjum realnego i rzeczywistego dostępu do zasobów umożliwiającym należyte wykonanie umowy z tym Zamawiającym musiało wiązać się z uzupełnieniem zasobów w zakresie sprzętu, personelu oraz (początkowo) zezwolenia na transport odpadów na terenie Lublina.

Odwołujący IV wskazał, że złożył ofertę na trzy sektory, w których wcześniej świadczył usługi, i z których zapewniał strumień odpadów do RIPOK (sektor II, III oraz VI). Jako częściowy podwykonawca Konsorcjum pojawia się w ofertach na sektory I, V, VII. Oferta Konsorcjum może być uznana za najkorzystniejszą w sektorze V. (Dowód: Zawiadomienie o odrzuceniu oferty, s. 2-4, w załączeniu).

Odwołujący IV dalej wskazał, że Zamawiający otrzymuje oferty na każdy z siedmiu sektorów. Oferty składa łącznie czterech wykonawców, którzy — z dwoma wyjątkami — napotykać konkurencję w danym sektorze.

- SITA WSCHÓD — złożyła oferty na sektory: I, IV oraz VII; przy czym SITA WSCHÓD dotyczy pierwszy wyjątek: żaden z wykonawców nie składa oferty na sektor IV (SITA WSCHÓD operowała na nim wcześniej);
- Konsorcjum MST i KOM-EKO Serwis sp. z o.o. w Lublinie złożyło oferty na sektory: I, V oraz VII;
- EKOLAND sp. z o.o. w Kraśniku („EKOLAND”) — złożył oferty na sektory: I, V oraz VII;
- Odwołujący VI — składa oferty na sektory: II, III, oraz VI; i jego dotyczy drugi wyjątek, gdyż zestawienie ofert dowodzi niezbicie, że na te sektory Zamówienia, na które oferty składał Odwołujący, nie tylko Konsorcjum nie złożyło oferty, ale SITA WSCHÓD nie złożyła oferty i EKOLAND również nie złożył oferty.

Odwołujący IV wskazał, że 29 września 2015 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego IV zarzucając mu „zмовę przetargową”. Uzasadniając ten krok, Zamawiający powołał się na trzy grupy zagadnień: (1) po pierwsze, na „historyczne” więzi kapitałowe między Odwołującym IV, a spółką KOM-EKO Serwis sp. z o.o., (2) po drugie na zakres udostępnienia zasobów przez Odwołującego IV oraz (3) po trzecie na pewne fizyczne, techniczne podobieństwo niektórych stron z ofert tych wykonawców.

Istota zarzutu Zamawiającego sprowadza się do tezy, że faktycznie doszło do złożenia oferty na sześć części (sektorów) przez jednego wykonawcę, to jest KOM- EKO, co było zakazane przez Zamawiającego (pkt 3.5 SIWZ) i co rzekomo miało być wynikiem zмовы przetargowej. To błędne twierdzenie opiera się na fakcie, iż KOM-EKO, który złożył ofertę w częściach II, III

i VI, jednocześnie udostępnił zasoby na zasadach art. 26 ust. 2b Pzp na rzecz wykonawców, którzy złożyli wspólną ofertę na inne trzy części zamówienia (I, V i VII), to jest na rzecz Konsorcjum.

W ocenie Odwołującego IV gdyby przyjąć wadliwe rozumowanie Zamawiającego za prawidłowe, oznaczałoby to, iż — wbrew ugruntowanej linii orzeczniczej, bazującej na braku zakazu ustawowego (KIO 2816/10, KIO 14/11, KIO 2070/13, KIO 2074/13) i powszechnej praktyce — wykonawca składający ofertę w danym postępowaniu nie mógłby być jednocześnie podwykonawcą - podmiotem udostępniającym zasoby na rzecz innego wykonawcy składającego ofertę w tym samym postępowaniu. Sprowadzałoby to się de facto do utożsamienia podmiotu udostępniającego zasoby z wykonawcą, co nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego: ustawa Pzp wyraźnie te podmioty odróżnia — chociażby poprzez definicje legalne: art. 2 pkt 11 ustawy Pzp oraz art. 2 pkt 9b) ustawy Pzp.

Rozumowanie Zamawiającego jest tym bardziej niezasadne w realiach niniejszej sprawy, w której Odwołujący IV - nie będzie podwykonawcą całości zamówienia w częściach I, V, VII.

Ponadto, Odwołujący IV wskazał, że z orzecznictwa KIO wynika, iż ustawa Pzp:

- nie wprowadza zakazu występowania przez ten sam podmiot jako podwykonawca w realizacji danej części zamówienia przy równoczesnym samodzielnym składaniu ofert lub oferty na inne części zamówienia. Występowanie danego podmiotu w ramach danych części zamówienia wyłącznie jako wykonawca, a w ramach innej części zamówienia wyłącznie jako podwykonawca nie stanowi naruszenie art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, czy a priori prowadzi do jego obejścia. Zamawiający potwierdził te zasadę w cytowanej wyżej odpowiedzi nr 11 do SIWZ, gdzie wskazał, że powiązania nie stanowią przeszkody do złożenia przez dwie spółki ofert na różne części zamówienia. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów może być takim powiązaniem;
- podobieństwo złożonych ofert, co do ich opakowania i oznaczenia, nawet omyłkowego, czy sposobu numeracji stron nie można uznać za dowód popełnienia czynu niedozwolonego prawem;
- z faktu, że dwaj przedsiębiorcy prowadzą współpracę polegającą na świadczeniu nawzajem usług przy realizacji zamówień nie można wywodzić, że składając oferty w postępowaniu na różne części zamówienia kierowali się wspólnymi uzgodnieniami co do kalkulacji ceny za jaką będą wykonywać usługę;
- w sytuacji, kiedy obaj przedsiębiorcy nie konkurowali pomiędzy sobą o zamówienie na tą samą część, nie można stwierdzić istnienia związku przyczynowego pomiędzy

prowadzonymi uzgodnieniami (z ewentualnym podwykonawcą części prac), a ograniczeniem dostępu do zamówienia innym podmiotom;

- samo podobieństwo metodologii kalkulacji pozostaje bez znaczenia dla stwierdzenia, że złożenie oferty nie stanowi działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, jak również nie prowadzi do zakłócenia konkurencji na rynku właściwym; (por. wyrok KIO z KIO 678/15, 679/15)

W ocenie Odwołującego IV dokonana przez Zamawiającego ocena faktów jest wadliwa, a wywiedzione z niej tezy błędne i w żaden sposób nieudowodnione. Wyroki Trybunału Sprawiedliwości, które Zamawiający przedstawił na poparcie swojej tezy oraz decyzja Prezesa UOKiK nr DOK - 7/2009 dotyczą zupełnie innej kategorii (Dowód: uzasadnienie odrzucenia oferty, s. 29, akapit ostatni). Orzeczenie podstawowe w argumentacji Zamawiającego C-238/05 (w nim zawarte są wszystkie inne wyroki ETS, które wyliczył Zamawiający) dotyczyło systemu informatycznego przetwarzania danych finansowych, tworzonego na potrzeby hiszpańskich instytucji kredytowych i pożyczkowych, z którego instytucje te mogłyby czerpać informacje o potencjalnych klientach. Chodziło o „wymianę informacji” finansowych podobną do tej, jaka występuje dzięki wykorzystaniu baz danych polskiego Biura Informacji Kredytowej. Jest oczywiste, że takie porozumienie jest zupełnie czymś innym niż czyn, który Zamawiający usiłuje przypisać Odwołującemu IV.

W ocenie Odwołującego IV równie daleko od realiów postępowania i „ustaleń” Zamawiającego są pozostałe wyroki Trybunału przywołane przez Zamawiającego (C-7/95 , C- 194/99)

- wyroki Izby, na które powołał się Zamawiający (za wyjątkiem wyroku KIO/UZP 586/13, KIO 588/13, ale ten dotyczy obowiązku podania wszystkich okoliczności faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty);
- decyzja UOKiK nr DOK-7/2009, na którą powołał się Zamawiający, a nadto:
- powoływana przez Zamawiającego opinia Urzędu Zamówień Publicznych z 24 czerwca 20015r. (UZP/DP/026/651 (2)/15/MM).

W ocenie Odwołującego IV pismo UZP nie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia, w którym składane są oferty częściowe, i w którym zamawiający ograniczał możliwość składania oferty do kilku części. Pomijając fakt, że takie opinie nie są źródłem prawa, to Odwołujący IV wskazał:

- orzeczenie C-7/95 dotyczyło platformy uzyskiwania, przy udziale organów rejestrujących pojazdy, danych o sprzedaży ciągników rolniczych; były one przydatne

dla producentów traktorów w Zjednoczonym Królestwie; orzeczenie w sprawie C-194/99 dotyczyło z kolei systemu wymiany informacji między ponad 17 europejskimi przedsiębiorcami działającymi na rynku belek stalowych (ang „beams”).

- w sprawie KIO 1353/13 jeden z wykonawców nie wykonał wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czym umożliwił wybranie oferty „droższej”; w sprawie KIO 2865/12 „przesądzające” było, że jedna osoba przygotowywała pełne oferty dla pięciu wykonawców, a także jednakowo sporządzone formularze ofertowe i kosztorysy; z kolei w sprawie KIO 1874/10 wykonawca niewykonywał wezwania do uzupełnienia braków po to, aby wybrano ofertę droższą; natomiast sprawa 1287/12 dotyczyła stanu faktycznego, w którym nastąpiło uchylene się od uzupełnienia dokumentów w celu doprowadzenia do zawarcia umowy droższej z podmiotem który będąc uprawnionym do reprezentacji dwóch różnych wykonawców w ich imieniu podpisywał oferty; trzeba zaznaczyć, że sprawa KIO 1874/10 została incydentalnie przywołana w sprawie KIO 1353/13 i Odwołujący nie uzyskał dostępu do tego orzeczenia Izby; w sprawie KIO 309/14 nastąpił niewykonanie wezwania do uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 (chodziło o zaświadczenia ZUS lub KRUS oraz Urzędu Skarbowego), a uczestnicy zмовы mieli m.in. tożsame gwarancje wadialne, tożsamy podmiot z grupy kapitałowej, identyczną treść pełnomocnictw; a sprawa KIO 586/13 i 586/13 w ogóle nie dotyczyła zмовы przetargowej;
- Decyzja DOK - 7/2009 (przedmiotem postępowania była praktyka niejawnego ustalania cen producentów cementu) w punkcie, na który powołał się Zamawiający odsyła do wyżej omówionego orzeczenia w sprawie C-238/05. Znamienne jest, że wszystkie orzeczenia, na które powołał się Zamawiający są powtórzone w sprawie C-238/05. Wyrażona w nich teza, że „porozumienia w sprawie wymiany informacji są niezgodne z regułami konkurencji, jeżeli zmniejszają lub eliminują poziom niepewności co do działalności konkurentów na określonym rynku” jest co do zasady słuszna, ale nijak nie przystaje do czynu, który zarzucał Zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, bo nie chodziło o platformę wymiany informacji, a o sposób wystąpienia w przetargu.

W ocenie Odwołującego IV odrzucenie oferty wymagało udowodnienia, iż gdyby nie „zmowa”, to pewne zdarzenia nie miałyby racji bytu statystycznie, w świetle reguł logiki lub zasad doświadczenia życiowego. Artykuł 6 ust. 1 pkt 7 UZNK zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające m.in. 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. Ciężar udowodnienia

przesłanek odrzucenia spoczywa na Zamawiającym, co wyraźnie na str. 3 potwierdza powoływana przez Zamawiającego opinia UZP. Dla stwierdzenia zmywy przetargowej między wykonawcami konieczne jest rzetelne przeprowadzenie postępowania i wykazanie, że między uczestnikami rynku doszło do niedozwolonego porozumienia, którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji na rynku. Rzeczywiście, z uwagi na charakter tego deliktu gospodarczego, a także konsekwencje, jakie się z nim wiążą, wyjątkową będzie sytuacja, że uczestnicy tego rodzaju porozumienia dadzą mu formalny wyraz, który pozwoli uchwycić porozumienie (np. zawrą w tej mierze stosowną umowę), czy w inny sposób będą je eksponować. Stwierdzenie zmywy przetargowej wymaga ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego. Stwierdzenie zmywy przetargowej wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy porozumienie (por. np. KIO 2534/13, KIO 2691/14, KIO 678/15, KIO 679/15, KIO 426/15, KIO 721/15, KIO 741/15, KIO 93/15, KIO 94/15).

W ocenie Odwołującego IV nie jest właściwe ani dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców, co do których takie wątpliwości występują a także, że nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia. Przeciwnie - te poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego, statycznych prawidłowości jako oczywisty w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami porozumienie (por. np. KIO 2534/13, KIO 2691/14, KIO 678/15, KIO 679/15, KIO 426/15, KIO 721/15, KIO 741/15, KIO 93/15, KIO 94/15).

Odwołujący IV wskazał, że nawet w powoływanej przez Zamawiającego opinii prawnej UZP stwierdza się, iż „samo występowanie przez jeden podmiot jako wykonawca oraz podwykonawca innego wykonawcy, mający zrealizować całość lub prawie całość przedmiotu danego zamówienia” - przy czym jak podkreślił Odwołujący IV taka sytuacja nie miała miejsca w sprawie będącej przedmiotem odwołania - „nie świadczy jeszcze o występowaniu zmywy przetargowej, skutkującej obowiązkiem odrzucenia oferty naj podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Dalej UZP wskazuje, że „Zamawiający jest bowiem obowiązany do udowodnienia¹², że [powyższa sytuacja jest skutkiem zawarcia pomiędzy

dwoma podmiotami porozumienia, któremu przyświeca jeden z ww. celów umowy przetargowej'. Ostatecznie w opinii tej wskazana jest następująca konkluzja: „Zamawiającemu nie można postawić zarzutu z powodu braku odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli pomimo przeprowadzenia stosownego postępowania wyjaśniającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹³ nie było możliwe - w ramach środków prawnych przysługujących zamawiającemu, udowodnienie zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postaci umowy przetargowej”. Tymczasem, w ocenie Odwołującego IV, Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na to, że brak oferty Konsorcjum na te części, na które złożył oferty Odwołujący nie był rezultatem takiej oceny sytuacji, jakiej dokonała SITA WSCHÓD oraz EKOLAND, które - co jest poza jakąkolwiek wątpliwością — również nie złożyły oferty na sektor II. III i VI.

