

Sygn. akt: KIO 1608/17

POSTANOWIENIE
z dnia 16 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego **w dniu 16 sierpnia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę **AVR sp. z o.o., ul. J. Dietla 93/4, 31-031 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto i Gmina Olkusz, Rynek 1, 32-300 Olkusz**

przy udziale wykonawcy **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ul. Kluczevska 2, 32-300 Olkusz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AVR sp. z o.o., ul. J. Dietla 93/4, 31-031 Kraków** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „System gospodarki odpadami komunalnymi - wywóz odpadów” nr sprawy OA.271.2.38.2017, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 123-250881 z 30.06.2017 r., przez Miasto i Gmina Olkusz, Rynek 1, 32-300 Olkusz zwany dalej: „Zamawiającym”. W dniu 24.07.2017 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 2 (faxem).

W dniu 03.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) AVR Sp. z o.o., ul. J. Dietla 93/4, 31-031 Kraków zwany dalej: „AVR Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniosło odwołanie na w/w czynność z 24.07.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 02.08.2017 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1. art. 38 ust. 1, w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, poprzez nadużycie instytucji wyjaśniania treści SIWZ i jego modyfikację w sposób niezgodny z treścią Ustawy, gdzie Zamawiający obliuguje do osobistego wykonania zamówienia przez członków Konsorcjum w sytuacji gdy w SIWZ brak jest takiego zastrzeżenia, regulując bez wyraźnej potrzeby uzasadnionej przedmiotem postępowania wewnętrzne stosunki między konsorcjantami;
2. art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 22 ust 1, 4 i 5 Pzp, poprzez postawienie nadmiernego i nieuzasadnionego warunku realizacji zamówienia publicznego, co skutkuje ograniczeniem dostępu do rynku lokalnego odbioru i transportu odpadów;
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nieuprawnione i nieuzasadnione wymaganie osobistego świadczenia przez członka konsorcjum wykazującego się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co prowadzi do ograniczenia dostępu rynku lokalnego podmiotów trzecich, w szczególności zaś podmiotów zagranicznych, wypaczając tym samym istotę Konsorcjum. Wnosił o:

1. pozostawienie warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego oraz jego realizacji, dla podmiotów składających ofertę jako Konsorcjum, w formie i na zasadach określonych pierwotnie, tj. z okresu przed udzieleniem odpowiedzi na pytania Wykonawców.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 1, w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp. Jedną z podstawowych instytucji mających na celu usprawnić przebieg

postępowania, jest ta o której mowa w art. 38 ust. 1 pzp, czyli instytucja zadawania pytań i składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ i dokumentacji przetargowej. Za pośrednictwem wskazanego instrumentu Wykonawcy mogą dookreślać i doprecyzować niejasne i niejednoznaczne postanowienia dokumentów przetargowych. (por. *Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.01.2015 r. sygn. akt KIO 77/15*). Umiejętne korzystanie z możliwości zadawania pytań Zamawiającemu, jak też wnoszenia o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ, pozwala niejednokrotnie wykluczyć liczne omyłki, jak też rozbieżności, które na etapie badania ofert mogłyby wykluczyć możliwość ich porównania. Instytucja, której zasady funkcjonowania są w założeniu dobre, może przy odpowiednim wykorzystaniu ulec wypaczeniu i poprzez nadużycia doprowadzić do naruszenia podstawowych zasad rządzących postępowaniem. Takiego nieuprawnionego zastosowania dopuścił się Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, niewłaściwie stosując przepisy Pzp w kilku płaszczyznach. W pierwszej kolejności, należy zwrócić uwagę, iż sam wniosek kierowany do Zamawiającego został sformułowany w sposób nieprawidłowy. Wyjaśnieniu powinien podlegać konkretny fragment specyfikacji z którego potencjalny Wykonawca może wywodzić skutki prawne, tymczasem w zaskarżonym przypadku miał on charakter zupełnie abstrakcyjny i nieznaający poparcia w żadnym z widniejących dotychczas zapisów SIWZ. Zamawiający jednoznacznie określił warunki (w zakresie wiedzy i doświadczenia) udziału w postępowaniu Wykonawców składających ofertę indywidualnie, jak też co do tych wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

„[...] Warunek udziału w postępowaniu dotyczący niezbędnej wiedzy i doświadczenia, musi być spełniony:

3.1 przez Wykonawcę samodzielnie

3.2 przez minimum jeden podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie (podwykonawcę) samodzielnie; a w przypadku podmiotów występujących wspólnie, samodzielnie przez minimum jednego z wykonawców występujących wspólnie [...]”.

