

Sygn. akt: KIO 1061/15

## WYROK

z dnia 9 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Luiza Łamejko

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Komunalna Sp. z o.o., AVR Sp. z o.o. i M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI”, ul. Kościelna 7, 32-620 Brzeszcze** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Batorego 24, 34-120 Andrychów**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Komunalna Sp. z o.o., AVR Sp. z o.o. i M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI”, ul. Kościelna 7, 32-620 Brzeszcze** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Komunalna Sp. z o.o., AVR Sp. z o.o. i M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI”, ul. Kościelna 7, 32-620 Brzeszcze** na rzecz **Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Batorego 24, 34-120 Andrychów** kwotę **4 235 zł 49 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście trzydzieści pięć złotych czterdzieści dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie Izby oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych przez mieszkańców w Gminie Andrychów. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2015 r. pod nr 2015/S 058-102122.

W dniu 21 maja 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Komunalna Sp. z o.o., AVR Sp. z o.o. i M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” (dalej: „odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Andrychowski Zakład Komunalny Spółka z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o. o. (dalej: „Konsorcjum Andrychowski-EMPOL”), pomimo że wykonawcy ci nie potwierdzili spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), tj. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania,
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL, pomimo że Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 SIWZ, tj. posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zadania,
- zaniechaniu wezwania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL do złożenia wyjaśnień w zakresie usług wykazanych w załączniku nr 7 do SIWZ („Wykazie usług”),
- zaniechaniu wezwania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL do uzupełnienia oferty poprzez uzupełnienie jej o oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. załącznik nr 7 do SIWZ („Wykaz usług”),
- zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Andrychowski-EMPOL, pomimo że Konsorcjum

nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 oraz rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 SIWZ,

- zaniechaniu uznania oferty Konsorcjum Andrychowski-EMPOL za odrzuconą,
- zaniechaniu wykluczenia z postępowania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL, które złożyło w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwą informację, mającą wpływ na jego wynik, w zakresie spełniania warunków postępowania określonych w SIWZ, tj. posiadania wymaganych prawem uprawnień niezbędnych dla realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia oraz posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zadania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Andrychowski-EMPOL nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ oraz rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 SIWZ, tj. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, który zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Konsorcjum Andrychowski-EMPOL spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ, pomimo tego, iż wykonawcy nie są RIPOKI-em, ani nie przedstawili umowy z RIPOK-iem dla Regionu Zachodniego województwa małopolskiego w zakresie niezbędnym dla przetwarzania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania,
- art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Konsorcjum Andrychowski-EMPOL spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 SIWZ, podczas gdy w rzeczywistości wykonawcy nie wykazali się spełnieniem określonych tam warunków,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Andrychowski-EMPOL z postępowania z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ oraz rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 SIWZ,
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum Andrychowski-EMPOL za odrzuconą z uwagi na fakt, iż ww. Konsorcjum podlegało wykluczeniu z postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy, który złożył w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwe informacje o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ oraz

rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 SIWZ, a mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

a z ostrożności procesowej:

- art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL do złożenia wyjaśnień w zakresie treści przedłożonego wraz z ofertą załącznika nr 7 do SIWZ („Wykaz usług”),
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. załącznika nr 7 do SIWZ („Wykaz usług”).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Odwołujący odnosząc się do badania przez zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL w zakresie spełniania warunku opisanego przez zamawiającego w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ wskazał na art. 36 ust. 5 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 ze zm.), jak też na art. 91 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.), z którego wynika, jak zauważył odwołujący, że „przedmiotem regulacji art. 91 ust. 1 u.c.p.g. są umowy zawierane przez prowadzącego regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości w ramach, wyznaczonego w wojewódzkim planie gospodarki odpadami, regionu gospodarki odpadami komunalnymi. Przedmiotem takiej umowy jest zagospodarowanie trzech rodzajów odpadów: 1) zmieszanych odpadów komunalnych, 2) odpadów zielonych, 3) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Zawarcie umowy jest obowiązkiem prowadzącego instalację” (Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz - Radecki W., Wolter Kluwer 2012)”.