W ocenie Odwołującego IV Zamawiający - wbrew spoczywającym na nim obowiązkom, wbrew orzecznictwu KIO oraz wbrew opinii UZP, które sam przywoływał w uzasadnieniu odrzucenia oferty — nie udowodnił w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że w świetle logiki, reguł statystycznych lub według zasad doświadczenia bardziej prawdopodobna była rzekoma umowa przetargowa, niż to, że oferta Konsorcjum na inne sektory wynikała z oceny szans podobnej do tej, której dokonały SITA WSCHÓD oraz EKOLAND. Zamawiający zignorował przy tym mierniki wynikające z orzecznictwa Izby w podobnych sprawach. Izba podważała „założenie” w myśl którego, że „jeżeli o udzielenie zamówienia ubiega się dwóch wykonawców, z których jeden udostępnia drugiemu zasoby i ma być jego podwykonawca, oznacza to umowę. A jeżeli składali oferty na inne części zamówienia - to tym bardziej”. „W oczywisty sposób” takie postawienie sprawy nie może być wystarczające, gdyż nie można takich sytuacji automatycznie zakwalifikować jako wypełnienie normy art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKIK (por. KIO wyrok z 3 kwietnia 2015, KIO 561/15).

W ocenie Odwołującego IV Zamawiający zaniedbał wszechstronnego ustalenia wszelkich okoliczności sprawy również poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego IV o odpowiednie wyjaśnienia. Zamawiający nie dochował zatem należytej staranności wymaganej od organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która powinna wyrażać się m.in. w wyjaśnieniu wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na udział wykonawcy w postępowaniu oraz niedokonywanie arbitralnych ocen (art. 7 ust. 1 Pzp). Zamawiający naruszył przy tym art. 87 ust. 1 Pzp, nie dając nawet szansy Odwołującemu IV wyjaśnienia okoliczności, które Zamawiający uznał za istotne, co do prowadziło do ustalenia przez Zamawiającego nieprawdziwego obrazu faktycznego. Decyzja Zamawiającego była dla Odwołującego całkowitym zaskoczeniem.

Zakres udostępnianych zasobów. Konsorcjum bez pozyskania zasobów od osoby trzeciej nie było w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu

W ocenie Odwołującego IV kardynalną nieprawidłowością jest przyznany przez Zamawiającego fakt, że nie zbadał okoliczności związanych z rolą MST Sp. z o.o. w Łomiankach (Dowód: informacja o odrzuceniu, str. 9, akapit 2). Zamawiający zignorował zatem zakres ewentualnego częściowego podwykonawstwa Odwołującego IV, bowiem Konsorcjum w pewnym zakresie dysponowało swoim sprzętem oraz personelem, a zatem nie było konieczne korzystanie z podwykonawcy w odniesieniu do całości oferty Konsorcjum. Trzeba bowiem zaznaczyć, że w ofercie na sektor VII jedenaście z 27 osób (ponad 30% personelu) było pracownikami MST; w ofercie na sektor V było to dwóch pracowników z 27, a w ofercie na sektor I również było to dwóch pracowników z 27 (Dowód: wykazy osób w ofercie Konsorcjum, s. 61-91 oferty Konsorcjum).

Odwołujący IV wskazał, że zupełnie naturalnym mogło być, że w miarę realizacji umów i pozyskiwania z nich przychodów zwiększeniu mogłaby ulegać ilość sprzętu i personelu własnego Konsorcjum. Konsorcjum zostało utworzone przez stosunkowo niewielkich przedsiębiorców. Połączenie ich potencjałów nie było wystarczające do należytego wykonania zamówienia, i prawdopodobnie z tego powodu — w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp — pozyskiwali oni stosowne zasoby (konsorcjum to jeden ze sposobów „łączenia sił” dla pozyskania większych potencjałów).

Odwołujący IV podkreślił, iż zasoby, które udostępnił Konsorcjum musiał udostępnić w sposób realny i rzeczywisty; realia wykonywania zamówienia Konsorcjum wymagały również w pewnym zakresie podwykonawstwa Odwołującego IV. Dowodem na realne i prawdziwe udostępnienie zasobów jest to, że żaden z udostępnionych pracowników Odwołującego IV i żaden z udostępnionych przez Odwołującego IV pojazdów nie został wskazany w jego własnej ofercie, gdyż Konsorcjum po prostu musiało mieć zdolność do swobodnego wykonania umowy z Zamawiającym (Dowód: Wykazy osób na części/sektory I, V, VII w ofercie Konsorcjum oraz Wykazy osób oraz wykazy sprzętu na części/sektory II, III, VI w ofercie Odwołującego IV — w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Ponadto, w ocenie Odwołującego IV, kilkakrotnie eksponowany w uzasadnieniu odrzucenia oferty fakt pozyskania przez członka Konsorcjum wpisu w rejestrze działalności regulowanej w Lublinie po ogłoszeniu postępowania, a przed terminem składania ofert wręcz uwiarygodnia prawdziwość i rzetelność oferty oraz ostrożność biznesową Konsorcjum. Zarówno MST, jak i KOM - EKO Serwis od 21 sierpnia 2015 r. dysponowały wpisem do rejestru działalności

regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w Lublinie. Wypełniało więc warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.1. SIWZ już bez udziału Odwołującego IV; (Dowód: Zaświadczenie Prezydenta Lublina - w ofercie Konsorcjum). W praktyce oznacza to, że gdyby ci przedsiębiorcy nie zostaliby pozbawieni przez Zamawiającego szans na zrealizowanie Zamówienia, to dysponowałiby uprawnieniami do samodzielnej realizacji usług w Lublinie, a także każdy z członków konsorcjum mógłby pozyskać „referencje” niezbędne do ubiegania się o kolejne projekty tak w samym Lublinie, jak i w innych dużych miastach.

To zatem, w ocenie Odwołującego IV, nie zastosowanie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp negatywnie może wpłynąć na konkurencję, ale pochapne przypisanie przez Zamawiającego „zmowy przetargowej” mniejszym przedsiębiorcom. Ten negatywny wpływ może dotyczyć tak obecnego, jak i ewentualnych późniejszych postępowań. Trzeba bowiem zauważyć, że obecnie Zamawiający mógł zawrzeć umowy na dwa sektory:

- w sektorze czwartym jedyną ofertę złożyła SITA WSCHÓD, a
- w sektorze piątym jedyną nieodrzuconą ofertę złożył EKOLAND.

W obu tych sektorach ceny oferty przekraczały kwoty, które Zamawiający postanowił przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W sektorze piątym Zamawiający nie zdecydował się zwiększać EKOLANDOWI budżetu o niezbędne 750.000 PLN i unieważnił postępowanie; natomiast w sektorze czwartym zdołał zwiększyć środki o 1 mln 200 tys. i umowa z SITA WSCHÓD zostanie zapewne podpisana (Dowód: Protokoły Komisji Przetargowej z 18.09.2015 r. oraz z 28.09.2015 r. - w aktach postępowania o udzielenie zamówienia).

W ocenie Odwołującego IV, jeżeli bezprawne decyzje Zamawiającego zostaną utrzymane, to będzie musiało zostać wszczęte kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia na cztery sektory. Jeżeli Zamawiający — powołując się ponownie na „wymogi” konkurencji — utrzyma ograniczenie składania ofert do trzech części lub jakiegokolwiek inne, to inni wykonawcy będą mieć możliwość uzyskania większej ilości sektorów niż trzy, tyle że nastąpi to „sekwencyjnie”: w kolejno po sobie prowadzonych postępowaniach o zamówienie publiczne. Natomiast, wskutek realnego i rzeczywistego udostępnienia zasobów, a więc takiego, jak wystąpiło w stosunku Odwołujący — Konsorcjum, interesy Zamawiającego oraz konkurencja pozostają należycie zachowane i chronione; z jednej strony mniejszy przedsiębiorstwa zdobywa wpis do rejestru działalności regulowanej w Lublinie, a także wiedzę i doświadczenie („referencje”) potrzebne do późniejszego, samodzielnego ubiegania się o zamówienia, a z drugiej strony — Zamawiający jest zabezpieczony przez solidarną odpowiedzialność Odwołującego.

W ocenie Odwołującego IV okoliczność, że uczestnicy Konsorcjum nie byli w stanie samodzielnie złożyć oferty jest kluczowa; w literaturze jednoznacznie wskazuje się, że łączenie potencjałów jest działaniem „pro-konkurencyjnym”.

Odwołujący IV wskazał, że Zamawiający zupełnie pominął wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumenta w Warszawie z 10 marca 2015 r. XVII Ama 73/13, LEX nr 1711479, w którym Sąd zajął stanowisko co do relacji między: (1) łączeniem potencjałów przez wykonawców na podstawie instytucji prawa zamówień publicznych a (2) porozumieniem antykonkurencyjnym, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 UZNK; czyli takim porozumieniem, jakie Zamawiający bezprawnie usiłuje przypisać Odwołującemu IV. Orzeczenie sądu zapadło na stanie faktycznym dotyczącym rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumenta uchylił decyzję Prezesa UOKiK, stwierdzającą istnienie „zmony przetargowej”, a wyrok dostarcza istotnych podpowiedzi, w jaki sposób można oceniać zawieranie „porozumień” przez podmioty, które same nie spełnią warunków udziału w postępowaniu, ale dzięki połączeniu potencjałów mogą skuteczniej ubiegać się o zamówienia publiczne. Nie powinno przy tym budzić najmniejszych wątpliwości, że uzyskiwanie zasobów w trybie art. 26 ust. 2b może służyć pozyskaniu zdolności do należytego wykonania zamówienia (w okolicznościach odwołania tak było).

Przede wszystkim, Sąd zauważył, że współpraca między przedsiębiorcami, zarówno konkurującymi ze sobą, jak i tymi, którzy działają na różnych szczeblach obrotu, jest jednym z filarów funkcjonowania gospodarki rynkowej. Współpraca taka wymaga zawierania porozumień, z których większość wywołuje pro konkurencyjne skutki albo jest co najmniej neutralna z punktu widzenia konkurencji na rynku. W tamtej sprawie - podobnie jak w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - przedsiębiorcy, którym zarzucono zmonę przetargową nie byli w stanie samodzielnie wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu (dopełniając: w niniejszej sprawie Konsorcjum mogło wykazać te warunki dopiero po zaangażowaniu jeszcze podwykonawcy: Odwołującego IV).

Niezbędne było więc zawarcie między nimi umowy (...) tym samym brak było przesłanek do uznania, że zawarte między nimi porozumienie naruszało przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK (wyrok SO W Warszawie z 10 marca 2015 r. XVII Ama 73/13, LEX 1711479).

Tym samym, (1) brak odniesienia się do faktu, że wszyscy bez wyjątku konkurenci zdecydowali się pominąć część II, III oraz VI Zamówienia, (2) głęboki błąd, polegający na pominięciu ewentualnej roli MST w sprawie świadczą o tym, że „badania”, jakie wykonał Zamawiający nie

powinno się uznać za wszechstronne i prawidłowe. Wadliwa weryfikacja faktów, doprowadziła do wadliwych ustaleń, i wadliwych wniosków.

„Techniczne” podobieństwo ofert.

Odwołujący IV wskazał, że Zamawiający argumentował, jakoby podobieństwo ofert, a konkretnie: „strony tytułowe”, „spisy treści”, „wykazy usług”, „oświadczenia o udostępnieniu potencjałów” były identyczne, co miało wskazywać na „przygotowanie obu ofert przez jedną osobę, na tym samym sprzęcie komputerowym”. To teza wadliwa i nieprawdziwa. Po pierwsze, w świetle ustaleń samego Zamawiającego co do związków między Odwołującym IV a KOM - EKO Serwis logiczne było, że pewne elementy ofert tych spółek mogły wyglądać podobnie. Skoro Odwołujący IV był założycielem KOM - EKO Serwis sp. z o.o. i podmioty te przez prawie dwa lata dość blisko współpracowały w obrocie, to w takiej sytuacji zupełnie naturalnym jest że w każdej ze spółek mogły się znaleźć „edytowalne” szablony lub wzory dokumentów wykorzystywane przez drugą spółkę. Prawdopodobnie z tego powodu, w spisie treści oferty Konsorcjum omyłkowo podano firmę Odwołującego IV. Natomiast sama treść tego spisu treści liczy 30 pozycji, podczas gdy spis treści oferty Odwołującego IV liczy niespełna 19 pozycji. Są więc wyraźnie różne (Dowód: Spis treści w ofercie Odwołującego IV oraz Spis treści oferty Konsorcjum— w aktach postępowania o udzielenie zamówienia). Podobieństwo fizyczne niektórych stron ofert - wbrew tezie Zamawiającego - w żaden sposób nie dowodzi, jakoby oferty były przygotowane „przez jedną osobę, na jednym sprzęcie komputerowym”. Nie ma tutaj koniecznego związku logicznego. Mogą one być bowiem przygotowane przez zupełnie inne osoby, na różnym sprzęcie komputerowym, lecz tylko z wykorzystaniem szablonu, który kiedyś mógł być przesłany emailem lub w inny sposób.

Na przykład, podobieństwo oświadczeń o udostępnieniu zasobów może (i wynika) z tego, że sam Odwołujący IV, dla celów optymalizacji finansowej projektu, pozyskiwał zasoby od podmiotów trzecich. W tym celu, pod koniec sierpnia 2015 r. pozyskiwał od danego podmiotu pisemne zobowiązanie, a kiedy później, na początku września, Konsorcjum zwróciło się do Odwołującego IV o udostępnienie zasobów, to Odwołujący IV sporządził dokument wzorowany na takim, którym sam zamierzał się posłużyć wobec Zamawiającego. Wręcz nieracjonalne byłoby nieposłużenie się dokumentem, który wykonawca uznawał za dostatecznie dobry dla siebie (Dowód: Zobowiązania podmiotów trzecich z sierpnia 2015 r. w ofercie Odwołującego IV oraz Zobowiązania podmiotów trzecich z września 2015 r. w ofercie Konsorcjum - w aktach postępowania o udzielenie zamówienia). Na podobnej zasadzie Odwołujący po prostu przekazał Konsorcjum wykaz usług oraz listy referencyjne, wykaz narzędzi oraz wykaz instalacji, który przygotowywał dla samego siebie na potrzeby wykazania spełniania warunków

udziału w postępowaniu. Należy podkreślić, że we własnym wykazie usług Konsorcjum dopisało w każdej rubryce, że dane świadczenie: „wykonane przez podwykonawcę KOM-EKO S.A.". Dowodzi to tego, że Konsorcjum „dopisywało się” na szablonie otrzymanym od Odwołującego IV (Dowód: Wykaz usług oferty Konsorcjum - w aktach postępowania o udzielenie zamówienia).