Zapis specyfikacji jest klarowny, jak też zwięzły w swej treści nie pozostawiając miejsca na ewentualne rozbieżności interpretacyjne. Zamawiający jasno określił jakie są jego wymagania w stosunku do potencjalnych Wykonawców, nie wprowadzając w tym zakresie dodatkowych rygorów. Mimo tak ukształtowanej treści SIWZ, do Zamawiającego wpłynął wniosek o jego wyjaśnienie w zakresie jak wskazano poniżej:

„Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w oparciu o zasoby tylko jednego z podmiotów występujących wspólnie, do realizacji usług odbioru i transportu odpadów zobligowany będzie w szczególności podmiot wykazujący doświadczenie oraz że podmiot ten będzie musiał legitymować się zezwoleniem na transport oraz wpisem do rejestru działalności regulowanej, zgodnie z rozdz. V pkt 2.1 SIWZ”.

Zauważył, że Wnioskodawca posłużył się zwrotem „*prosimy o potwierdzenie*” co przy wykładni literalnej tego zapisu, prowadzi do konkluzji, iż w specyfikacji znajdują się zapisy które nakazują lub mogą nakazywać, osobiste wykonanie zamówienia przez podmiot spełniający wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia, czy też prowadzą w opisanym zakresie, do powstania stanu niepewności wśród Wykonawców. Natomiast, jak przytoczono powyżej, warunek ma treść niezwykle lakoniczną i nie może być rozumiany w sposób w jaki przedstawił to Wnioskujący. Zamawiający nie stawia w tym miejscu żadnych dodatkowych wymagań, jak też nie dokonuje podziału wewnątrz konsorcjum, Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przypisując im konkretne role przy jego realizacji. Wobec takiego zapisu specyfikacji nie sposób wskazać na jakąkolwiek wątpliwość, która wymagałaby reakcji ze strony Zamawiającego, a której to pozostawienie doprowadziłoby do komplikacji przy wyborze najkorzystniejszej oferty lub uniemożliwienia realizacji zamówienia. Oczywiście Zamawiający winien kreować postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego w sposób który zapewni realizację jego konkretnych potrzeb, jednak, jak wynika z cytowanych zapisów taka potrzeba nie istniała na moment publikacji ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu. Odwołujący w żaden sposób nie może doszukać się przyczyny nagłej zmiany stanowiska Zamawiającego. Tym bardziej, iż Zamawiający w czerwcu bieżącego roku prowadził analogiczne postępowanie pn.: „*System gospodarki odpadami komunalnymi - wywóz odpadów*” znak sprawy OA.271.2.19.2017 unieważnione dnia 13.06.2017 r. Zamawiający nie stawiając początkowo żadnych dodatkowych wymagań przed Wykonawcami działającymi w formie konsorcjum, postanowił znacząco zaostrzyć kryteria, celem jak sądzi Odwołujący, nieuzasadnionego ograniczenia liczby podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Odwołujący odniósł się negatywnie do takiego działania Zamawiającego, zarówno wobec podnoszonego faktu braku rozbieżności specyfikacji, ale też nieuzasadnionego zaostrzenia wymagań względem potencjalnych konsorcjantów. Cytowany już wniosek nie zawierał żadnego szczególnego uzasadnienia merytorycznego, które winno zwrócić uwagę Zamawiającego i skłonić go do udzielenia kwestionowanej odpowiedzi. Na co warto zwrócić uwagę, w specyfikacji do uprzedniego postępowania w zakresie pkt. V również brak szczegółowych wymogów w zakresie realizacji zamówienia przez członków konsorcjum, natomiast zapis SIWZ obecnego postępowania stanowi kopię zapisu z postępowania unieważnionego. Zgodnie z wyrokiem KIO z 21.12.2015 r. sygn. akt KIO 2676/15 „*[...]Zasadą wynikającą z przepisów p.z.p. jest, iż jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, na zasadzie przepisu art. 23 p.z.p., może ubiegać się o udzielenie zamówienia w konsorcjum, w ten sposób, że każdy z uczestników konsorcjum spełnia w określony sposób wymagania zamawiającego, tworząc całościowo obraz wykonawcy, który w każdym elemencie potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wyłączeniem od powyższej zasady może być okoliczność, że zamawiający w przypadku skomplikowanego*

