

**Sygn. akt KIO 1143/18**

**WYROK**  
**z dnia 21 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Artur Szmigiel**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2018 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Łódź

przy udziale wykonawcy Remondis Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o. we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Łódź – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi - Sektor Bałuty, Sektor Śródmieście, Sektor Widzew oraz odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na terenie Miasta Łodzi - Sektor Górna, Sektor Polesie w okresie od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2021 r. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich pod numerem 2017/S 229 - 477284 29 listopada 2017 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł odwołanie 8 czerwca 2018 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez naruszenie obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego przez zamawiającego w pkt 5.1.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu;
- art. 7 ust 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez naruszenie obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 opisanej przez zamawiającego w pkt 5.1.3.1 SIWZ oraz naruszenie art 87 ust 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty wykonawcy Remondis Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Remondis Sp. z o. o. i dokonania ponownego badania i weryfikacji ofert oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części

3 (Sektor Widzew) zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że Remondis Sp. z o. o. nie odniósł się do wezwania zamawiającego dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż złożył nowy wykaz wykonanych usług, co należy uznać za modyfikację treści oferty niedopuszczalną w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Podniósł, że brak możliwości uzupełniania oraz udzielenia racjonalnych wyjaśnień na podstawie wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp spowodował, że Remondis Sp. z o.o. po raz kolejny wprowadził w błąd zamawiającego „zastępując wykaz pierwotnie złożony, zawierający usługę prowadzoną na rzecz Miasta Zduńska Wola wykazem, w którym powołuje się na usługi wykonane dla miasta Łodzi, miasta Gdynia oraz miasta Sosnowiec, a doświadczenie wynikające z realizacji tychże usług nie jest doświadczeniem tożsamym z tym, które zostało nabyte przy realizacji zamówienia na rzecz miasta Zduńska Wola”.

Wykonawca Remondis Sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska, przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Odwołujący wywodził, że wykaz złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia nie powinien oceniany przez zamawiającego, gdyż przystępujący w pierwotnie złożonym wykazie wprowadził w błąd zamawiającego wskazując usługi zrealizowane na rzecz miasta Zduńska Wola. Zastąpienie informacji nieprawdziwych informacjami zgodnymi z prawdą jest niedopuszczalne.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Wyrokiem z 30 kwietnia 2018 r. w sprawie KIO 504/18 Izba uwzględniła odwołanie odwołującego w zakresie zarzutu braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w SIWZ w pkt 5.1.3.1 SIWZ i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 3 zamówienia (sektor Widzew) oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty w zakresie części nr 3 zamówienia (sektor Widzew), w tym wezwanie wykonawcy Remondis Sp. z o.o. w Warszawie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w pkt 5.1.3.1. W uzasadnieniu Izba wywiodła, że w wykazie usług Remondis Sp. z o. o. na potwierdzenie spełnienia warunku dla części 3 wskazał

usługę odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wykonywaną w okresie 01.07.2015 do 30.06.2017 realizowaną dla miasta Zduńska Wola, o łącznej masie odebranych odpadów 25 710,08 Mg, w okresie 24 miesięcy. Na podstawie złożonego wykazu usług oraz referencji nie można ustalić, jaka ilość odpadów została odebrana w okresie 12 miesięcy, co jest informacją kluczową dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak tej informacji uniemożliwia ocenę, czy Remondis Sp. z o. o. spełnił warunek udziału w postępowaniu. Izba oceniła, że skoro Remondis Sp. z o. o. nie podał informacji pozwalającej jednoznacznie ustalić, czy spełnił on warunek udziału w postępowaniu, to znaczy, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wykonując orzeczenie Izby unieważnił czynność wyboru oferty przystępującego i pismem z 28 maja 2018 r. wezwał do uzupełnienia dokumentów dotyczących 3 części zamówienia (sektor Widzew) w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wezwał do złożenia wykazu wykonanych usług i wskazał, że z dokumentów złożonych dotychczas nie wynika, jaka ilość odpadów została odebrana w okresie 12 miesięcy. Zamawiający oświadczył, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się usługą/usługami odpowiadającą/odpowiadającymi sumie wartości Mg wymaganych dla części 3 zamówienia. Usługi nie mogą się powtarzać z usługami wykazanim dla części 1 zamówienia.

W odpowiedzi udzielonej pismem z 29 maja 2018 r. przystępujący złożył nowy wykaz usług, w którym nie powołał usługi realizowanej na rzecz miasta Zduńska Wola, lecz usługi wykonane dla miasta Łodzi, miasta Gdynia oraz miasta Sosnowiec. Załączył również dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług.

Zamawiający ocenił złożone oświadczenia i dokumenty i pismem z 1 czerwca 2018 r. poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w części 3 postępowania, co stało się podstawą do wniesienia rozpoznawanego odwołania.

Wskazanych ustaleń Izba dokonała na podstawie powołanych pism i dokumentów.