Odwołujący z powyższego wywiódł, iż w sytuacji, gdy nie jest się RIPOK-iem (a takiego statusu nie posiada, jak zauważył odwołujący, w zakresie składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych instalacja w Choczni ul. T. Kościuszki 304 - stosownie do uchwały sejmiku województwa małopolskiego Nr VII/1111/15 z dnia 30 marca 2015 r. w sprawie zmiany uchwały nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 roku w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”), a czego wymagał zamawiający w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ, Konsorcjum Andrychowski-EMPOL powinno było przedłożyć umowę zawartą z RIPOKIEM obejmującą brakujący zakres odbieranych

odpadów, tj. składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, a w szczególności pozostałości z sortowania odpadów komunalnych (jednym z 6 RIPOK-ów w rej. Zachodnim Woj. Małopolskiego). Zdaniem odwołującego, brak takiej umowy załączonej do oferty jest decydujący dla uznania, iż Konsorcjum Andrychowski-EMPOL nie wykazało spełnienia warunku z rozdziału V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ.

W ocenie odwołującego, oświadczenie złożone przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL wraz z ofertą opatrzone datą 21 kwietnia 2015 r. potwierdza tylko okoliczności podniesione powyżej. Konsorcjum Andrychowski-EMPOL stwierdza bowiem, że „Przedsiębiorstwo Komunalne „EKO” sp. z o. o. z siedzibą ul T. Kościuszki 304, 34-123 Chocznia uzyskało status regionalnej instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów (RIPOK) dla Regionu Zachodniego...”. Natomiast użyte w dalszej części określenie „ZRIPOK”, które zapewne oznaczać ma „instalację zastępczą” dla RIPOKU nie funkcjonuje w przestrzeni prawnej i wykazuje jedynie, iż w zakresie „pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania” Przedsiębiorstwo Komunalne „EKO” sp z o.o. z siedzibą ul. T. Kościuszki 304, 34-123 Chocznia nie jest RIPOKI-em. Dowodzi o tym także uchwała sejmiku województwa małopolskiego nr VII/111/15 z dnia 30 marca 2015 r. w sprawie zmiany uchwały nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 roku w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, gdzie stwierdza się wprost: „Dla Regionu Zachodniego określa się instalacje do składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczone do składowania:

1. Instalacje regionalne:

.....

2. Instalacje przewidziane do zastępczej obsługi regionu do czasu uruchomienia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w przypadku gdy znajdująca się w nich instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn:

2.1. Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Choczni ul. T. Kościuszki 304”.

W opinii odwołującego, skoro Konsorcjum Andrychowski-EMPOL nie przedłożyło jednej z wymaganych prawem umów i nie posiada również statusu RIPOK-u w tym zakresie, to nie spełniło warunku określonego w z rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ. Oczywiście jest

bowiem, zdaniem odwołującego, iż zamawiającemu podczas tworzenia SIWZ nie zależało na okoliczności posiadania statusu RIPOK lub umowy z RIPOKi-em na jakikolwiek rodzaj odpadów, ale odpowiednio osobno dla odpadów zmieszanych, zielonych i składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych tak, by zabezpieczyć odbiór pełnej ich puli. Taki sposób interpretacji SIWZ potwierdzają także faktyczne czynności wykonane w postępowaniu przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL, które zdecydowało się wykazać okolicznością posiadania statusu RIPOK w zakresie odpadów zmieszanych (Chocznia), umową na odbiór odpadów zielonych („KOMAX” sp. z o.o) oraz próbą wykazania w oświadczeniu z dnia 21 kwietnia 2015 r., iż instalacja (zastępcza) w miejscowości Chocznia jest RIPOK-iem składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych (tzw. „ZRIPOK”).

Z uwagi na powyższe, za zasadny odwołujący uznał również zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 24 ust 4 ustawy Pzp, a to z uwagi na wybór przez zamawiającego oferty nie spełniającej warunków określonych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ, nie wykluczenie wykonawcy, który nie spełniał warunków określonych w SIWZ, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który został wykluczony z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu także naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na wybór przez zamawiającego oferty nie spełniającej warunków określonych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2. 1 i 2 SIWZ, ponadto również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie spełniał warunków określonych przez zamawiającego w SIWZ, a w konsekwencji nie odrzucenie oferty wykonawcy, który został wykluczony z postępowania.