i na tyle istotnego przedmiotu zamówienia może ustanowić warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do każdego uczestnika konsorcjum. Jest to jednakże okoliczność wyjątkowa i na tyle specyficzna, że musi być poparta określoną argumentacją i dowodami[...]". W omawianym przypadku nie sposób odnaleźć szczególne wymagania względem członków konsorcjum, jak też przesłanki do zakwalifikowania niniejszego postępowania jako szczególnego, czy też wyjątkowego. /Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia postępowania prowadzonego pn. „System gospodarki odpadami komunalnymi - wywóz odpadów” znak sprawy OA.271.2.19.2017 i „System gospodarki odpadami komunalnymi - wywóz odpadów” znak sprawy OA.271.2.38.2017/. W poprzednim postępowaniu, pomimo zadawania licznych pytań, żadne nie było ukierunkowane na problem realizacji zamówienia w formie konsorcjum, jak też sam Zamawiający nie widział potrzeby uszczegóławiania dokumentacji w tym zakresie. /Dowód: Pytania do Zamawiającego złożone w postępowaniu „System gospodarki odpadami komunalnymi - wywóz odpadów” znak sprawy OA.271.2.19.2017/.

Podkreślił, Zamawiający na skutek udzielenia odpowiedzi na pytanie 2, doprowadził także do powstania istotnej rozbieżności, możliwej do uchwycenia na etapie realizacji zamówienia. W pkt Vb, zarówno obecnego postępowania, jak i uprzedniego (unieważnionego), Zamawiający nie przewidział możliwości wynikającej z art. 36a ust 2 Pzp i nie zastrzegł do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia. Mając na względzie taką regulację, należy podnieść, że podwykonawstwo jest w tym przypadku dopuszczalne w nieograniczonym zakresie. „Zasadą jest możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom (art. 36a ust 1 pzp). Wykonawca może korzystać z tego uprawnienia w sposób dowolny, chyba, że Zamawiający ograniczy taką możliwość (art. 36a ust. 2 pzp). Skoro więc ustawodawca nie ustanawia obowiązku osobistego świadczenia przez Wykonawcę, a odstępowanie od tej zasady musi wynikać z podjętych przez Zamawiającego decyzji, intencje w tym przedmiocie muszą być wyrażone w sposób precyzyjny i jednoznaczny” (vide: wyrok KIO z 22.12.2014 r. sygn. akt KIO 2593/14).

Wobec takiej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej i zapisów SIWZ, Wykonawca który podpisze umowę z Zamawiającym, może powierzyć całość zamówienia podwykonawcy i jego działanie nie będzie sprzeczne z przepisami i specyfikacją, jednak doprowadzi do powstania niespójności pomiędzy wyjaśnieniami Zamawiającego, a wymaganiami określonymi w SIWZ. Z jednej strony Wykonawca który wykaże się spełnianiem warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, będzie zobligowany do osobistego wykonania czynności z zakresu odbioru i transportu odpadów, z drugiej będzie miał prawo skorzystać z pomocy podwykonawców w nieograniczonym zakresie, co wykluczy jego faktyczny udział na etapie realizacji usługi. Wykonawca korzystając z uprawnień przyznanych mu przez Zamawiającego (podwykonawstwo) pozostanie jednocześnie w opozycji do