Także i w tym aspekcie Zamawiający zlekceważył istotne okoliczności:

- Oferty zostały złożone przez różne osoby (Dowód: Oferta Odwołującego IV oraz oferta Konsorcjum — w aktach postępowania odwoławczego).
- Zewnętrzne opisy na kopertach różnią się (Dowód: Oferta Odwołującego IV oraz oferta Konsorcjum — w aktach postępowania odwoławczego).
- Strony ofert są podpisane przez różne osoby (Dowód: Oferta Odwołującego IV oraz oferta Konsorcjum — w aktach postępowania odwoławczego).
- Podpisujący strony ofert używali różnych pieczętek (Dowód: Oferta Odwołującego IV oraz oferta Konsorcjum — w aktach postępowania odwoławczego).
- Dane do korespondencji (email, telefon, faks) w ofertach są różne (Dowód: Formularze ofertowe Odwołującego IV oraz Formularze ofertowe Konsorcjum — w aktach postępowania odwoławczego).
- Oferty mają zdecydowanie różną objętość (Dowód: Oferta Odwołującego IV oraz oferta Konsorcjum — w aktach postępowania odwoławczego).
- Oferty zostały zabezpieczone wadiumi wniesionymi w zupełnie różnych formach oraz przez różne podmioty (Odwołujący IV: gwarancja ubezpieczeniowa, a Konsorcjum: gwarancja bankowa i wpłata) (Dowód: Oferta Odwołującego IV oraz oferta Konsorcjum — w aktach postępowania odwoławczego).
- Wykazy cenowe (wartości brutto) zostały w sposób widoczny wypełnione różnymi czcionkami o różnej wielkości (Dowód: Oferta Odwołującego IV, s. 100-102, Oferta Konsorcjum s. 138-140 - w aktach postępowania o udzielenie zamówienia);

Ponieważ różnice graficzne między ofertami są liczne i nie sposób ich wszystkich wymienić w niniejszym odwołaniu, to Odwołujący IV wskazał, że w razie zaistnienia takiej potrzeby uzupełnią powyższy wykaz o dalsze elementy w trybie art. 190 ust. 1 PZP.

W ocenie Odwołującego IV stwierdzenie z umowy przetargowej wymaga ustalenia, że w toku typowych, normalnych czynności, „zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie". Odwołujący IV wskazał, że nie złożył ofert na sześć części, a Zamawiający, na podstawie arbitralnie i nierzetelnie przeprowadzonej oceny pozbawił

Odwołującego IV szans na uzyskanie zamówienia. Zamawiający pryncypialnie uznał, że bez znaczenia jest występowania w okolicznościach sprawy konsorcjanta, które — na miarę swoich możliwości — wnosił swój wkład do wspólnego przedsięwzięcia. Z perspektywy, którą obrał Zamawiający nie ma ani prawnej, ani praktycznej różnicy między podwykonawcą a wykonawcą; a współpraca w ramach prokunkurencyjnych i powszechnie akceptowanych instytucji prawa zamówień publicznych staje się działaniem nielegalnym.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówienia na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu; (ii) tłumaczenie pełnomocnictwa szczególnego udzielonego przez spółkę CRISMIA Limited p. P. B. z dnia 18 sierpnia 2015 r., tłumaczenie Certyfikatu podatkowego spółki CRISMIA Limited z dnia 30 kwietnia 2013 r., umowę sprzedaży udziałów zawartą pomiędzy KOM – EKO S.A. oraz CRISMIA Limited z dnia 25 sierpnia 2015 r., tłumaczenie certyfikatu spółki CRISIMA Limited z dnia 20 sierpnia 2015 r., tłumaczenie Certyfikatu spółki CRISMIA Limited z dnia 9 października 2015 r. określający osoby będące udziałowcami spółki na okoliczność ustalenia podmiotu posiadającego udziały w spółce CRISMIA Limited oraz jej osób zarządzających; (iii) sprawozdanie finansowe spółki MTS sp. z o.o. za rok obrotowy 2008 oraz 2014 r. oraz prezentację firmy MTS sp. z o.o. z dnia 7 października 2015 r. na okoliczność wykazania, iż członek konsorcjum Odwołującego III posiada doświadczenie i wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia; (iv) ofertę Odwołującego III, Odwołującego IV, wykonawcy Ekoland oraz ich uzupełnienia, odpis pełny z rejestru przedsiębiorców dla KOM - EKO Serwis sp. z o.o., odpis pełny rejestru przedsiębiorców dla KOM - EKO S.A., oświadczenie G. K. o udostępnieniu zasobów z dnia 25.09.2015 r. na potrzeby postępowania prowadzonego przez Gminę Niemce, oświadczenie KOM - EKO S.A. wydrukowanego w Dzienniku Wschodnim z dnia 2 października 2015 r., - na okoliczność ustalenia zbieżności i podobieństw ofert Odwołującego III oraz Odwołującego IV powiązań kapitałowych, osobowych, organizacyjnych i gospodarczych pomiędzy Odwołującym III oraz Odwołującym IV, chronologii zdarzeń, czynności podejmowanych w celu ubiegania się o zamówienie, powiązań gospodarczych pomiędzy G. K. a Odwołującym IV, zawarcia przez Odwołującego III oraz Odwołującego IV nielegalnego porozumienia ograniczającego konkurencję; (v) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (vi) decyzję Prezydenta Miasta Lublin z dnia 22 września 2015 r. udzieloną spółce KOM – EKO Serwis sp. z o.o. o wydanie zezwolenie na transport odpadów na okoliczność wykazania braku zмовы przetargowej pomiędzy Odwołującym III oraz Odwołującym IV; (vii) wezwanie Zamawiającego z dnia 22 września 2015 r. do uzupełnienia

dokumentów skierowane do wykonawcy Ekoland oraz odpowiedź wykonawcy Ekoland z dnia 24 września 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie: „Odbierania i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - VII części”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego oraz w jego siedzibie w dniu 17.08.2015 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 156-287097 z dnia 14/08/2015.

W celu realizacji zamówienia, Zamawiający podzielił Miasto Lublin na 7 sektorów, z czego każdy sektor stanowił oddzielną część zamówienia, zgodnie z pkt. 3.4 SIWZ dopuszczającym składania ofert częściowych. Zamawiający ograniczył składanie ofert przez jednego wykonawcę do 3 części zamówienia (pkt 3.5 SIWZ).

Podział obszaru miasta Lublin obejmował następujące sektory:

1. Sektor I - obejmujący dzielnice: Abramowice. Głusk. Dziesiątą. Kośminek. Bronowice
2. Sektor II - obejmujący dzielnice: Kalinowszczyzna, Tatary, Hajdów - Zadębie, Felin, Ponikwoda
3. Sektor III - obejmujący dzielnice: Czechów Południowy, Czechów Północny, Sławin
4. Sektor IV - obejmujący dzielnice: Stare Miasto, Wieniawa, Śródmieście, Za Cukrownią
5. Sektor V - obejmujący dzielnice: Czuby Północne. Wealin Północny. Wealin Południowy
6. Sektor VI - obejmujący dzielnice: Konstantynów, Sławinek, Szerokie, Rury
7. Sektor VII – obejmujący dzielnice: Czuby Południowe. Wrotków. Zembrzyce.

Termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na 15.09.2015 r.

W dniu 3 września 2015 r. Zamawiający — w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp — udzielił następujące odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców:

Na pytanie: „Czy w sytuacji gdy istnieje wiele podmiotów powiązanych ze sobą, Zamawiający dopuszcza składanie ofert na więcej niż trzy sektory przez podmioty powiązane względnie wchodzące w skład grupy kapitałowej?”

Zamawiający odpowiada:

„Zamawiający dopuszcza składanie ofert na więcej niż trzy sektory przez podmioty powiązane względnie wchodzące w skład grupy kapitałowej”. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie mogą złożyć odrębnej oferty w tym samym postępowaniu (w danej części), chyba, że wykażą, iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

W pkt 5.4.3.1.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że o zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy wykażą się dysponowaniem 1 (jeden) zarejestrowany, posiadający aktualne badania techniczne dopuszczony do ruchu pojazd przystosowany do odbioru selektywnie zbieranych w workach odpadów zielonych, mający odpowiednie wyposażenie techniczne.

Wykonawca Ekoland w ofercie na spełnienie ww. warunków wskazał trzy samochody o nr rej. LJA 61MA - dla części I zamówienia, LJA 82EP - dla części VII zamówienia i LJA L366 - dla części V zamówienia. Wszystkie te samochody nie stanowią zasobu własnego, a zasób udostępniony przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. s o.o. z/s w Janowie Lubelskim. Ekoland nie wskazał przy tym żadnego innego samochodu spełniającego wymóg z pkt 5.4.3.1.3 SIWZ. Na potwierdzenie udostępnienia zasobu przez PGKiM złożone zostało oświadczenie o udostępnieniu zasobów podpisane przez Prezesa Zarządu PGKiM p. C. J. .

W pkt 5.4.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że o zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy wykażą się wykonaniem lub wykonywaniem usługi/usług odbierania zamieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) od właścicieli w ciągu minionych 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w średniorocznej ilości wynoszącej co najmniej 8500 Mg lub 68000 m³.

Izba ustaliła, że wykonawca Ekoland na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku złożył wykaz usług wraz z odpowiednimi poświadczeniami. Wykaz ten zawierał 8 różnych pozycji. Ekoland w każdej z pozycji wykazu podał średnioroczną ilość odebranych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 - 1.229,86 Mg z Gminy Konopnica, 540,04 Mg z Gminy Zakrzówek, 790,82 Mg z Gminy Strzyżewice, 1.623,32 Mg z Gminy Bychawa, 478,58 Mg z Gminy Trzydnik Duży, 570,18 Mg z Gminy Gościeradów, 883,34 Mg z Gminy Urzędów, 5.369,7 Mg z Gminy Kraśnik (w wykazie ujęto jedynie odpady odebrany z Gminy Kraśnik w 2014 r.,

choć do oferty załączono także poświadczenie odbioru odpadów w 2013 r.). Suma ujętych w wykazanie usług odebranych odpadów o kodzie 20 03 01 wyniosła 11.485,84 Mg, a tym samym średnia roczna z okresu ostatnich trzech lat wyniosła jedynie 3.828,61 Mg.

Pismem z dnia 22 września Zamawiający wezwał wykonawcę Ekoland do uzupełnienia wykazu. Pismem z dnia 24 września wykonawca Ekoland uzupełnił wykaz zawierający oprócz pierwotnie wskazanych pozycji (poz. 1 - 8) nowe usługi (poz. 9-15). Suma odebranych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 w ramach tych nowych pozycji / usług wyniosła 22.308,24 Mg. Przy czym poz. 9 do 13 to usługi wykonane przez samego wykonawcę a dotyczące łącznie 8.595,5 Mg odebranych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, w tym: 3.026,6 Mg z Miasta Kraśnik w okresie od 01.07.2013 r. do 31.12.2013 r., 900 Mg ze Spółdzielni Metalowiec, 600 Mg ze Spółdzielni Mieszkaniowej Pomoc, 473 Mg z Kraśnickiego Przedsiębiorstwa Mieszkaniowego sp. z o.o. 3.595,90 Mg z Miasta Kraśnik w okresie od 01.01.2015 r. do 31.08.2015 r. Pozycje 14 i 15 z nowego wykazu usług dotyczą łącznie 13.712,74 Mg odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 i były to usługi wykonane przez Zakładu Usług Komunalnych sp. z o.o. z/s w Puławach na rzecz Gminy Miasto Puławy i Gminy Puławy. Jednocześnie wraz z nowym wykazem usług Ekoland przedłożył zobowiązanie ZUK Puławy do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów.

Izba ustaliła, że przed upływem terminu składania ofert do Zamawiającego wpływają oferty następujących wykonawców:

- Odwołujący Sita — sektory: I, IV oraz VII;
- Konsorcjum MST i KOM - EKO Serwis sp. z o.o. w Lublinie - sektory: I, V oraz VII;
- EKOLAND sp. z o.o. w Kraśniku — sektory: I, V oraz VII;
- KOM – EKO S.A.— sektory: II, III, oraz VI.

W dniu 16 października 2015 r. Zamawiający wniósł odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości.

Izba zaważyła co następuje:

Sygn. akt: KIO 2173/15 oraz KIO 2174/15

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący Sita posiada interes we wniesieniu odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego Sita w części I oraz VII została sklasyfikowana na miejscu drugim, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego Sita mogłaby być uznana za

najkorzystniejszą. Odwołujący Sita może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

W ocenie Izby oba odwołania zasługują na uwzględnienie. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy Zamawiający zasadnie uznał, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przedłożone przez wykonawcę Ekoland na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 5.4.2 SIWZ w sposób rzeczywisty i realny gwarantowało oddanie powyższego zasoby wykonawcy podczas realizacji zamówienia.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego „udowodnił” dostępność zasobów na które się powołuje poprzez złożenie stosownych dowodów. Dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO *jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego*. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb. Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32.

Dalej wskazać należy, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do

prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), zwanej dalej „dyrektywą”. W myśl ww. przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Zgodnie z prawem unijnym, możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona, dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach” i w „przypadku konkretnego zamówienia”. Wykładni ww. pojęć dokonał zaś Trybunał Sprawiedliwości UE. *„Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.”*. *„Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.”* (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje. *„Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.”*.

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, z dokumentów przedstawionych na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do

realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (tak np. w wyroku KIO 791/15, 814/15, KIO 715/14 oraz KIO 2292/13). Należy jednocześnie podkreślić, że ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność doboru środków dowodowych w celu wykazania dostępności zasobów podmiotu trzeciego. To na wykonawcy decydującym się na skorzystanie z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek przedstawienia takich dowodów, z których zamawiający będzie mógł ustalić w sposób jednoznaczny zakres i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca zatem powołujący się na art. 26 ust. 2b Pzp musi dokonać niezbędnej analizy dokumentów jakie zamierza złożyć na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego mając świadomość faktu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany i możliwość przedkładania dodatkowych dokumentów czy też składania wyjaśnień co do treści przedłożonych zamawiającemu dokumentów na potwierdzenie określonych faktów jest ściśle regulowana przepisami ustawy Pzp. Ustawodawca w żaden sposób nie ogranicza środków dowodowych wykonawcy do przedstawienia „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego”. Ustawodawca wskazuje jedynie przykładowo na „pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania ...”. I nie chodzi w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp o „dokument w formie pisemnej” wystawiony przez podmiot trzeci, ale o „zobowiązanie” podmiotu trzeciego wyrażone w formie pisemnej. Zobowiązanie jest zaś rodzajem stosunku cywilnoprawnego, który powstaje w następstwie ziszczenia się określonych zdarzeń, czynności prawnych. Chodzi tu przede wszystkim o umowy, w ograniczonym zakresie o jednostronne czynności prawne, ze względu na zasadę zamkniętego katalogu jednostronnych czynności kreujących zobowiązanie. W konsekwencji, wykonawca przedstawiając dowody na dostępność zasobów podmiotu trzeciego ma obowiązek i prawo przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających istnienie skutecznego zobowiązania podmiotu trzeciego względem wykonawcy do udostępnienia określonych zasobów.

Należy jednocześnie zauważyć, że w kontekście udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego kluczowe znaczenie ma oznaczenie świadczenia, do którego zobowiązuje się podmiot trzeci. Bez takiego określenia świadczenia nie można określić bowiem uprawnień wykonawcy i obowiązków podmiotu trzeciego, a konsekwencji nie jest zapewniony rzeczywisty dostęp do zasobów. W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp świadczeniem podmiotu trzeciego jest oddanie do dyspozycji wykonawcy niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów. Oznacza to, że podmiot trzeci zobowiązuje do działania tj. „oddania do dyspozycji”, a przedmiotem świadczenia określonym przez ustawodawcę są „niezbędne zasoby”. Z treści oświadczenia winno więc wynikać zasady oddania zasobów do dyspozycji oraz precyzyjne określenie takich zasobów.