Izba odmówiła zaliczenia w poczet materiału dowodowego wykazu wykonanych usług z 21 grudnia 2015 r. złożonym w innym postępowaniu prowadzonym wcześniej przez zamawiającego. Teza dowodowa, że przystępujący powołuje różne usługi w zależności od okoliczności faktycznych, nie ma żadnego związku z rozpoznawanymi zarzutami.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. Przepis ten *in initio* nakazuje odrzucenie odwołania wniesionego wobec czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu. Dostrzec należy, że czynnością nakazaną

zamawiającemu przez Izbę wyrokiem w sprawie KIO 504/18 było unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Badane odwołanie dotyczy natomiast skutków czynności uzupełnienia – dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych oświadczeń i dokumentów oraz będącego jej następstwem ponownego wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Przedmiotem odwołania jest zatem nowa czynność w postępowaniu – wybór najkorzystniejszej oferty oraz nowe okoliczności faktyczne i prawne, które nie były objęte wyrokiem Izby. Jest to tym bardziej widoczne, że w wyniku wezwania przystępujący złożył nowy wykaz wykonanych usług, a odwołanie dotyczy dopuszczalności takiego zachowania.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania da odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów. Odwołanie nie zawierało zarzutu braku możliwości oceny nowego wykazu złożonego przez przystępującego z tego powodu, że składając wcześniejszy wykaz przystępujący wprowadził w błąd zamawiającego, co oznacza obowiązek wykluczenia go z postępowania bez kierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zarzut odwołanie konstytuują okoliczności faktyczne i prawne, a wskazane okoliczności nie zostały ujęte w odwołaniu. Samo ogólne wskazanie przez odwołującego, że przystępujący wprowadził w błąd zamawiającego nie oznacza podniesienia zarzutu.

Odwołanie okazało się niezasadne.

Izba zważyła, że odwołujący nie kwestionuje zgodności usług wskazanych w nowym wykazie z wymaganiami zamawiającego. W tej sytuacji kwestią wymagającą oceny jest jedynie możliwość oceny przez zamawiającego nowego wykazu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy powodem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp były informacje dotyczące usług wskazanych w wykazie złożonym wcześniej w trybie art. 26 ust. 1 Pzp.

Izba uznała czynność zamawiającego polegającą na przyjęciu nowego wykazu do oceny za prawidłową. Dostrzec trzeba, że przystępujący w obu wykazach powołał usługi wykonane przez siebie konsekwentnie utrzymując, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Uchybienie popełnione przez przystępującego polegało na tym, że wskazana pierwotnie usługa wykonana na rzecz miasta Zduńska Wola nie precyzowała wymaganej przez zamawiającego ilości odpadów odebranych w okresie 12 miesięcy. Potwierdziła to Izba w wyroku w sprawie KIO 504/18 nakazując zamawiającemu wezwanie przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten – w zakresie dotyczącym rozpoznawanego odwołania - stanowi, że jeżeli oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia w terminie przez siebie wskazanym. Powołana norma prawna nie odnosi się do granic, w jakich to uzupełnienie lub poprawienie może nastąpić, co powoduje, że odpowiedzi na zagadnienia dotyczące zakresu uzupełnienia należy poszukiwać w orzecznictwie.

Wbrew twierdzeniom odwołującego pogląd zawarty w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości UE nie zawiera generalnego zakazu powołania przez wykonawcę dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonanych przez siebie umów, które nie zostały wskazane pierwotnie.

Wyroki TSUE dotyczą konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych, w związku z czym stosowanie zawartych w nich dyrektyw w całości w innych stanach faktycznych powinno następować z dużą ostrożnością, zwłaszcza w sytuacji, gdy dana kwestia jest normowana przez przepis prawa krajowego.

Wyrok z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (Archus et Gama) w zakresie dotyczącym zarzutów odwołania ma za przedmiot możliwość uzupełniania oferty, gdy zamawiający wymagał złożenia próbki. W wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt) TSUE sprzeciwił się takiemu uzupełnianiu dokumentów warunkujących tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie oraz związany z tym wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia (pkt 30). Trybunał doprecyzował, że dotyczy to sytuacji, gdy po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia (pkt 45).

W badanej sprawie taka zmiana oferty nie nastąpiła, gdyż przystępujący powołał się na realizację usług wykonanych przez siebie. Tożsamość podmiotu, który wykona zamówienie nie uległa zmianie, tym samym czynność uzupełnienia dokonana zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp nie przekroczyła granic wyznaczonych przez orzeczenie C-

387/14.

Skoro odwołujący nie kwestionuje zgodności nowopowołanych usług z wymaganiami zamawiającego, uznać trzeba, że potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Skoro przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. Zawarte w tym przepisie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nie są zachowane, jeśli zamawiający inaczej traktuje wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji, innymi słowy w zależności od tożsamości wykonawcy różnicuje konsekwencje takiego samego stanu faktycznego lub prawnego, w jakim znajdują się wykonawcy. Sytuacja taka nie miała miejsca w badanym postępowaniu.

Zamawiający nie naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jakkolwiek TSUE pod pojęciem oferty rozumie zarówno informacje dotyczące świadczenia oferowanego przez wykonawcę, jak okoliczności dotyczące wykazania zdolności do wykonania zamówienia, to na gruncie ustawodawstwa polskiego kwestie te są traktowane oddzielnie. Przedmiotem sporu w badanym odwołaniu jest aspekt podmiotowy, wykazanie przez przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie zgodność oferowanego przez niego świadczenia z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego, do czego referuje art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....