wyjaśnień treści SIWZ. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający poprzez nadużycie przepisów, dokonał mimowolnej modyfikacji treści SIWZ, bez ich formalnego wprowadzenia do dokumentacji zamieszczonej w Biuletynie Informacji Publicznej. Jak wskazano w wyroku z dnia 23.06.2016 r. sygn. akt KIO 736/16 „[...] Niedopuszczalne jest uzupełnianie opisu przedmiotu zamówienia w drodze zadawania pytań o wyjaśnienie treści SIWZ, gdyż różne są cele instytucji opisanych w art. 29 ust. 1 i 38 ust. 1 p.z.p. [...]”. Zamawiający odpowiadając w przedmiotowy sposób, w zależności od swoich intencji, doprowadził do nieuprawnionej zmiany treści SIWZ lub do powstania sprzeczności mogącej uniemożliwić skorzystanie z wszystkich uprawnień przysługujących Wykonawcy w oparciu o Pzp. Kończąc podniósł, iż Zamawiający poprzez takie działanie wypacza istotę konsorcjum, którą jest wspólny start Wykonawców dla łącznego wykorzystania dostępnego potencjału. Przedmiotowa możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez kilku Wykonawców została w sposób zasadniczy ograniczona, pomimo braku istnienia realnej potrzeby Zamawiającego w tym zakresie, jak też braku powołania właściwej podstawy prawnej.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 22 ust 1, 4 i 5 Pzp. W kontekście argumentacji przedstawionej w zakresie pierwszego zarzutu, należy zwrócić uwagę na dodatkowy aspekt, mianowicie kwestię *de facto* kreowania warunków jakie musi spełnić Wykonawca celem wzięcia udziału w postępowaniu i prawidłowej realizacji Umowy. Wobec argumentacji jaką Odwołujący przedstawił w pkt 2 Odwołania, nie można dopatrzeć się żadnych realnych i obiektywnych przyczyn dla której warunki „startu” w postępowaniu w formie konsorcjum, miałyby zostać zastrzone poprzez postawienie wymogu osobistego wykonania przedmiotowej usługi, zwłaszcza, że w przypadku złożenia oferty przez jeden podmiot taki rygor odpada. Usługa co do której ma zostać udzielone zamówienie publiczne nie ma szczególnego czy też precedensowego charakteru, jest usługą, która już uprzednio była wykonywana na terenie Gminy Miasta Olkusz i która jest świadczona w analogicznych warunkach na terenie całego kraju. Co za tym idzie należy podnieść, że wobec braku „wyjątkowości” warunków w jakich przyjdzie działać potencjalnemu Wykonawcy, wymóg osobistego wykonania przez podmiot legitymujący się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem jest wymogiem nadmiernym, który skutecznie ogranicza dostęp do rynku odbioru i transportu odpadów co tym samym stanowi naruszenie art. 7 Pzp.

Oдноśnie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego są te o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, tj. zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego zasadnym jest, aby w pierwszej kolejności wyjaśnić na czy może polegać naruszenie cytowanych zasad, aby przenieść je na kanwę niniejszego postępowania.

Pomocny w tym przypadku jest art. 3 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*
- 2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, **utrudnianie dostępu do rynku**, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym”.*

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, właśnie poprzez ograniczenie dostępu do rynku, którym jest rynek odbioru odpadów na terenie Gminy Olkusz. W uchwale KIO z 19.05.2016 r. sygn. akt KIO/KD 34/16 wskazano: „Naruszenie zasad uczciwej konkurencji może nastąpić nie tylko bezpośrednio poprzez wskazanie konkretnego produktu lub wykonawcy, ale także przez takie dokonanie opisu, które umożliwi dostęp do zamówienia jednemu lub kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie”. W niniejszym postępowaniu poprzez nieuprawnioną i niezgodną z prawem wykładnię przepisów SIWZ, dokonywaną przy użyciu instytucji wyjaśnienia treści SIWZ, Zamawiający postanowił ograniczyć dostęp do rynku podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a przynajmniej w sposób zasadniczy utrudnić proces konstruowania potencjalnego konsorcjum. Zgodnie z uchwałą KIO z dnia 23 lipca 2014 r. sygn. akt KIO/KU 62/14 „Istotą konsorcjum jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu, a warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum”. Natomiast w wyroku z dnia 06.02.2014 r. sygn. akt KIO 131/14, Izba postanowiła wskazać na cel i okoliczności uzasadniające byt konsorcjum, tj. „[...] Wymogi w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego mają na celu wybranie przez zamawiającego wykonawcy, który gwarantuje realizację zamówienia na oczekiwanym poziomie. Wykonawcy, którzy istnieją na danym rynku od niedawna winni "szukać swojej szansy" m.in. w zawiązywaniu konsorcjum [...]”. Co za tym idzie, oczywistym wydaje się łączenie potencjałów podmiotów będących krócej na rynku z podmiotami mogącymi wykazać

się większym doświadczeniem. W niniejszym postępowaniu (przykładowo) AVR sp. z o.o. może wykorzystać swoją obecność na rynku lokalnym, dostępność bazy magazynowo - transportowej, jak też pojazdów spełniających wymogi emisji spalin EURO V i VI. Spółka posiada jednocześnie szeroka kadrę pracowników, tak szeregowych, jak i zarządzających. Dla spełnienia wymogów „stratu” w postępowaniu może posiłkować się doświadczeniem „spółki matki” AVR S.p.A.

Podkreślił, iż udział AVR S.p.A. na etapie realizacji zamówienia może przybierać różne formy które zapewnią prawidłowość jego wykonania, poprzez przykładowo: oddelegowanie kadry kierowniczej dla celów doradczych, pomoc w ułożeniu harmonogramu i optymalizacji tras odbioru odpadów. Są to te aspekty dla których doświadczenie wydaje się konieczne i uzasadnione. Nadmiernym wymogiem (dodatkowo postawionym w sposób nieuprawniony) wydaje się żądanie osobistego udziału danego Wykonawcy akurat w czynności odbioru i transportu odpadów itp. Wymóg ten jest niczym nie uzasadniony i nie pojawił się analogicznym postępowaniu które zostało unieważnione.