Przenosząc powyższe rozważania do przedmiotowego postępowania należy wskazać w pierwszej kolejności, iż okoliczność bezsporną pomiędzy stronami był fakt, iż wykonawca Ekoland nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w pierwotnej ofercie złożonej Zamawiającemu. Bezsporne również pomiędzy stronami było to, iż w wyniku uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca Ekoland przedłożył nowy wykaz wykonanych usług na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.4.2 SIWZ, powołując się w pkt 14 i 15 wykazu wykonanych usług (Załącznik nr 3 do SIWZ) na doświadczenia podmiotu trzeciego ZUK Puławy, przedkładając jednocześnie zobowiązanie ZUK Puławy do udostępnienia niezbędnej wiedzy i doświadczenia na czas realizacji zamówienia. Rozstrzygnięcia wymagało czy na podstawie złożonego oświadczenia ZUK Puławy Zamawiający zasadnie uznał, że zasoby podmiotu trzeciego będą realnie pozostawać w dyspozycji wykonawcy Ekoland podczas realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, że Zamawiającemu nie złożono takich dowodów, które umożliwiłyby ustalenie, że wykonawca Ekoland zapewnił sobie dysponowanie zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu. W ocenie Izby dowód w postaci oświadczenia spółki ZUK Puławy nie może stanowić wystarczającej podstawy do przyjęcia, że zasoby tego podmiotu w postaci wiedzy i doświadczenia będą pozostawać w dyspozycji wykonawcy Ekoland na czas realizacji zamówienia. Brak bowiem w treści przedłożonego dokumentu informacji co do formy i sposobu jego wykorzystania przez wykonawcę Ekoland wskazanego w treści zobowiązania zasobu.

Dopiero podczas rozprawy wykonawca Ekoland wyjaśnił, że w udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi poprzez konsultację i doradztwo. W ocenie Izby, takie wyjaśnienia należy uznać ze spóźnione. To w treści przedłożonego zobowiązania, podmiot trzeci winien był wskazać w jaki sposób będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie - czy to w ramach podwykonawstwa czy to w ramach udostępnienia wykwalifikowanych pracowników, którzy będą wykonywać nadzór nad realizacją zamówienia. Skoro Zamawiający nie ma wiedzy ani niezbędnych informacji w jaki sposób podmiot trzeci będzie wykonywał swoje zobowiązanie, to w konsekwencji nie może ocenić czy rzeczywiście nastąpi realne udostępnienie wskazanych zasobów. Zamawiający musi znać treść łączącego podmiot trzeci i wykonawcę Ekoland stosunku zobowiązaniowego, wynikających z niego praw i obowiązków, aby móc dokonać analizy czy sposób jego ukształtowania umożliwi wykonawcę Ekoland rzeczywiste korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. W przeciwnym wypadku poleganie na

zasobach innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto należy wskazać, że wyjaśnienia wykonawcy Ekoland złożone podczas rozprawy co do treści oświadczenia należy uznać za niewłaściwe z tego powodów, że po pierwsze świadczenie o udostępnieniu zasobów zostało złożone przez podmiot trzeci, nie przez wykonawcę Ekoland i to podmiot trzeci mógłby ewentualnie dokonać zmiany tak złożonego zobowiązania lub uzupełnić dokument o wskazanie informacji o sposobie udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Po drugie, wykonawca Ekoland przedstawił podczas rozprawy swoje intencje i swoją interpretację złożonego zobowiązania spółki ZUK Puławy. Takie intencje i przedstawiona interpretacja nie może stanowić podstawy dla decyzji Zamawiającego.

Zdaniem Izby, skupianie się wyłącznie na stronie formalnej (złożenia jakiegokolwiek dokumentu nazwanego pisemnym zobowiązaniem do oddania zasobów i abstrahując od jego treści), przyzwolenie na handlowanie referencjami, bez udowodnienia, że rzeczywiście zasoby te zostaną użyte przy realizacji zamówienia stoi w sprzeczności z celami i brzmieniem przywoływanej dyrektywy i jednoznacznym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE. Nie jest to bowiem „stosowna sytuacja”, o której mowa w art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy i powołanych wcześniej orzeczeniach TS UE.

Według Izby przyjęcie wykładni prawa krajowego sprzecznej z prawem unijnym prowadzi do szeroko opisywanego w literaturze zjawiska handlu referencjami w celu uzyskania zamówienia publicznego. Polega ono na kierowaniu referencjami należącymi do podmiotów trzecich i składaniu nie mających żadnego przełożenia na rzeczywistość zobowiązań. Zwrócono na to uwagę w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1333/10: *„zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 7 czerwca 2010 roku do udostępnienia wyłącznie wiedzy i doświadczenia bez jednoczesnego wskazania sposobu korzystania w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia z udostępnionych zasobów jest niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odmienne stanowisko i zgoda na brak udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, może prowadzić do tzw. „handlu referencjami” oraz stwarzać sytuację, w której zamawiający dokona wyboru wykonawcy, który nie będzie zdolny w sposób należyty zrealizować zamówienie publiczne”*. Na to zjawisko zwrócono także uwagę w piśmiennictwie (por. m.in. Zofia Józwiak, „Handel referencjami może psuć przetargi”, Rzeczpospolita, 7 lutego 2012 r.). Przyjęcie takiej praktyki powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się w ogóle bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówień powierzałoby się

podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji. Tymczasem, jak wynika z motywu 39 powołanej dyrektywy, zamawiający ma prawo wymagać od wykonawców szczególnego poziomu kompetencji w celu dopuszczenia ich do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zjawisko to prowadzi także do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ustawy Pzp jak i przepisów prawa unijnego (por. art. 2 dyrektywy). Na równi traktowani są bowiem wykonawcy, którzy stosowną wiedzę i doświadczenie posiadają i ci którzy ich nie posiadają, nie zapewniając sobie jednocześnie na czas wykonywania zamówienia realnego wsparcia podmiotu trzeciego, który może pochwalić się stosownym doświadczeniem. Prowadzi to do sytuacji, w której zamówienie realizowane jest przez wykonawcę, który nie posiada stosownego doświadczenia (czy to własnego, czy też zapewnionego), zaś stosowne, minimalne doświadczenie nabywa dopiero w procesie realizacji zamówienia publicznego.

Wykonawca Ekoland argumentował, iż posiada już stosowane doświadczenia i jeśli zajdzie taka konieczność to zwróci się do ZUK Puławy pomoc w realizacji zamówienia. Izba nie podziela stanowiska wykonawcy Ekoland. Potwierdza ono, iż w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z handlem referencjami w celu formalnego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nikt nie kwestionował posiadanego przez wykonawcę Ekoland doświadczenia. Jednakże w świetle wymagań zwartych w SIWZ, doświadczenie to było niewystarczające, aby wykazać spełnienie warunku o którym mowa w pkt 5.4.2 SIWZ. Wykonawca Ekoland winien był więc wykazać Zamawiającemu w jaki sposób potencjał podmiotu trzeciego, owa wiedza i doświadczenie, przełoży się na realizację zamówienia i uzupełni działanie wykonawcy Ekoland. Samo stwierdzenie podczas rozprawy, iż „jeśli będzie konieczność, to skorzystamy z wiedzy i doświadczenia ZUK Puławy” jest fikcją mającą na celu wyłącznie formalne wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zaś poza ogólnymi wywodami, że każda forma udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego jest dopuszczalna w żaden sposób nie wyjaśnił Izbie na jakiej podstawie uznał, że zasoby ZUK Puławy będą w sposób realny i rzeczywisty udostępnione wykonawcy Ekoland i na jakich zasadach.

W konsekwencji uznano, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż pomimo tego, iż wykonawca Ekoland nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zamawiający uznał, że oferta wykonawcy Ekoland w części I i VII zamówienia jest najkorzystniejsza. Tym samym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekoland

w części I i VII zamówienia tj. oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu. Wskazać również należy, że ponieważ złożone oświadczenie o udostępnieniu zasobów nastąpiło już w wyniku uzupełniania oferty w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp, a tym samym brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu ponownego wezwania wykonawcy Ekoland do uzupełnienia złożonego dokumentu.

Co do zarzutu ewentualnego postawionego przez Odwołującego Sita tj. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba również uznała, że zarzut ten potwierdził się, jednakże z uwagi na wykluczenie wykonawcy z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 5.4.2 SIWZ wzywaniu wykonawcy Ekoland w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów poświadczających spełnienia warunku posiadania potencjału technicznego określonego jest bezprzedmiotowe.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż nie ma obowiązku badania czy wyjaśnienia prawidłowości podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Przyjęcie stanowiska Zamawiającego za zasadne niweczyłoby zasadę wykazania realności i rzeczywistości udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Skoro bowiem osoba składająca oświadczenia w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby nie miała stosownego umocowania do dokonania takiej czynności, to tym bardziej nie można mówić o realnym i faktycznym udostępnieniu zasobów przez ten podmiot. Izba nie podziela stanowiska, iż brak wskazania w SIWZ obowiązku złożenia dokumentów potwierdzających prawidłowość umocowania osób zaciągających zobowiązanie w imieniu podmiotu trzeciego zwalnia Zamawiającego w obowiązku weryfikacji tego elementu. Podkreślić bowiem należy, że to na wykonawcy korzystającym w zasobów podmiotu trzeciego spoczywa ciężar wykazania ich faktycznej i rzeczywistej dostępności. To właśnie wykonawca jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą dokumenty potwierdzające należyte umocowanie osób zaciągających zobowiązanie w imieniu podmiotu trzeciego potwierdzające należyte umocowanie. Zaś Zamawiający nie mając takich dokumentów w ofercie wykonawcy nie może dokonać rzetelnej weryfikacji treści złożonego oświadczenia o udostępnieniu zasobów. Winien więc w takiej sytuacji wezwać wykonawcę bądź to do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp bądź to do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte umocowanie.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Sygn. akt: KIO 2193/15 oraz KIO 2194/15

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zarówno Odwołujący III jak i Odwołujący IV posiadają interes we wniesieniu odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby w kontekście podniesionego zarzutu zмовы przetargowej pomiędzy Odwołującym III oraz Odwołującym IV rozstrzygnięcia Izby dotyczy niepodzielnie wszystkich części zamówienia na które oferty złożyli Odwołujący III oraz Odwołujący IV.

Izba uznała, że oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Z uwagi na fakt, iż czynności Zamawiającego w stosunku do Odwołującego III oraz Odwołującego IV są ze sobą nierozzerwalnie związane, uzasadnienie wyroku zostanie przedstawione łącznie do obu odwołań. Jeśli zaś pewne elementy są specyficzne wyłącznie dla danego odwołania, Izba oznaczy to stosownie w treści uzasadnienia.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że krajowe jak i unijne regulacje dotyczące zakazu porozumień ograniczających konkurencję, wynikające odpowiednio, z art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 UOKiK, wyznaczają zbliżony zakres zakazu porozumień ograniczających konkurencję, stanowiąc, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest ograniczenie, zapobieżenie, zakłócenie, wyeliminowanie lub naruszenie „w inny sposób” konkurencji na rynku właściwym. Kluczowym więc elementem oceny danego zachowania przedsiębiorców na rynku jest ustalenie czy dane zachowanie może być uznane za „porozumienie” oraz czy ma antykonkurencyjny „cel lub skutek”.

Jeśli chodzi o pierwszy wskazany element tj. „porozumienie”, w doktrynie wskazuje się, iż jest to możliwość przypisania przedsiębiorcą będącymi stronami tego porozumienia minimum wzajemnych kooperacji. Kooperacja ta może się wyrażać zarówno w formie pisemnej jak i ustnej. Wskazane w doktrynie szerokie rozumienie „porozumień”, powoduje, iż objęte są jego zakresem również niesformalizowane uzgodnienia przedsiębiorców, a więc również takie których antykonkurencyjny „cel” lub „skutek” nie wynika z umów, uchwał czy też innych pisemnych uzgodnień (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 7 listopada 2005 r. XVII Ama 26/04).

Co do drugiego z elementów tj. „antykonkurencyjny cel lub skutek porozumienia”, to wskazać należy, że wymienione przesłanki mają charakter alternatywny. W piśmiennictwie podkreśla się, że cel danego zachowania należy określić poprzez obiektywnie ustalony cel samego porozumienia przy czym ustalenie to powinno nastąpić z uwzględnieniem gospodarczego kontekstu, w jakim zawarte zostało (jest wykonywane) dane porozumienie. Cel porozumienia należy więc badać w oparciu o kryteria obiektywne i w okolicznościach konkretnej sprawy (tak m.in. K. Kohutek Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Wydanie II).

Podkreślić należy również, że dla objęcia danego porozumienia zakazem z art. 6 UOKiK nie jest konieczne, aby antykonkurencyjny cel został osiągnięty (w całości lub w części). Stosowanie tego przepisu nie jest bowiem zależne od faktu, czy porozumienie zostało tylko zawarte przez przedsiębiorców (ich związki), czy też strony rzeczywiście zrealizowały (lub realizują) je w praktyce. (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 marca 2003 r. XVII Ama 40/02).

Dalej wskazać należy, że z art. 6 ust. 1 UOKiK wynika, że zakazem objęte są także porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Bez znaczenia jest brak występowania po stronie przedsiębiorców (subiektywnego) zamiaru ograniczenia konkurencji (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2006 r. XVII Ama 9/05). Oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia. Okoliczność, iż naruszenie przepisów ustawy nastąpiło w sposób niezamierzony przez przedsiębiorców, którzy nie mieli intencji wywoływania skutków antykonkurencyjnych, nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania.

Ustawodawca w art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK wskazał, iż jedną z form niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych jest porozumienie przetargowe, wskazując, iż są to uzgodnienia zawierane przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu co warunków składanych ofert. Dla zakwalifikowania porozumienia, jako niedozwolonego w świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK niezbędne jest kumulatywne wystąpienie następujących okoliczności:

- zawarcia niedozwolonego porozumienia przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (lub przedsiębiorców i organizatora przetargu), którego przedmiot stanowi uzgodnienie w zakresie warunków składanych ofert;
- antykonkurencyjnego charakteru porozumienia;
- braku podstaw do wyłączenia spod zakazu w oparciu o art. 8 ust. 1 UOKiK.

Jak podkreśla się w piśmiennictwie zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje swoim zakresem wszelkie formy skoordynowanych zachowań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców, które w sposób celowy prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, co prowadzi do powstania warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji (patrz: Decyzja Prezesa UOKiK z 6.9.2011 r., RKT 2/2011).