Jak stwierdził odwołujący, z treści oferty złożonej przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL wynika, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku postawionego w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2.1 i 2 SIWZ. W załączniku nr 7 do SIWZ „Wykazie wykonanych usług” Konsorcjum wskazało tylko nazwę postępowania, ilość odebranych odpadów segregowanych i niesegregowanych, przybliżoną liczbę mieszkańców gminy Limanowa i miasta Gorlice, czas trwania kontraktu, wartość zamówienia brutto i nazwę odbiorcy. Odwołujący zauważył, iż Konsorcjum Andrychowski-EMPOL pominęło najważniejsze z parametrów wymaganych przez zamawiającego, tj. okoliczności, iż w ramach przedmiotowych usług wykonywało usługę - dla odpadów zmieszanych i segregowanych - dla co najmniej 10.000 nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi oraz 20.000 osób zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej (osiedla mieszkaniowe). Brak

informacji podstawowej, a żądanej przez zamawiającego w SIWZ uniemożliwił, w ocenie odwołującego, przesądzenie przez zamawiającego czy Konsorcjum Andrychowski-EMPOL spełnia warunek określony w specyfikacji, a w konsekwencji, dokonanie wyboru oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w trakcie badania kwestionowanej oferty nie zastosowano obligatoryjnych w takich sytuacjach instytucji wskazanych w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, która pozwoliłaby rozwiać wszelkie wątpliwości i przesądzić czy usługa faktycznie byłaby wykonana dla wymaganej ilości mieszkańców i nieruchomości, zaś w sytuacji przeciwnej zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL do uzupełnienia brakujących dokumentów postępowania.

Brak jest możliwości uznania, zdaniem odwołującego, iż Konsorcjum Andrychowski-EMPOL potwierdziło spełnienie postawionego w SIWZ warunku. Oświadczenie złożone w „wykazie usług” dotyczyło bowiem ilości mieszkańców zamieszkujących Gminę Limanowa i Miasto Gorlice, a nie liczby obsługiwanych nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych. Odwołujący wskazał również, że w ramach realizowanej usługi w Gminie Limanowa Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. obsługuje 6.424 gospodarstw (bez wskazania czy są to zabudowania wielo czy jednorodzinne), co potwierdza załączona do odwołania dokumentacja. Natomiast na terenie miasta Gorlice Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. odbiera odpady z 2.800 domów jednorodzinnych oraz 280 wielorodzinnych, co potwierdzają wyciągi z SIWZ postępowań. Już z tych informacji, jak zauważył odwołujący, można wywieść wniosek, iż nawet gdyby wszystkie gospodarstwa z Gminy Limanowej i Miasta Gorlice zsumować, dałoby to liczbę 9.224 zabudowań jednorodzinnych, co z kolei nie byłoby wystarczającą ilością w stosunku do warunku SIWZ, tj. obsługiwanie 10.000 zabudowań jednorodzinnych. W takiej też sytuacji, choć pozostaje to bez znaczenia z uwagi na niespełnienie pierwszej części warunku (złożonego z dwóch elementów, o czym decyduje spójnik „oraz”), a wykazanej powyżej, trudno uznać za możliwe, by w 280 zabudowaniach wielorodzinnych miasta Gorlic mieszkało ponad 20.000 mieszkańców (przy ogólnej liczbie mieszkańców Gorlic wynoszącej ok. 28.000). Jest to tym bardziej niemożliwie, gdyż jak podkreślił zamawiający, warunek ten zostałby spełniony tylko wówczas, gdyby usługa obejmowała mieszkańców „osiedli mieszkaniowych”, co w realiach Miasta Gorlice wydaje się mało prawdopodobne.

Odwołujący zaznaczył, że Konsorcjum Andrychowski-EMPOL nie udowodniło spełnienia warunku, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż zarzuty odwołującego są zasadne.

Ponadto, odwołujący podniósł zarzut zaniechania wykluczenia przez zamawiającego Konsorcjum Andrychowski-EMPOL na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący



wskazał na złożone przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL oświadczenie stanowiące załącznik nr 2 do SIWZ (Oświadczenie o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) oraz na potwierdzenie spełnienia warunków określonych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ oraz rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 SIWZ przedłożone przez Konsorcjum: 1) kopię uchwały nr LIV/858/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 25 sierpnia 2014 roku i 2) oświadczenie z dnia 21 kwietnia 2015 r., a także 3) załącznik nr 7 do SIWZ („Wykaz wykonanych usług”).