Odwolujący podniósł, że takie działanie ma na celu uniemożliwienie do rynku lokalnego przedsiębiorstw stosunkowo „młodych”, jak też przedsiębiorstw z kapitałem zagranicznym lub należących do międzynarodowych grup kapitałowych. Dla spełnienia wymogu określonego w wyjaśnieniach Zamawiającego, Wykonawca byłby zobligowany do uzyskania stosownych decyzji, pozwoleń i wpisów do rejestrów, co jest procesem niezwykle czasochłonnym i niemożliwym do zrealizowania przed upływem terminu składania ofert. Jak wykazano powyżej udział podmiotu spełniającego warunek wiedzy i doświadczenia nie jest konieczny akurat dla czynności odbioru i transportu odpadów, albowiem jego rola może być równie przydatna i atrakcyjna dla Zamawiającego na innych płaszczyznach. Zamawiający nie zastrzegając wykonania kluczowych części zamówienia do osobistego wykonania reguluje w sposób nieuprawniony wewnętrzne stosunki konsorcjum, co nie leży w jego kognicji. Reasumując, Zamawiający poprzez udzielenie wyjaśnienia w zakresie de facto nie dotycząc treści SIWZ, postanowił uniemożliwić w znaczącym zakresie dostęp do rynku przedsiębiorców wybierających formę konsorcjum, gdzie jeden z podmiotów wykazuje się stosowną wiedzą i doświadczeniem, natomiast drugi zasobami ludzkimi i sprzętowymi. Działając w ten sposób Zamawiający w pewien sposób definiuje profil Wykonawcy który może uzyskać przedmiotowe zamówienie, wskazując na co najmniej średniego przedsiębiorcę krajowego, realizującego zamówienia wymagające dużego nakładu środków i sprzętu. Do takich wniosków skłania lektura warunków udziału w postępowaniu, gdzie postawiono wymóg realizacji zamówienia dla co najmniej 40.000 ludzi lub 6.000 nieruchomości przy zachowaniu warunków ilościowych na poziomie 10.000 Mg odpadów niesegregowanych i 4.000 Mg segregowanych w przeciągu 12 następujących po sobie miesięcy w ramach jednego zamówienia. Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający żąda

wykazaniem się zdolnością kredytową lub środkami finansowymi na poziomie 500.000,00 zł wybór formy konsorcjum dla wielu Wykonawców okaże się naturalnym rozwiązaniem, aczkolwiek utrudnionym ze względu na dodatkowe warunki postawione w wyjaśnieniu treści SIWZ. Wobec przytoczonego stanu faktycznego należy jednoznacznie stwierdzić, że działania Zamawiającego ograniczają dostęp do rynku, preferując Wykonawców o określonym potwierdza. Stanowisko Odwołującego potwierdza wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 03.03.2014 r. sygn. akt V Ava 486/13, gdzie przy okazji odniesienia do Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazano „[...] *Samo utrudnianie dostępu do rynku należy rozumieć jako stawianie przeszkód, barier, przeszkadzanie czy też zakłócanie równowagi rynkowej [...]*”. Sąd w dalszej części uzasadnienia wskazał, iż ograniczenia mogą mieć charakter tak faktyczny, jak i prawny, o ile ich celem jest zakłócenie działalności na określonym rynku.

Zamawiający w dniu 03.08.2017 r. (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.08.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) przez ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ul. Kluczevska 2, 32-300 Olkusz zwane dalej: „*ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 11.08.2017 r. (e-mailem), a 16.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie i dokonał czynności powtórzenia odpowiedzi na zapytanie nr 2. Załączył potwierdzenie powyższej czynności. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Burmistrza R. P. .

W dniu 11.08.2017 r. (faxem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 11.08.2017 r. wezwał ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. - na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

Do dnia 14.08.2017 r. – nie wpłynął sprzeciw ze strony ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o.

Reasumując, skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnił w całości odwołanie i dokonał czynności powtórzenia odpowiedzi na zapytanie nr 2, to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca, który nie skorzystał z prawa wniesienia sprzeciwu,

Izba stwierdziła, w związku z faktem, że Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp – należało umorzyć. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1608/17 – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - należało umorzyć, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....