Dalej wskazać należy, że zgodnie z ustawą UOKiK przedsiębiorcy należący do tej samej grupy

kapitałowej (w rozumieniu art. 4 pkt 14 UOKiK) traktowani są jak jedna jednostka gospodarcza. W literaturze wskazuje się na koncepcję tzw. jednego podmiotu gospodarczego (*single economic unit*). Doktryna ta wyłącza stosowanie ustanowionego w art. 101 TFUE zakazu antykonkurencyjnych porozumień (uzgodnionych praktyk) w stosunku do porozumień zawieranych między przedsiębiorstwami zależnymi a przedsiębiorstwem dominującym wchodzącym w skład tej samej grupy kapitałowej, w ramach której przedsiębiorstwo zależne nie ma swobody decydowania o swej działalności na rynku (tak m.in. „Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji” dr Małgorzata Sieradzka, 2015). Jednostki tworzące jeden podmiot gospodarczy nie mogą być pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie art. 101 TFUE, nie dysponują bowiem rzeczywistą autonomią w określaniu ich zachowań rynkowych (zazwyczaj wykonując instrukcje kierowane do nich przez spółkę matkę sprawującą nad nimi kontrolę). Podkreślenia wymaga, że wyłączenie stosowania zakazów kolektywnych praktyk antykonkurencyjnych do porozumień zawieranych między podmiotem dominującym a podmiotami zależnymi (względnie wyłącznie między tymi drugimi) dotyczy tylko tych przypadków, kiedy porozumienie to faktycznie ma charakter wewnątrzgrupowy. Jego skutki nie mogą więc oddziaływać na innych przedsiębiorców (uczestników rynku), tj. tych, którzy nie należą do danej grupy kapitałowej. Potwierdza to także orzecznictwo krajowe, wymagające, aby dane porozumienie nie oddziaływało "na zewnątrz", tj. na zewnętrzne stosunki gospodarcze w relacji do podmiotów pozostających poza grupą kapitałową (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 19 stycznia 2001 r. o sygn. I CKN 1036/98).

W końcu wskazać należy na istotną kwestię związaną w niedozwolonymi porozumieniami pomiędzy przedsiębiorcami, a mianowicie sposób wykazania niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Temat ten jest przedmiotem obszernej analizy zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w piśmiennictwie. Wskazać w tym zakresie należy przede wszystkim na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06), w którym sąd wskazał, m.in., iż w przypadku postawienia przedsiębiorcom zarzutu zawarcia niedozwolonego (zabronionego przez prawo) porozumienia możliwe - a niekiedy nawet konieczne - jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. (...) Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczone w orzecznictwie (...). Jak wiadomo, w sądowym postępowaniu cywilnym ustalenie faktu, czy zespołu poszczególnych faktów, następuje w zasadzie przez udowodnienie każdego z nich. Może być jednak oparte na notoryjności (art. 228 KPC),

przyznaniu (art. 229 i 230 KPC) lub domniemaniu faktycznym (art. 231 KPC). (...) Wobec braku bezpośrednich środków dowodowych co do zawarcia porozumienia cenowego, konieczne stało się w postępowaniu sądowym konstruowanie domniemań faktycznych. Domniemanie takie pozwala na oparcie ustaleń faktycznych na uznaniu za ustalone faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów, czyli jest w istocie wnioskiem, rozumowaniem sądu orzekającego, którego konstrukcja, w odniesieniu do poszczególnych powiązanych ze sobą faktów, na zasadach opisanych w art. 231 KPC, powinna być przedstawiona w uzasadnieniu wyroku w sposób pozwalający skontrolować prawidłowość ustalenia faktów i wynikających z nich wniosków.

Z uwagi na to, że wykazanie istnienia zмовы przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo, w sądownictwie powszechnym za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zмовы przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Jak podkreśla się w orzecznictwie „Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie, zdaniem Sądu, jednoznacznie dowodzą wystąpienia zмовы przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję”. (Tak wyr. SOKiK z 17.4.2008 r., XVII Ama 117/05). Istnienie więc zмовы przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji.

Dalej wskazać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał

w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2009-06-09, II CSK 44/09, Sąd Najwyższy wskazał, iż artykuł 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca wskazał również w art. 15 ust. 1 pkt 5, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Ustawodawca objął więc ochroną przedsiębiorców w sytuacji wymuszania na nich wyboru określonego przedsiębiorcy jako kontrahenta, czego skutkiem jest ograniczenie swobody w zakresie dokonywania wyboru partnerów rynkowych lub wyeliminowanie takiej możliwości.

Podkreślić należy, że ustalenie, iż pomiędzy przedsiębiorcami doszło do niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w rozumieniu art. 6 UOKiK może również stanowić podstawę do uznania danego czynu wykonawców jako czynu nieuczciwej konkurencji. Jak podkreśla się w piśmiennictwie ustawy te są bowiem względem siebie komplementarne, zaś stan faktyczny danej sprawy może podlegać ocenie na gruncie obu ustaw (tak m.in. Prawo konkurencji, System Prawa Prywatnego tom 15 pod redakcją prof. dr hab. Mariana Kępińskiego).

Mając na uwadze powyższe rozważania prawne i przenosząc je na grunt analizowanej sprawy wskazać należy w pierwszej kolejności, iż dla zakwalifikowania działania Odwołującego III i IV jako praktyki ograniczającej konkurencję przybierającej postać niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w postaci zmowy przetargowej zasadnicze znaczenie ma rozstrzygnięcie czy podmioty te ustaliły pomiędzy sobą sposób działania na rynku właściwym w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, że Odwołujący III oraz Odwołujący IV początkowo w ramach jednej grupy kapitałowej, później zaś jako dwa odrębne podmioty ustaliły pomiędzy sobą sposób podziału rynku właściwego tj. rynku odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Miasta Gminy Lublin. Zaistniałe w niniejszej sprawie okoliczności takie jak: (i) chronologia zdarzeń; (ii) zapisy SIWZ; (ii) powiązania kapitałowe, osobowe, organizacyjne i biznesowe pomiędzy KOM – EKO S.A. oraz KOM – EKO Serwis sp. z o.o.; (iv) zbieżności w ofertach obu wykonawców pozwoliły Izbie na przyjęcie, iż doszło pomiędzy KOM – EKO S.A. oraz KOM – EKO Serwis sp. z o.o. do zmowy przetargowej, której celem było ominięcie zakazu zawartego w pkt 3.5 SIWZ.

W ocenie Izby działania zainicjowane przez p. I. Z. początkowo w ramach jednej grupy kapitałowej, po sprzedaży zaś udziałów, w kooperacji ze spółką KOM – EKO Serwis sp. z o.o., miały na celu ustalenie pomiędzy tymi dwoma podmiotami warunków udziału w przetargu, w konsekwencji których spółka KOM – EKO S.A. faktycznie byłaby wykonawcą sześciu części zamówienia, nie zaś jak wymagał Zamawiający maksymalnie trzech części zamówienia. Odwołujący III oraz Odwołujący IV mimo, iż mieli świadomość tego, że będą konkurować w ramach jednego przetargu, zdecydowali się na podjęcie ścisłej współpracy, bez której Odwołujący III nie byłby w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu ani też wykonać jakiegokolwiek części zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie mamy do czynienia z pisemnym porozumieniem zawartym pomiędzy Odwołującym III oraz Odwołującym IV. O zaistnieniu niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego Izba orzekła na podstawie dowodów pośrednich tj. określonych przejawów i zachowań rynkowych Odwołującego III oraz Odwołującego IV, jakie miały miejsce w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Analiza tych zachowań i powiązanie ich z warunkami udziału w postępowaniu zawartymi w SIWZ dały podstawę do przyjęcia, iż wykonawcy ci zawarli dorozumiane porozumienie mające na celu obejście zakazu ubiegania się o więcej niż 3 części zamówienia. Działania obu spółek zamierzały do zakłócenia konkurencji w przetargu poprzez zniekształcenie informacji na temat rzeczywiście konkurujących wykonawców, którego skutkiem było wzmocnienie pozycji spółki KOM – EKO S.A. poprzez nieuczciwie i wbrew zakazowi wynikającemu z SIWZ zwiększenie dopuszczzonego zakresu realizacji zamówienia przez jednego wykonawcę. Tym samym działanie to ograniczyło uprawnienie Zamawiającego do wyboru ofert najkorzystniejszych spośród ofert rzeczywiście konkurujących.

Uznając, iż spółki KOM – EKO S.A. oraz KOM – EKO Serwis sp. z o.o. zawarły porozumienie, której celem było naruszenie konkurencji w przedmiotowym przetargu Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

Chronologia zdarzeń

Jednym z istotnych elementów analizowanego stanu faktycznego jest chronologia zdarzeń ustalona na podstawie dowodów zebranych w ramach postępowania odwoławczego. Izba ustaliła w tym zakresie, co następuje:

- 1) 14.08.2015 r. - ukazuje się ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ, w których zawarto zakaz ubiegania się o więcej niż 3 części zamówienia (dowód: SIWZ);

- 2) 18.08.2015 r. - zawarta została pomiędzy KOM - EKO Serwis (reprezentowaną przez p. I. Z.) a KOM - EKO S.A. umowa najmu placu parkingowego położonego pod adresem ul. Wojenna 3 w Lublinie z przeznaczeniem na miejsca parkingowe dla pojazdów transportujących odpady oraz najmu pomieszczenia socjalnego (bez takiej umowy spółka nie mogłaby zostać wpisana do Rejestru Działalności Regulowanej) (dowód: umowa w aktach postępowania);

zawarta została pomiędzy KOM - EKO S.A. (tym razem p. I. Z. reprezentuje tę właśnie spółkę) a MST sp. z o.o. umowa najmu placu parkingowego położonego pod adresem ul. Metalurgiczna 17a w Lublinie z przeznaczeniem na miejsca parkingowe dla pojazdów transportujących odpady oraz najmu pomieszczenia socjalnego (dowód: umowa w aktach postępowania);

- 3) 20.08.2015 r. – KOM - EKO Serwis sp. z o.o. reprezentowana jeszcze przez zarząd w osobie p. I. Z. składa do prezydenta Miasta Lublina wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej, a dzień później otrzymuje zaświadczenie o uzyskaniu takiego wpisu, MST składa do prezydenta Miasta Lublina wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej, a dzień później otrzymuje zaświadczenie o uzyskaniu takiego wpisu (dowód: zaświadczenia w aktach sprawy);
- 4) 21.08.2015 r. - p. G. K. składa KOM - EKO Serwis sp. z o.o. oraz KOM – EKO S.A. oświadczenie o udostępnieniu zasobów na potrzeby postępowania przetargowego; spółka KOM – EKO S.A. składa wniosek o wydanie zezwolenie na transport odpadów; (dowód: oferty Odwołującego III oraz Odwołującego IV);
- 5) 24.08.2015 r. - p. I. Z. składa rezygnację z funkcji jedyne go członka zarządu KOM - EKO Serwis sp. z o.o. (okoliczność przyznana w treści odwołania przez Odwołującego IV);
- 6) 25.08.2015 r. – KOM - EKO Serwis zatrudnia pierwszych pracowników fizycznych (p. A. P., W. K., A. B., M. W.) (dowód: oferta Odwołującego III); w skład zarządu powołany zostaje p. P. B. (dowód: odpis z KRS); KOM - EKO S.A. sprzedaje na rzecz CRISMIA Ltd wszystkie udziały w KOM - EKO Serwis sp. z o.o. (dowód: umowa sprzedaży udziałów);
- 7) 09.09.2015 r. – KOM - EKO Serwis sp. z o.o. wraz z MST podpisują z KOM - EKO S.A.

dwie umowy o współpracy w zakresie gospodarowania odpadów (pierwsza umowa dotyczyła odpadów organicznych, a druga komunalnych) (dowód: umowy z aktach postępowania);

- 8) 10.09.2015 - w odstępie niecałej 1.5 min. pozyskane zostają odpisy z KRS dla KOM - EKO Serwis sp. z o.o. i KOM - EKO S.A. (te same odpisy KOM - EKO S.A. znajdują się zarówno w ofercie Konsorcjum KOM - EKO Serwis jak i KOM – EKO S.A.) (dowód: oferty Odwołującego III oraz Odwołującego IV);
- 9) 11.09.2015 r. – KOM - EKO S.A. (reprezentowana m.in. przez p. I. Z.) udziela swych zasobów Konsorcjum KOM - EKO Serwis sp. z o.o. i składa oświadczenia o zobowiązaniu do przyjęcia funkcji podwykonawcy (dowód: oferta Odwołującego III); podpisano aneksy do umów najmu, o których mowa w poz. 2 rozszerzające przeznaczenie obu placów parkingowych na bazę magazynową (dowód: aneksy do umów w aktach postępowania); tego samego dnia złożone zostają zapytania do KRK o karalność spółek KOM - EKO Serwis sp. z o.o. i KOM - EKO S.A. oraz ich władz;
- 10) 14.09.2015 r. na ten dzień datowane są składane w dwóch odrębnych ofertach tj. Konsorcjum KOM - EKO Serwis sp. z o.o. i KOM - EKO S.A., takie dokumenty jak: i) oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ii) wykaz usług, iii) wykaz narzędzi, iv) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, v) informacja o przynależności do grupy kapitałowej, vi) formularze ofertowe; (dowód: oferty Odwołującego III oraz Odwołującego IV);
- 11) 15.09.2015 r. - termin składania ofert; (dowód: SIWZ);
- 12) 15.09.2015 r. – Odwołujący III składa ofertę na zamówienia obejmujące sektory: I, V, VII stanowiące odpowiednio część I, V oraz VII zamówienia. Odwołujący IV składa ofertę na sektory II, III i VI stanowiące odpowiednio część II, II i VI.

Powyższe zestawienie chronologicznie obrazuje czynności, jakie zostały podjęte przez oba podmioty w celu obejścia zakazu składania ofert na maksymalnie trzy części zamówienia i umożliwienie wykonawcy KOM – EKO S.A. wykonania sześciu części zamówienia. Podkreślić należy, że działania te zostały zainicjowane przez p. I. Z. początkowo w ramach jednej grupy kapitałowej. Spółka KOM – EKO Serwis sp. z o.o. była bowiem podmiotem 100% zależnym od spółki KOM – EKO S.A., zaś p. I. Z. pełnił funkcję prezesa zarządu w obu spółkach. Mając na uwadze wypracowaną w orzecznictwie koncepcję jednego podmiotu gospodarczego (*single*

economic unit), nie sposób uznać, że w ramach jednej grupy kapitałowej doszło do niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Jednakże początkowe działania spółki KOM – EKO S.A. (tj. podjęte do dnia 24 sierpnia 2015) w powiązaniu z późniejszą współpracą pomiędzy Odwołującym III oraz Odwołującym IV wskazują w ocenie Izby, że po wyjściu spółki KOM – EKO Serwis sp. z o.o. z grupy kapitałowej KOM – EKO S.A., konsekwentnie realizowany był przez obie spółki wspólny cel zainicjowany przez p. Ireneusza Zimocha tj. umożliwienie wykonania spółce KOM – EKO S.A. sześciu części zamówienia.