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Andrychowski-EMPOL składając oświadczenie w zakresie warunku wskazanego w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.1.1 SIWZ musiał zdawać sobie sprawę, iż nie jest RIPOK-iem dla Regionu Zachodniego, tj. „instalacją do składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczone do składowania”, a jedynie instalacją zastępczą (dowód-Uchwała sejmiku województwa małopolskiego Nr VII/111/15 z dnia 30 marca 2015 r. w sprawie zmiany uchwały nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 roku w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”). Okoliczność ta wynika, jak wskazał odwołujący, nie tylko z przywoływanej uchwały, ale i oświadczenia z dnia 21 kwietnia 2015 r., w którym Konsorcjum Andrychowski-EMPOL dokonuje wyraźnego rozróżnienia na RIPOK („do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów”) i tzw. „ZRIPOK” - twór faktycznie nie funkcjonujący - dla „pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania”. Zabieg ten, polegający na celowym wprowadzeniu terminu „ZRIPOK” miał, zdaniem odwołującego, służyć wywołaniu złudnego wrażenia, iż również w tym drugim zakresie mamy do czynienia z RIPOK-iem. Wszystko to spowodowane było natomiast tym, iż wraz z ofertą nie przedłożono wymaganej postanowieniami SIWZ umowy na określony zakres odpadów („składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych”).

Odwołujący wskazał, iż okoliczność wystąpienia kluczowej przesłanki dla zastosowania art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. „celowego, zawinionego wprowadzenia w błąd Zamawiającego” należy rozpatrywać również przez pryzmat art. 355 § 1 i 2 kc, który wspomina o „należytej staranności dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej”, którą określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Skoro więc wykonawcy składający się na Konsorcjum Andrychowski-EMPOL są „profesjonalistami” od lat zajmującymi się odbiorem odpadów, posiadającymi jak „EMPOL” instalacje (Tylmanowa, Gorlice, Młyny), to muszą zdawać sobie jednocześnie

sprawę, czym różni się RIPOK od instalacji zastępczej oraz posiadać wiedzę, iż dla „pełnego” odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców zgodnie z treścią art. 6d ust. 4 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z art. 91 tejże ustawy, konieczna jest także umowa zapewniająca odbiór z podmiotem „w zakresie niezbędnym dla przetwarzania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania” lub status instalacji regionalnej (RIPOK-iem) w tym zakresie.

Drugim istotnym elementem świadczącym o istnieniu przesłanek do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest fakt, iż Konsorcjum Andrychowski-EMPOL w załączniku nr 7 do SIWZ dla potwierdzenia spełniania warunków opisanych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 SIWZ wykazał usługi:

- „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Limanowa” za okres od 1.01.2013-31.12.2013, od 1.01.2014-31.07.2014 dla liczby ok. 24.000 mieszkańców,
- „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Gorlice” za okres od 1.01.2012-31.12.2012, od 01.01.2013-31.12.2013 dla liczby ok. 28.000 mieszkańców.

Analiza SIWZ oraz Opisu przedmiotu zamówienia przywołanych postępowań pozwala stwierdzić, zdaniem odwołującego, iż w ramach pierwszego z nich realizowanego dla gminy Limanowa Konsorcjum Andrychowski-EMPOL wykonuje usługę dla 6.424 gospodarstw, co potwierdza załączona do niniejszego odwołania dokumentacja. Natomiast w ramach usługi wykonywanej przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. w mieście Gorlice, obsługiwane jest 2.800 domów jednorodzinnych oraz 280 wielorodzinnych, na dowód czego odwołujący przedłożył SIWZ postępowań. Z dokumentów tych jednoznacznie wynika, jak wskazał odwołujący, że Konsorcjum Andrychowski-EMPOL nie tylko nie spełniło warunku postawionego przez zamawiającego, ale i podało nieprawdziwe informacje, niezgodne ze stanem wynikającym z dokumentów przetargowych, poprzez zawyżenie ilości obsługiwanych nieruchomości (jedno i wielorodzinnych). Tym samym, spełniona została pierwsza z przesłanek wynikająca z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli tzw. „nieprawdziwa informacja”. W konsekwencji podania „nieprawdziwej informacji” Konsorcjum Andrychowski-EMPOL skutecznie doprowadziło - decyzją zamawiającego - do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w dniu 14 maja 2015 r., spełniając kolejną, drugą z przesłanek normy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp „informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania”. Wreszcie dla możliwości zastosowania przywoływanej regulacji musi być spełniona ostatnia - trzecia z przesłanek, tylko bowiem