Mając na uwadze powyższą chronologię zdarzeń podkreślić należy, że do dnia 24 sierpnia 2015 r. istniały ściśle osobowe, kapitałowe i organizacyjne powiązania pomiędzy KOM - EKO Serwis a KOM - EKO S.A. Jedynym członkiem zarządu KOM - EKO Serwis sp. z o.o. był p. I. Z., który jednocześnie pełnił (i pełni nadal) funkcję Prezesa Zarządu KOM - EKO S.A. Jak potwierdził sam Odwołujący IV, p. I. Z. złożył rezygnację z funkcji członka zarządu KOM - EKO Serwis sp. z o.o. dnia 24 sierpnia 2015 r., a dzień później powołanego nowego członka zarządu (pełniącego funkcję prezesa zarządu) p. P. B. .

Ponadto do dnia 25 sierpnia 2015 r. wszystkie udziały KOM - EKO Serwis należały do KOM - EKO S.A. Tego dnia została podpisana umowa sprzedaży tych udziałów na rzecz spółki CRISMIA Ltd z siedziba w Larnace (Cypr). Zatem formalnie z tym dniem ustały powiązania kapitałowe pomiędzy KOM - EKO Serwis a KOM - EKO S.A.

Fakty te mają istotne znaczenie z punktu widzenia czynności jakie zostały podjęte przed dokonaniem zmiany właściciela spółki KOM – EKO Serwis sp. z o.o. Jak wynika bowiem z akt postępowania po ogłoszeniu SIWZ i ujawnieniu przez Zamawiającego, iż wykonawcy mają możliwość ubiegania się o maksymalnie trzy z siedmiu części zamówienia miały miejsce następujące zdarzenia:

- dnia 18 sierpnia 2015 r. (a więc kiedy p. I. Z. był Prezesem zarządu zarówno spółki KOM – EKO S.A., jak i KOM – EKO Serwis sp. z o.o.) zawarta została pomiędzy tymi spółkami umowa najmu placu parkingowego położonego pod adresem ul. Wojenna 3 w Lublinie z przeznaczeniem na miejsca parkingowe dla pojazdów transportujących odpady oraz najmu pomieszczenia socjalnego; tego samego dnia KOM - EKO S.A. zawiera analogiczną umowę z MST sp. z o.o. tyle, że dotyczącą lokalizacji przy ul. Metalurgicznej 17 „A” (ss. 154-156 oraz 159-161 oferty Odwołującego III); co charakterystyczne w umowie pomiędzy KOM - EKO Serwis a KOM - EKO S.A. p. I. Z. reprezentuje KOM - EKO Serwis, a w tej drugiej umowie zawieranej z MST sp. z o.o. p. I. Z. reprezentuje już KOM - EKO S.A.;

- spółka KOM – EKO Serwis sp. z o.o., reprezentowana przez p. I. Z. składa wniosek o wpis do Rejestru Działalności Regulowanej oraz wniosek o wydanie zezwolenie na transport odpadów;
- spółka KOM – EKO Serwis sp. z o.o., reprezentowana przez p. I. Z. zatrudniła pierwszych pracowników;
- spółka KOM – EKO Serwis sp. z o.o., reprezentowana przez p. I. Z. zaczyna pozyskiwać zasoby od podmiotów trzecich (p. G. K.);
- spółka KOM – EKO Serwis sp. z o.o., reprezentowana przez p. I. Z. zawiera odpowiednie umowy z KOM - EKO S.A. (najmu oraz współpracy w zakresie gospodarowania odpadami).

W ocenie Izby powyższe działania podjęte przez p. I. Z. nie miały żadnego obiektywnego uzasadnienia gospodarczego. Za nieracjonalnie i gospodarczo nieuzasadnione uznać należy przygotowywanie spółki KOM - EKO Serwis sp. z o.o. do działalności konkurencyjnej wobec KOM - EKO S.A., a następnie jej sprzedanie i ponoszenie tym samym ryzyka utraty całości rynku w Gminie Lublin i na okres co najmniej 3 lat. Odwołujący IV nie przedstawił żadnej przekonującej argumentacji uzasadniającej sens gospodarczy decyzji i czynności podjętych przez p. I. Z. po rozpoczęciu postępowania przetargowego. Twierdzeniom złożonym przez Odwołującego IV podczas rozprawy jakoby już w 2013 r. spółka podjęła decyzję o restrukturyzacji grupy, ale czekała na atrakcyjnego kupca udziałów spółki KOM – EKO Serwis sp. z o.o. nie można dać wiary. Nie została Izbie przedłożona żadna uchwała zarządu spółki ani jakiegokolwiek innego organu spółki KOM – EKO S.A., która potwierdzałaby tą okoliczność. Po drugie, spółka KOM – EKO S.A., przed podjęciem czynności przez p. I. Z. po ogłoszeniu SIWZ nie mogła być uznana obiektywnie za atrakcyjny przedmiot zakupu. Jak twierdził p. Zimoch podczas rozprawy nie prowadziła żadnej działalności, nie miała żadnego zaplecza technicznego i osobowego, generowała stratę więc trudno uznać, że zarząd KOM – EKO S.A. czekał na atrakcyjnego kupca. W ocenie Izby Odwołujący IV w żaden sposób nie wykazał obiektywnych podstaw podjętych decyzji biznesowych oraz ich korelacji czasowej z terminem wszczęcia przedmiotowego postępowania przetargowego, co pozwoliło Izbie na przyjęcie za prawdziwe twierdzenie, że gdyby nie ogłoszenie SIWZ i ograniczenie wskazane przez Zamawiającego o możliwości ubiegania się o maksymalnie trzy części zamówienia, Odwołujący IV nie podjąłby czynności i działań opisanych powyżej.

W ocenie Izby skoro Pan I. Z. bezpośrednio uczestniczył w przygotowaniach KOM - EKO Serwis sp. z o.o. do udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, to za logiczny uznać należy wniosek, iż będąc jedynym członkiem zarządu KOM - EKO Serwis sp. z o.o. podjął decyzję o ubieganiu się przez ten podmiot o określone części zamówienia i o podziale rynku

między te dwa podmioty. Strategia ta była konsekwentnie realizowana przez obu wykonawców po wyjściu spółki KOM – EKO Serwis z grupy kapitałowej KOM – EKO S.A., o czym świadczą następujące powiązania organizacyjne i gospodarcze: (i) podpisanie 11 września 2015 r. aneksów do umów najmu rozszerzających przeznaczenie obu placów parkingowych na bazę magazynową (por. ss. 157-158 oraz 162-163 oferty Odwołującego III); (ii) podpisanie 9 września 2015 r. KOM - EKO Serwis sp. z o.o. wraz z MST sp. z o.o. z KOM - EKO S.A. dwóch umów o współpracy w zakresie gospodarowania odpadów (pierwsza umowa dotyczyła odpadów organicznych, a druga komunalnych) (por. ss. 164-195 oferty Konsorcjum KOM - EKO Serwis); (iii) udostępnienie przez KOM – EKO S.A. na rzecz spółki KOM - EKO Serwis sp. z o.o. i MST sp. z o.o. swoich zasobów w celu umożliwienia tym ostatnim ubiegania się o zamówienie, w tym zobowiązanie do pełnienia funkcji podwykonawcy w zakresie realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów w części I, V i VII zamówienia; (iv) szereg podobieństw w ofertach obu wykonawców.

W szczególności należy się tu odnieść do zakresu udostępnienia zasobów Odwołującego IV na rzecz Odwołującego III. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zakres udostępnionych zasobów przez spółkę KOM – EKO S.A. był elementem niepisanego porozumienia pomiędzy wykonawcami na etapie sprzedaży udziałów spółki KOM – EKO Serwis sp. z o.o., którego celem było obejście zakazu ubiegania się o maksymalnie trzy części zamówienia przez jednego wykonawcę. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym III, iż nie miał on świadomości, iż Odwołujący IV złoży ofertę w przedmiotowym zamówieniu publicznym. Zaprzecza temu zarówno chronologia wydarzeń jak i również wnioski jakie racjonalna osoba mogłaby wysnuć bazując na powszechnie znanych informacjach, notabene ujawnionych w treści odwołania Odwołującego III. Skoro bowiem Odwołujący IV jest głównym podmiotem operującym na terenie Gminy Lublin w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, to za logiczne uznać należy, że będzie uczestniczył on w nowym przetargu ogłoszonym przez Zamawiającego. Co więcej z momentem zbycia udziałów w spółce KOM – EKO Serwis, oba podmioty nadal posiadały tę samą siedzibę i domniemywać należy, że wobec braku przedstawienia Izbie jakiegokolwiek innego dowodu, spółka KOM – EKO Serwis miała dostęp do dokumentów spółki KOM – EKO S.A. Po trzecie racjonalnie działający wykonawca przed pojęciem decyzji o skorzystaniu z zasobów podmiotu trzeciego winien upewnić się czy z takich zasobów może skorzystać zgodnie z zapisami SIWZ i ustawy Pzp, nie zaś opierać się na niczym nieopartym założeniu, niemającym żadnego obiektywnego uzasadnienia faktycznego.

Podkreślić należy, że o ile art. 26 ust. 2b ustawy Pzp daje możliwość wykonawcy ubiegającemu się o zamówienia powoływania się na określony zasoby podmiotów trzecich, to ocena zakresu

i sposoby wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego podlega ocenie z punktu widzenia zgodności z zapisami SIWZ, ustawy Pzp jak również UOKiK. Sam fakt, iż ustawa Pzp pozwala na korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego nie wyłącza bowiem oceny sposobu skorzystania z takiego potencjału spod oceny UOKiK. Ustawa Pzp nie może stanowić bowiem wyjątku od zasad konkurencji, wynikających m.in. z UOKiK. Jeśli zatem celem lub skutkiem udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci jest ograniczenie konkurencji, to winno być one rozpatrywane z punktu widzenia porozumienia ograniczającego konkurencję.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego III oraz Odwołującego IV, nie zakwestionował możliwości korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający zakwestionował wyłącznie sposób wykorzystania zasobów wykonawcy KOM – EKO S.A. przez Odwołującego III. Jak wynika bowiem z ofert obu wykonawców bez udostępnienia zasobów ze strony KOM - EKO S.A. Odwołujący III nie spełniałby ani jednego z warunków udziału w postępowaniu, tj. ani doświadczenia, ani potencjału technicznego, ani niezbędnego potencjału osobowego. We wszystkich tych zakresach Odwołujący III musiał się prawie w całości posłużyć zasobem udzielonym przez KOM - EKO S.A. I tak w zakresie niezbędnego:

- doświadczenia – Odwołujący III nie wskazał, aby sam miał jakiegokolwiek, choćby minimalne doświadczenie; opierając się w całości na doświadczeniu KOM - EKO S.A.;
- potencjału technicznego - w zakresie części I i V zamówienia Odwołujący III posłużył się w całości potencjałem udostępnionym od KOM - EKO S.A., nie dysponując samodzielnie ani jednym pojazdem, a zakresie części VII posługując się w przeważającej części zasobem KOM - EKO S.A. (7 szt. jednostek sprzętowych KOM-EKO S.A., 2 szt. udostępnione przez podmioty trzecie, 1 szt. należąca do MST sp. z o.o. i ani jedna jednostka nie należąca do KOM - EKO Serwis sp. z o.o.);
- potencjału osobowego - w zakresie części I i V zamówienia posługując się praktycznie w całości potencjałem udostępnionym od KOM - EKO S.A., albowiem tylko 2 z 27 osób dla części I i 6 z 27 dla części V były zasobem własnym Odwołującego III; w przypadku części VII posługując się zasobem KOM - EKO S.A. w znacznej części tj. 14 z 27 osób); warto przy tym zauważyć, że osoby będące w dyspozycji własnej KOM - EKO Serwis (zaledwie 4 osoby, na kilkadziesiąt wskazanych łącznie) są zatrudnione w tej spółce dopiero od 25 sierpnia 2015 r., a więcej już po ogłoszeniu treści SIWZ i wyjściu KOM - EKO Serwis sp. z o.o. z grupy kapitałowej KOM - EKO S.A.

W ocenie Izby powyższy sposób wykorzystania zasobów stanowił obejście ograniczenia wskazanego w pkt 3.5 SIWZ, zaś instytucja przewidziana w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp została

wykorzystana przez Odwołującego III oraz Odwołującego IV w celu naruszenia interesów zamawiającego (klienta) oraz innych wykonawców ubiegających się o to zamówienie (innych przedsiębiorców). W swej istocie Konsorcjum KOM - EKO Serwis złożyło ofertę na trzy części zamówienia, aby umożliwić spółce KOM – EKO S.A. wykonanie w praktyce sześciu części zamówienia, zamiast tylko na 3 części jak wynikało z zapisów SIWZ. Oferta Odwołującego III została złożona dla osiągnięcia pozoru wielości podmiotów składających oferty w innych częściach zamówienia, niż te na które ofertę złożyła spółka KOM – EKO S.A., co miało na celu pozorne spełnienie wymogów SIWZ w zakresie ograniczenia możliwości składania ofert na maksymalnie trzy części zamówienia. Powyższe argumentacja wzmocniona jest tym, że jak wynika z dokumentów załączonych do oferty (oświadczeń o zobowiązaniu do przyjęcia funkcji podwykonawcy) wynika, iż faktycznym wykonawcą usług w częściach I, V i VII zamówienia miał być nie Odwołujący III, a KOM - EKO S.A.

Charakterystyczne jest także to, że jedynym podmiotem trzecim (poza KOM - EKO S.A.) jaki udzielił swych zasobów Odwołującemu III był p. G. K. prowadzący działalność pod firmą Zakład Transportu Komunalnego (vide: oferta Odwołującego III). Zauważenia przy tym wymaga, że p. G. K. na potrzeby tego samego postępowania udzielił swych zasobów także KOM - EKO S.A. (por. ss. 34-35 oferty Odwołującego IV). Oba oświadczenia o udostępnienia zasobów przez p. G. K., tj. dla Odwołującego III oraz Odwołującego IV zostały sporządzone tego samego dnia tj. 21 sierpnia 2015 r. Co więcej zauważenia wymaga to, że udostępnienie to nastąpiło dnia 21 sierpnia 2015 r. tj. wówczas gdy p. I. Z. był jeszcze jedynym członkiem zarządu KOM - EKO Serwis sp. z o.o., a równolegle pełnił funkcję Prezesa Zarządu KOM - EKO S.A. W konsekwencji oczywiste jest to, że owo udostępnienie zasobów dla obu spółek (tj. dla KOM - EKO Serwis sp. z o.o. i KOM - EKO S.A.) musiało być ustalane z panem I. Z., działającym wówczas w imieniu zarówno KOM - EKO Serwis jak i KOM - EKO S.A.

Fizyczne podobieństwo ofert Odwołującego III oraz Odwołującego IV

Kolejną okolicznością potwierdzającą istnienie dorozumienia antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy Odwołującym III oraz Odwołującym IV to podobieństwa oferty tych wykonawców. W ocenie Izby istnieje szereg podobieństw fizycznych pomiędzy ofertami Odwołującego III oraz Odwołującego IV, które wskazują na to, że wykonawcy ci wspólnie przygotowywali swoje oferty, podczas gdy każdy z nich powinien czynić to samodzielnie bez wymiany informacji. Twierdzenia obu wykonawców jakoby podobieństwa te wynikały z historycznych powiązań pomiędzy spółkami Izba uznała za niewiarygodnie. Podobieństwa w ofertach dotyczyły bowiem dokumentów, które były dedykowane do przedmiotowego postępowania przetargowego. Nie jest więc możliwe, aby wynikały one z posiadania takich

samych wzorców we własnym komputerze, gdyż w zasadniczej części są to podobieństwa w uzupełnieniach wzorów zawartych w SIWZ, których z istoty rzeczy nie mógł w swych zasobach mieć żaden z wykonawców. Izba wskazuje również, że podobieństwa w ofertach obu wykonawców związane były z przygotowaniem ofert, a więc miały miejsce od ogłoszenie zamówienia do dnia złożenia ofert. Okoliczność, iż po terminie składania ofert Odwołujący III podjął czynności, które w jego ocenie wskazuje na brak powiązań z Odwołującym IV (np. zmiana siedziby, zmiana pieczętki) są bez znaczenia dla ustalenia zmywy przetargowej. Istnienie zmywy przetargowej dotyczy bowiem wspólnego ustalenia przez wykonawców sposób złożenia ofert w ramach przedmiotowego postępowania. Granicą czasową jest więc złożenie oferty, gdyż to na ten dzień był ostatecznym terminem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

(a) zbieżności w oznaczeniu części oferty zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa

- identyczny sposób oznaczenia dokumentów zastrzeżonych

Zarówno Odwołujący III oraz Odwołujący IV zastosowali dokładnie ten sam sposób oznaczenia dokumentów zastrzeżonych, jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa poprzez pionowy czerwony napis umieszczony na prawym marginesie. Co więcej w ofercie KOM-EKO S.A. znalazły się strony (od 47 do 53), które zawierały zastrzeżenie, że zawarte na tych stronach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa KOM - EKO Serwis, choć są to dokumenty, które w żaden sposób nie dotyczą KOM - EKO Serwis, a KOM - EKO S.A. (są to bowiem oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez podmioty trzecie tj. PPUH Radkom sp. z o.o. i PHU Impex P. B. dla KOM - EKO S.A.). Tłumaczenie wykonawcy KOM – EKO S.A. o posługiwaniu się wzorami dokumentów nie może być uznane za wiarygodne. Taka omyłka mogłaby się zdarzyć wówczas gdyby w ofercie Konsorcjum KOM - EKO Serwis pojawił się zapis „tajemnica przedsiębiorstwa KOM -EKO S.A.". Tymczasem mamy do czynienia z odwrotną sytuacją, dla której uzasadnieniem, w ocenie Izby, jest to, że oferty obu wykonawców były przygotowywane w niedozwolonym porozumieniu.

(b) Podobne błędy w ofertach Konsorcjum KOM - EKO Serwis i KOM – EKO S.A.

Analiza ofert Odwołującego III oraz Odwołującego IV wskazuje wyraźnie, że obaj wykonawcy popełnili te same błędy formalne w ofertach:

- (i) brak wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa

Izba ustaliła, że zarówno w ofercie Odwołującego III oraz Odwołującego IV nie uwzględniono nowelizacji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. nie zawarto żadnego wyjaśnienia, z którego wynikałoby, że wykonawca wykazał zaistnienie przesłanek do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W obu ofertach ograniczono się jedynie do opisanego zastrzeżenia na dokumentach, bez jakichkolwiek wyjaśnień w tej kwestii, skutkiem czego było odtajnienie przez Zamawiającego tych części ofert.

(ii) niewłaściwa forma oświadczeń o udostępnieniu zasobów

Zarówno Odwołujący III jak i Odwołujący IV popełnili błąd w postaci złożenia wraz z ofertą w niewłaściwej formie oświadczeń o udostępnieniu zasobów przez podmioty trzecie, tj. w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, a błąd ten został naprawiony dopiero po uzupełnieniu tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

(iii) błędne liczenie średniorocznej ilości zebranych odpadów

Zarówno w ofercie Odwołującego III jak i Odwołującego IV znalazły się identyczne wykazy usług, z tą samą datą, jej formatem oraz z tą samą treścią. Zauważanie przy tym wymaga nie tylko to, że są one identyczne, ale to iż obaj wykonawcy, rzekomo oddzielnie przygotowujący swą ofertę, w tak samo błędny sposób liczyli średnioroczną ilość zebranych odpadów. Przy każdej poszczególnej pozycji obaj ci wykonawcy podawali średnioroczną ilość odpadów liczoną nie wg zasad SIWZ (tj. z okresu ostatnich 3 lat prowadzenia działalności) tylko liczoną za okres świadczenia danej usługi. W ocenie Izby okoliczność ta stanowi kolejny dowód pośredni potwierdzający, iż oferty Odwołującego III oraz Odwołującego IV nie były przygotowywane odrębnie i niezależnie.

(iv) posłużenie się tą samą osobą przygotowującą dokumenty do oferty

W ocenie Izby również sposób uzyskania dokumentów wymaganych przez Zamawiającego wraz z ofertą wskazuje, że Odwołujący III oraz Odwołujący IV działali w porozumieniu w procesie ich gromadzenia. Okoliczności takie jak: uzyskanie odpisów z KRS w odstępie 1.5 minutowym dla obu wykonawców, identyczna numeracja stron, wskazująca na jeden charakter pisma, data wystawienia (w lewym górnym rogu zapytania) informacji z KRK, która została wpisana identycznym charakterem pisma dla pp. P. B., I. Z. i M. B. oraz spółek KOM - EKO Serwis jak i KOM - EKO S.A., świadczą, w ocenie Izby, o tym, że wykonawcy wspólnie przygotowali oferty, działając w porozumieniu. Izba nie dała wiary twierdzeniom Odwołującego III jakoby data wystawienia (w lewym górnym rogu zapytania) informacji z KRK była wpisana

przez urzędnika, a ponieważ w KRK w Lublinie przy Sądzie Rejonowym Lublin Zachód pracuje wyłącznie dwóch urzędników, to najprawdopodobniej data ta była uzupełniona przez jednego z nich na wszystkich zaświadczeniach. Podkreślić należy, że na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący III nie przedstawił żadnego dowodu, iż po pierwsze rzeczywiście w tej jednostce pracują wyłącznie dwie osoby oraz istnieje przyzwolenie na uzupełnienie ww. daty przez urzędnika. To bowiem podmiot składający wniosek jest zobowiązany wypełnić w sposób wskazany w formularzu, określonym w przepisach Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym.

(c) Inne podobieństwa ofert

Identyczny sposób uzupełnienia wykazów instalacji do których przekazywane mają być odpady komunalne (str. 141, 143 oferty Odwołującego III; strona 103, 105 oferty Odwołującego IV)

- wskazanie instalacji jako Zakład Zagospodarowania Odpadów KOM - EKO S.A., choć firma tej spółki brzmi KOM - EKO S.A., a określenie Zakład Zagospodarowania Odpadów nie jest elementem nazwy (firmy);
- w pierwszym wersie w każdej pozycji jest określenie Zakład Zagospodarowania Odpadów KOM - EKO S.A., a w drugim zawsze Lublin, ul. Metalurgiczna 17a;
- w poz. 1, 3, 4 i 5 zarówno przed uzupełnionym tekstem, jak i po nim jest wolny wers;
- w poz. 2 brak wolnego wersu przed uzupełnieniem oraz wolny wers po uzupełnionym tekście;
- we wzorze załącznika nr 16 opublikowanym przez zamawiającego wszystkie wersy pod poz. 1 do 5 mają równą wysokość (cztery linijki dla czcionki Arial nr 10), tymczasem oba te załączniki w ofertach Konsorcjum KOM - EKO Serwis jak i KOM -EKO S.A. mają zmienioną wysokość wersu pod poz. 2 (do trzech linijek dla czcionki Arial nr 10).

Identyczne są także te załączniki, które odnosiły się tych sektorów, w których zamawiający miał prawo do skorzystania z prawa opcji (sektor I, o który ubiegało się Konsorcjum KOM -EKO Serwis i sektor III, o który ubiegała się KOM - EKO S.A.). W przypadku obu tych ofert pozycja 1 z tej tabeli znów wygląda identycznie i zawiera identyczny dopisek (co do treści i formy) (strona 142 oferty Odwołującego III oraz strona 104 oferty Odwołującego IV). Nie sposób uznać za wiarygodnie twierdzenia obu wykonawców, iż podobieństwa wynikają z powiązań historycznych pomiędzy spółkami i korzystaniem przez KOM – EKO Serwis ze wzorów KOM – EKO S.A. Wskazane powyżej części ofert wykonawców to załączniki dedykowane do tego konkretnego postępowania. Wskazane zaś powyższej podobieństwa wskazują, że dokumenty

te były przygotowane w porozumieniu pomiędzy wykonawcami.

Sposób przygotowania wykazu narzędzi

Dalej Izba wskazuje, że w wykazie narzędzi załączonym przez obu wykonawców z ofertami istnieje taka sama zbieżność uzupełnienia daty jak i formy jej wpisania. Ponadto we wzorze Zamawiającego w lewym górnym rogu tego wykazu widniały kropki w celu wpisania danych wykonawcy a wers niżej wyrażenie „wykonawcy”. Wyrażenie to w tym wzorze było wyrównane do lewej, a w wykazach Odwołującego III oraz Odwołującego IV znajduje się innym miejscu tj. jest wyśrodkowane w stosunku do kropek w wersji powyżej. Trudno uznać, że jest to zwykły przypadek, tej drobnej, acz znaczącej zbieżności nie da się inaczej wytłumaczyć jak tylko korzystaniem z tej samej zmodyfikowanej wersji elektronicznej tego wykazu.

Format daty, użycie pieczętki potwierdzam za zgodność z oryginałem

W ocenie Izby również inne okoliczności wskazane przez Przystępującego Sita, a mające odzwierciedlenie w treści oferty Odwołującego III jak i Odwołującego IV tj. identyczny sposób formatowania daty, użycie tej samej pieczętki potwierdzającej zgodność dokumentu z oryginałem, to okoliczności potwierdzające przygotowanie ofert obu wykonawców z porozumieniem.

Ani Odwołujący III ani Odwołujący IV nie przedstawili Izbie żadnego wiarygodnego uzasadnienia powyższych podobieństw w ofertach. Za takie nie sposób uznać powtarzane podczas rozprawy twierdzenia jakoby podobieństwa w ofertach wynikały z korzystania z tych samych wzorów oraz z powiązań historycznych. Po pierwszej, zbieżności w ofertach nie dotyczą dokumentów ogólnych, a takich które były dedykowane do przedmiotowego postępowania przetargowego. Nie jest więc możliwe, aby wynikały one z posiadania takich samych wzorców we własnym komputerze, gdyż podobieństwa dotyczą uzupełnień we wzorów zawartych w SIWZ, których z istoty rzeczy nie mógł w swych zasobach mieć żaden z wykonawców. Po drugie, z pewnością z komputera nie pochodzi także odręcznie pisana numeracja stron, czy też ta sama pieczętka. Po trzecie, zasobami komputerowymi nie da się także wyjaśnić błędów co do nazw wykonawców (przede wszystkim nazwa KOM - EKO Serwis pojawiająca się w ofercie KOM - EKO S.A. (w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Po czwarte, nie da się w ten sposób wyjaśnić tego, że ta sama osoba tego samego dnia składała zapytania dot. KRK obu spółek i ich władz. Po piąte, nie da się wyjaśnić jak to się stało, że rzekomo dwa odrębnie działające podmioty dokładnie w tym samym momencie pozyskują taki sam dokument tj. KRS dla KOM - EKO Serwis sp. z o.o. i KRS dla

KOM - EKO S.A. W ocenie Izby ogromna ilość powyższych zbieżności oraz tożsamy błędów nie pozwala na uznanie ich za zwykły zbieg okoliczności. Jest to klasyczny nierealny zbieg okoliczności, potwierdzający istnienie niedozwolonego porozumienia pomiędzy Odwołującym III oraz Odwołującym IV.

W ocenie Izby ubieganie się o zamówienie przez Odwołującego III wynikało wprost z ustaleń z innym wykonawcą tj. KOM - EKO S.A. i miało na celu ominięcie zakazu ubiegania się o więcej niż 3 części zamówienia (pkt 3.5 SIWZ). Niepisanym warunkiem nabycia udziałów spółki KOM – EKO Serwis sp. z o.o. było złożenie przez nią ofert na trzy części postępowania, których podwykonawcą będzie KOM – EKO S.A. Podkreślić należy, że z chronologii zdarzeń ustalonych przez Izbę wynika, że dopiero po ogłoszeniu treści SIWZ i wynikającego z niego zakazu KOM - EKO Serwis podjęła działania zmierzające do tego, aby podjąć działalność w zakresie zbierania odpadów. Czynności te oczywiście były nakierunkowane na pozyskanie zamówienia w ramach postępowania i co bardzo istotne zostały one podjęte po ogłoszeniu SIWZ. Brak jest uzasadnienia gospodarczego powyższych działań. Jak Izba wskazała powyżej, całkowicie nieracjonalne byłoby bowiem przygotowywanie spółki KOM - EKO Serwis do działalności konkurencyjnej wobec KOM - EKO S.A., a następnie jej sprzedaż i ponoszenie tym samym ryzyka utraty całości rynku w Gminie Lublin i to okres co najmniej 3 lat. Działania zaś obu spółek podjęte po sprzedaży udziałów świadczą, w ocenie Izby, o tym, że obie spółki miały świadomość tego, że zamierzają złożyć oferty w postępowaniu, w wyniku czego spółka KOM – EKO S.A. zrealizuje sześć części zamówienia.

Jak Izba wskazała również powyżej, spółka KOM - EKO Serwis ani przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu, ani później nie ubiegała się o żadne inne zamówienie publiczne. Spółka ta nie świadczyła także żadnych usług odbioru czy zagospodarowania odpadów na rzecz jakichkolwiek klientów. Okoliczność tą potwierdził p. I. Z. podczas rozprawy. Spółka ta przed uzyskaniem wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w dniu 21 sierpnia 2015 r. nie posiadała żadnych możliwości formalnych świadczenia tego rodzaju usług. Spółka ta nie przedstawiała żadnych dowodów na wykazanie, iż przed 25 sierpnia posiadała pracowników lub jakkolwiek sprzęt związany z realizacją przedmiotu zamówienia. To wszystko, w ocenie Izby, świadczy o tym, że działania KOM -EKO Serwis nie były wcześniej planowane, a były efektem tego, iż Zamawiający ustanowił ograniczenie w ilości części zamówienia, o które ubiegać się mają wykonawcy i miały one na celu obejście tego zakazu przez KOM - EKO S.A., które miało być rzeczywistym wykonawcą usług w częściach I, V, i VII.