kumulatywne wystąpienie trzech ze wspomnianych przesłanek uprawnia do wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę na „rażące niedbalstwo” Konsorcjum Andrychowski-EMPOL przy wykazywaniu spełnienia warunku z rozdziału V pkt 1 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 SIWZ. Odwołujący wskazał, że partner konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. jest obecny na rynku limanowskim i gorlickim od kilku lat, co poświadczają liczne usługi realizowane na tym terenie. Okoliczność kilkuletniej realizacji usługi odbioru odpadów od mieszkańców zarówno gminy Limanowa jak i miasta Gorlice sprawia, iż wykonawcy musi być znana realna liczba gospodarstw na terenie realizowanej usługi. Wynika to chociażby z faktu, iż każdorazowo przystępując do postępowania organizowanego przez tych dwóch zamawiających, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. - celem właściwego skalkulowania oferty - musiała dysponować konkretną liczbą domostw i mieszkańców zamieszkujących dany obszar. Okoliczność tę potwierdzają zarówno SIWZ przedmiotowych postępowań, opisy przedmiotu zamówienia, a także, jak w przypadku Gminy Limanowa, załączniki do umów. Drugim z czynników obciążających wykonawcę jest fakt, że każdy z operatorów usług komunalnych zobowiązany jest, stosownie do brzmienia ustawy odpadach oraz rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 15 maja 2012 r. w sprawie wzorów sprawozdań o odebranych odpadach komunalnych, odebranych nieczystościach ciekłych oraz realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi (Dz. U. z dnia 5 czerwca 2012 r.), do składania sprawozdań, które zawierają m.in. ilość mieszkańców czy gospodarstw, z których odbierane są odpady. Tym samym, jak zauważył odwołujący, trudno przypuszczać, by wykonawca usługi nie zdawał sobie sprawy z ilości obsługiwanych mieszkańców, domów jednorodzinnych czy wielorodzinnych (jak wskazał zamawiający „osiedli”) skoro wartości te wykazywał w sprawozdaniach.

Z uwagi na powyższe, biorąc pod uwagę dyspozycję art. 355 § 1 i 2 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp odwołujący uznał, iż przedłożenie przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL „wykazu usług” dla tych wykonywanych w Limanowej i Gorlicach, kwalifikuje się przynajmniej z uwagi na „rażące niedbalstwo” wykonawcy do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Andrychowski-EMPOL,
- powtórzenia badania czynności złożonych ofert,
- wykluczenia z postępowania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL,
- uznania za odrzuconą ofertę Konsorcjum Andrychowski-EMPOL,

- wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,

a z ostrożności procesowej :

- nakazania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL złożenia wyjaśnień w zakresie treści przedłożonego wraz z ofertą załącznika nr 7 do SIWZ („Wykaz usług”),

- nakazania wezwania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. załącznika nr 7 do SIWZ („Wykaz usług”).

W dniu 28 maja 2015 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL, pisma Konsorcjum Andrychowski-EMPOL z dnia 25 maja 2015 r. wraz z załącznikami, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Izba nie zgodziła się z tezą zamawiającego, iż odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia z uwagi na okoliczność, iż cena zaoferowana przez odwołującego przewyższa kwotę, jaką może przeznaczyć zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż zwiększenie tej kwoty, w sytuacji, gdyby to oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, nie byłoby możliwe.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję

art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący nie wykazania przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL spełnienia warunku dotyczącego uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności tj. braku umowy z RIPOK-iem obejmującej składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, a w szczególności pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę, iż zakres działalności polegającej na składowaniu odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, a w szczególności pozostałości z sortowania odpadów komunalnych nie był objęty przedmiotem zamówienia, o czym świadczy modyfikacja treści SIWZ dokonana przez zamawiającego w dniu 24 marca 2015 r. (pkt 4 modyfikacji) polegająca na usunięciu obowiązku przekazywania do RIPOK pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Ponadto, z treści art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach wynika, iż RIPOK nie musi zapewniać składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych – alternatywa zawarta pomiędzy poszczególnymi punktami wskazuje, iż dany RIPOK może spełniać tylko część funkcji opisanych w tym przepisie.

Wobec braku wymagania w tym zakresie zawartego w SIWZ, a także mając na uwadze art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uznania za zasadny zarzutu niewłaściwego zbadania przez zamawiającego spełnienia przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień.

Za zasługujący na uwzględnienie Izba uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przy badaniu oferty złożonej przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W przedmiotowej sprawie bezsporne między stronami jest, iż złożony wraz z ofertą przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL załącznik nr 7 do SIWZ Wykaz wykonanych usług nie potwierdzał w sposób nie budzący wątpliwości spełnienia przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Istotnie, jak zauważył odwołujący, złożone w przedmiotowym wykazie oświadczenie nie zawierało informacji o liczbie obsługiwanych nieruchomości oraz osobach zamieszkujących w zabudowie wielorodzinnej.

Brak ten jednak został przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL uzupełniony – wraz z pismem z dnia 25 maja 2015 r. Konsorcjum Andrychowski-EMPOL przekazało poprawiony Wykaz wykonanych usług. Działanie Konsorcjum Andrychowski-EMPOL Izba uznała za uprawnione, wobec wystosowanego przez zamawiającego wezwania z dnia 22 maja 2015 r. Złożony w dniu 25 maja 2015 r. Wykaz wykonanych usług zawiera niezbędne informacje i w pełni potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, co potwierdził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Bez znaczenia dla oceny prawidłowości postępowania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL pozostaje okoliczność, iż przedmiotowy wykaz datowany jest na dzień 25 maja 2015 r., bowiem w swej treści potwierdza on spełnianie warunku na dzień składania ofert (wszystkie z wymienionych usług zakończyły się przed terminem składania ofert).

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, iż znalazł potwierdzenie podniesiony przez odwołującego zarzut dotyczący nieprawidłowości w badaniu oferty Konsorcjum Andrychowski-EMPOL w zakresie wykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie, zaistniałe po dacie wniesienia odwołania okoliczności, tj. wezwanie wystosowane przez zamawiającego do Konsorcjum Andrychowski-EMPOL, a także uzupełnienie dokumentów przez ww. wykonawców, skutkują brakiem wpływu stwierdzonych uchybień na wynik postępowania. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, dlatego Izba nie mogła pominąć dokonanego przez wykonawcę uzupełnienia dokumentów.

Z uwagi na powyższe, za zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług, jednak z uwagi na wykonanie tej czynności przez zamawiającego w dniu 22 maja 2015 r., zasadność tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Nie potwierdził się zarzut złożenia przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych (m.in. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12) ugruntowany jest pogląd, iż art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie wówczas, gdy złożenie nieprawdziwych informacji jest wynikiem celowego, zamierzonego zachowania wykonawcy, działającego z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia.

O zaistnieniu podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie można mówić w zakresie warunku dotyczącego uprawnień do wykonywania określonej działalności bądź czynności, skoro SIWZ nie zawierała wymagania posiadania statusu RIPOK czy umowy z RIPOK-iem dla składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, a w szczególności pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, o czym była mowa powyżej.

W ocenie Izby, brak jest też podstaw do uznania, że Konsorcjum Andrychowski-EMPOL podało nieprawdziwe informacje w zakresie wykazywanych przez to Konsorcjum zamówień na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W pierwotnym wykazie wykonanych usług złożonym przez Konsorcjum Andrychowski-EMPOL brak jest danych wymaganych przez zamawiającego dotyczących liczby obsługiwanych nieruchomości oraz liczby osób zamieszkujących w zabudowie wielorodzinnej. W przedmiotowym stanie faktycznym, wobec braku ww. informacji w złożonym wykazie, brak jest uzasadnionych podstaw do twierdzenia, iż celem takiego działania Konsorcjum Andrychowski-EMPOL było wprowadzenie zamawiającego w błąd, na skutek którego wykonawca mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie. W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie można mówić jedynie o nie wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zaś o złożeniu nieprawdziwych informacji. Powyższe otwiera okoliczność, iż na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum Andrychowski-EMPOL złożyło poprawiony wykaz, z którego wynika, że posiada wymagane przez zamawiającego wiedzę i doświadczenie.

Z uwagi na powyższe, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Biorąc za podstawę § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) Izba uwzględniła wniosek zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie Izby oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w łącznej kwocie 4 235 zł 49 gr, zgodnie z przedłożonymi rachunkami.

**Przewodniczący:** .....