Wskazać również należy, że z przedłożonej Izby publikacji prasowej z dnia 2 października 2015 r. w sposób jednoznaczny wynika, że działania Odwołującego IV zostały podjęte w celu

utrzymania dotychczasowego udziału w rynku, a tym samym utrzymania dotychczasowego poziomu zatrudnienia i zaangażowania potencjału sprzętowego. Choć cel działań zarządu spółki KOM – EKO S.A. uznać należy za właściwy, to jednak obrane metody działania nie zasługują i nie mogą zasługiwać na aprobatę, gdyż stanowią naruszenie głównej zasady postępowania przetargowego tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji. Skoro wykonawca KOM – EKO S.A. zdecydował się na udział w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez Zamawiającego, to jego obowiązkiem było uszanowanie zasad określonych przez Zamawiającego. Dobrodziejstwa otwartego i transparentnego rynku zamówień publicznych są dostępne każdemu podmiotowi działającemu na rynku. Podmiot decydujący się na udział w rynku zamówień publicznych musi jednak mieć świadomość, że aby korzystać z owych dobrodziejstw, to należy w sposób określony w ustawie Pzp przygotować ofertę i realizować zamówienie. Działanie zaś zarządu spółki KOM – EKO S.A. stoją w sprzeczności z zasadą poszanowania innych uczestników rynku, jak i samego Zamawiającego.

W ocenie Izby, mając na uwadze okoliczności związane ze złożeniem ofert przez Odwołującego III oraz Odwołującego IV nie ma wątpliwości, iż w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z niedozwolonym porozumieniem obu spółek polegającej na wspólnej próbie obejścia zakazu z pkt 3.5 SIWZ poprzez uzgodnienie sposobu jego obejścia, wspólnym ustaleniu warunków składanych ofert, jak i wspólnym przygotowaniu ofert. W konsekwencji Izba uznała, że w postępowaniu doszło do złożenia ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji poprzez utrudnianie dostępu do zamówienia innym wykonawcom i podzielenia zamówienia pomiędzy wykonawców używających sobie zasobów, referencji, udostępniania części swoich ofert i całego szeregu dokumentów ofertowych. Działanie to oceniono jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także zagrażające interesom innych przedsiębiorców, poprzez pogorszenie ich sytuacji w dostępie do rynku i wyczerpując dyspozycję art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK. Choć formalnie Odwołujący III oraz Odwołujący IV złożyli oferty zgodnie z SIWZ, to jednak zaproponowany przez nich sposób wykonania zamówienia wymuszał na Zamawiającym wybór jednego kontrahenta na realizację aż sześciu z siedmiu części, wbrew woli Zamawiającego.

Podkreślić należy, że okoliczności uzasadniające zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji muszą być oceniane jako pewna całość stanowiąca rezultat działania wykonawców, albowiem oceniane pojedynczo mogą stanowić o samodzielnej, niezależnej i zgodnej z przepisami czynności wykonawcy związanej z przygotowaniem wniosków/ofert. W ocenie Izby, wystąpił zbieg norm i podstaw dla przypisania Odwołującemu III oraz Odwołującemu IV czynów nieuczciwej konkurencji, określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami zagrażającego interesom gospodarczym

pozostałych uczestników przetargu. Niewątpliwym jest, że złożenie ofert przez ww. wykonawców w tym postępowaniu nie realizowało celu uczciwej konkurencji. Czynności obu wykonawców naruszają interesy i dobra innych podmiotów ubiegających się o to zamówienie, które dostosowały się do zakazu Zamawiającego. Tymczasem KOM - EKO S.A. w ścisłej koordynacji działań z KOM - EKO Serwis w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i nielegalny próbowała obejść zakaz Zamawiającego, nieuczciwie podwajając w stosunku do innych wykonawców dozwolony zakres realizacji zamówienia.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów było powoływanie się przez Odwołującego III i Odwołującego IV na treść odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 11 z dnia 3 września 2015 r. Udzielając odpowiedzi Zamawiający odwołał się do regulacji art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Ponieważ jednak w chwili składania ofert powiązania formalne pomiędzy Odwołującym III oraz Odwołującym IV przestały istnieć, brak było podstaw do rozpatrywania złożenia ofert przez powyższych wykonawców jako podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Zamawiający dokonując odrzucenia ofert obu wykonawców zarzucił im popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w postaci zmywy przetargowej, który został dokonany nie w ramach grupy kapitałowej, lecz po jej ustaniu.

Również dowody złożone przez Odwołującego III oraz Odwołującego IV podczas rozprawy nie potwierdziły zasadności podniesionych przez powyższych wykonawców zarzutów. Decyzja o wydaniu zezwolenia na transport odpadów z dnia 22 września 2015 r. dotyczy okresu po złożeniu oferty. Okolicznością istotną był termin złożenia wniosku o uzyskanie wpisu tj. 21 sierpnia 2015 r., a więc w okresie kiedy prezesem zarządu obu spółek tj. KOM – EKO S.A. oraz KOM – EKO Serwis był p. I. Z. i który po ogłoszeniu SIWZ w dniu 14 sierpnia 2015 r. podjął czynności przygotowujące spółkę KOM – EKO Serwis do złożenia oferty w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego. Dalej Certyfikat Crismia Limited z dnia 9 października 2015 r. określający udziałowców spółki również jest bez znaczenia dla zasadności podniesionych zarzutów. Po pierwsze nie było sporne pomiędzy stronami, że udziały spółki KOM – EKO Serwis sp. z o.o. zostały sprzedane do podmiotu Crismia Limited. Po drugie, podstawą odrzucenia ofert Odwołującego III oraz Odwołującego IV nie było pozostawianie tych podmiotów w jednej grupie kapitałowej. Przedłożony Certyfikat z dnia 20 sierpnia 2015 r. dotyczy spółki sprzed sprzedaży udziałów i nie ma żadnego znaczenia dla niniejszej sprawy. Ponadto nr HE wskazany na przedłożonym dokumencie jest inny niż nr HE w dokumencie z dnia 9 października 2015 r. Powyższej rozbieżności Odwołujący III nie wyjaśnił Izbie, co w konsekwencji pozbawia przedłożone dokumenty jakiegokolwiek wiarygodniej wartości dowodowej. Również Certyfikat Podatkowy datowany na dzień 30 kwietnia 2013 r. nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby. Po pierwsze, dotyczy on okresu, który nie pozostaje w

jakimkolwiek związku z zakresem podniesionych zarzutów. Po drugie okoliczność, że spółka Crismia Limited była utworzona w 2007 r. nie ma żadnego znaczenia dla niniejszego postępowania. Istotnie bowiem pozostaje wyłącznie to, kto jest udziałowcem spółki, sprawuje funkcje zarządu lub posiada szczególne uprawnienia dotyczące działalności spółki. Z dokumentów zaś złożonych przez Odwołującego III wynika wyłącznie, że na dzień 9 października 2015 r. spółka Crismia Limited miała pięciu udziałowców, którzy nabyli udziały w tej spółce na podstawie przedłożonej umowy sprzedaży udziałów z dnia 25 sierpnia 2015 r. Przedłożona zaś uchwała z dnia 17 lipca 2015 r. jest dowodem spóźnionym, gdyż złożonym po zamknięciu rozprawy. Ale nawet gdyby przyjąć ją w poczet materiału dowodowego to nie ma ona również żadnego znaczenia dla sprawy, gdyż Odwołujący III w żaden sposób nie wykazał, że p. A. N. był umocowany do podjęcia przedłożonej uchwały w imieniu spółki Crismia Limited. Po drugie, Izbie nie został przedłożony żaden dowód na wykazanie, iż wspólnicy spółki Crismia Limited widniejący na Certyfikacie z dnia 9 października 2015 r. byli również wspólnikami spółki w dniu 17 lipca 2015 r. i wyrazili zgodę na nabycie udziałów w spółce KOM – EKO Serwis sp. z o.o. Zaś z przedłożonego Certyfikatu z dnia 20 sierpnia 2015 r. wynika, że Pan A. N. był dyrektorem spółki o nr HE 167627, nie zaś spółki o nr HE 201015. Co się tyczy zaś złożonych sprawozdań finansowych dla spółki MTS sp. z o.o. za rok obrotowy 2008 oraz 2014 oraz dokumenty o nazwie „Prezentacja spółki”, Izba wskazuje, po pierwsze, że „Prezentacja spółki” została sporządzona w dniu 7 października 2015 r. a więc po decyzji Zamawiającego o odrzuceniu ofert z powodu zawarcia niedozwolonej zmywy przetargowej. Czyni to przedłożony dokumenty dowodem niewiarygodnym, powstałym na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego. Dalej wskazać należy, że przedłożony dokument to pół – stronicowy głośłowny opis rzekomych osiągnięć spółki MTS sp. z o.o. Żadna z zawartych tam informacji nie została poparta obiektywnym dowodem. Z przedłożonego sprawozdania finansowego za rok obrotowy 2014 r. wynikają okoliczności wskazane w treści oferty Odwołującego III tj. iż posiada on 11 pracowników fizycznych oraz rzeczowe aktywa trwałe w postaci środków transportu. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami. Spór zaś dotyczył zasadności udziału spółki MST sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego Sita, że w okolicznościach niniejszej sprawy udział konsorcjanta MST sp. z o.o. został wykorzystany wyłącznie w celu ukrycia realnego celu jaki przyświecał Odwołującemu III oraz Odwołującemu IV tj. uzyskania zamówienia na 6 części zamówienia, które będą wykonywane w zasadniczej części przez Odwołującego IV. Podkreślić bowiem należy, że o ile ustawa Pzp uprawnia wykonawców do zawierania konsorcjów, to naturalnym celem danego członka konsorcjum winno być umożliwienie uzyskania zamówienia. W omawianym stanie faktycznym wskazać należy, że żadna część doświadczenia jakim wykazał się Odwołujący III nie należało do spółki MTS sp. z o.o. W zakresie potencjału technicznego zasoby MST nieprzystają do wymogów

SIWZ - dla Części I na 11 wskazanych pojazdów, ani jeden nie jest z MST, dla części V dokładnie tak samo, dla części VII z 11 wskazanych pojazdów tylko 1 należy do MST. Ponadto, w zakresie kadry zasoby MST są nad wyraz skromne i nieprzystające do wymogów SIWZ. I tak, dla części I na 27 wskazanych osób, tylko 2 są z MST, dla części V identycznie, dla części VII z 27 osób tylko 12 jest z MST. Powoływanie się zaś przez Odwołującego III na wieloletnie doświadczenia spółki MTS sp. z o.o. jest wyłącznie gołosłownym twierdzeniem niemającym poparcia w faktach. W ocenie Izby sam fakt uczestnictwa spółki MTS sp. z o.o. w konsorcjum nie pozbawia porozumienia zawartego pomiędzy Odwołującym III oraz Odwołującym IV przymiotu niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że nadal spółka KOM – EKO S.A. jest kompleksowym podwykonawcą tych części zamówienia na które ofertę złożył Odwołujący III.

W konsekwencji Zamawiający zasadnie odrzucił oferty Odwołującego III oraz Odwołującego IV na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 UZNK i art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK. W analizowanej sprawie Izba uznała, że brak było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego i art. 82 ust. 1 oraz art. 83 ust. 1 ustawy Pzp, jak też art. 3 ust 1 i 2, art. 15 ust 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust 1 pkt 7 UOKiK. Wskazać bowiem należy, że art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp dotyczy sytuacji złożenia oferty nieważnej na podstawie przepisów odrębnych. Przywołane przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie stanowią o sankcji nieważności oferty.

Izba nie podziela również poglądu Zamawiającego, że działania Zamawiającego zmierzało do obejścia przepisu art. 83 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten wyłącznie stanowi, iż w przypadku podzielonego przedmiotu zamówienia wykonawca może złożyć ofertę częściową, chyba że zamawiający określił maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Ustawodawca więc w przywołanej regulacji uprawnił Zamawiającego określenia maksymalnej liczby części zamówienia na które oferty częściowe może złożyć wykonawca, nie wprowadzając jednak określonego nakazu czy zakazu, który mógłby być złamany przez wykonawcę. Materializacja powyżej regulacji znalazła odzwierciedlenie w pkt 3.5 SIWZ i czynności Odwołującego III oraz Odwołującego IV winny być rozpatrywane w kontekście ewentualnej niezgodności złożonych ofert z postanowieniami SIWZ.

Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia, iż działanie Odwołującego III oraz Odwołującego IV winno skutkować odrzuceniem ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust 1 i art. 83 ust 3 ustawy Pzp. Przepis art. 89 ust 1 pkt 1 nakazuje odrzucenie oferty która jest niezgodna z przepisami ustawy. Z kolei pozostałe przywołane przepisy

stanowią, że wykonawca może złożyć jedną ofertę na jedną część zamówienia oraz ofertę na tyle części zamówienia ile ustalił zamawiający. W ocenie Izby Odwołujący III i Odwołujący IV formalnie złożyli jedną ofertę w każdej z 3 części zamówienia. Jednocześnie złożyli oferty w maksymalnej dopuszczalnej ilości części.

Izba uznała również, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia ofert Odwołującego III oraz Odwołującego IV na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kc oraz art. 83 ust 3 ustawy Pzp. W tym zakresie Zamawiający wskazał na sprzeczność oferty z postanowieniami SIWZ. Izba uznała jednak, że formalnie obaj wykonawcy złożyli ofertę zgodnie z postanowieniami SIWZ na trzy części zamówienia. W ocenie Izby działania Odwołującego III oraz Odwołującego IV zmierzały do obejścia zapisów SIWZ w ramach niedozwolonego porozumienia, które stanowiło również czyn nieuczciwej konkurencji, co wyczerpuje dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK.

Wskazać również należy, że potwierdził się podniesiony przez Odwołującego III zarzut w stosunku do wykonawcy Ekoland o braku wykazania realnego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego ZUK Puławy. Argumentacja Izby zawarta w uzasadnieniu wyroku dla spraw o sygn. KIO 2173/15 oraz KIO 2174/15 pozostaje aktualna w stosunku do powyższego zarzut. W ocenie Izby jednakże w wyniku potwierdzenia się tego zarzutu Odwołujący III nie może ponieść żadnej szkody, gdyż w części I i VII Odwołujący Sita złożył ofertę korzystniejszą od Odwołującego III, zaś Odwołujący III nie zakwestionował w żaden sposób zgodności oferty Odwołującego Sita z SIWZ. W części V zaś Odwołujący III złożył ofertę najkorzystniejszą, a tym samym brak nie ma interesu w kwestionowaniu wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w sprawach o sygn. akt KIO 2173/15 oraz KIO 2174/15 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) 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).

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2193/15 oraz 2194/15 orzeczona stosowanie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....