Sygn. akt: KIO 747/25

WYROK

Warszawa, dnia 24 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie **18 marca 2025 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**3 marca 2025 r.** przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o., ul. Szpitalna 4, 74-320 Barlinek** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Barlinek, ul. Niepodległości 20, 74-320 Barlinek**

uczestnik po stronie zamawiającego – **Konsorcjum Firm: 1) ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski Sp. z o.o., ul. Podmiejska 19, 66-400 Gorzów Wielkopolski; 2) Altvater Piła Sp. z o.o., ul. Łączna 4a, 64-920 Piła; Adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65; 00-667 Warszawa**

orzeka:

1. **Uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego: Konsorcjum Firm: 1) ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski Spz o.o., ul. Podmiejska 19, 66-400 Gorzów Wielkopolski; 2) Altvater Piła Sp. z o.o.,ul. Łączna 4a, 64-920 Piła; Adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych,ul. Koszykowa 65; 00-667 Warszawa o poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Prawa zamówień publicznych, poprzez wyraźne oświadczenie zakresu usług objętych zamówieniem, które będzie realizowane przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i w sposób korespondujący z oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych, złożonymi przez poszczególnych wykonawców oraz wykazem wykonanych usług oraz referencjami (podmiotowymi środkami dowodowymi) złożonymi przez Przystępującego w toku postępowania. W warunkach zaniechania wezwania Przystępującego o poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Prawa zamówień publicznych, wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej pozostaje co najmniej przedwczesny**

i nakazuje Zamawiającemu: Gminę Barlinek, ul. Niepodległości 20, 74-320 Barlinekunieważnienie czynności z 20.02.2025 r. wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wezwanie Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych, o poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Prawa zamówień publicznych, z uwagi na potwierdzenie się wskazanego wyżej zarzutu odwołania.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża Gminę Barlinek, ul. Niepodległości 20, 74-320 Barlineki

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000, 00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o., ul. Szpitalna 4, 74-320 Barlinek tytułem uiszczonego wpisu oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o.,ul. Szpitalna 4, 74-320 Barlinektytułem wydatków pełnomocnika Odwołującego;

3.2. zasądza od **Gminy Barlinek, ul. Niepodległości 20, 74-320 Barlinek**na rzecz **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o., ul. Szpitalna 4, 74-320 Barlinek**kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wydatków pełnomocnika Odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 747/25

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i Strona 2 niezamieszkałych na terenie Gminy Barlinek w okresie od 1 marca do 31 grudnia 2025 roku”*, nr ref.: RID.VIII.271.1.2025, opublikowanew Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (wydanie Dz.U. S: 18/2025) pod numerem: 54162-2025, dnia 27 stycznia 2025 r. przez: Gminę Barlinek, ul. Niepodległości 20, 74-320 Barlinekzwany dalej: *„Zamawiającym”*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: *„Pzp”* albo *„PZP”* albo *„P.z.p.”*.

W dniu 20.02.2025 r. (drogąelektroniczną przez platformę zakupową: https:// platformazakupowa.pl/pn/barlinek) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: zwanej dalej: Konsorcjum Firm: 1) ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski Sp. z o.o., ul. Podmiejska 19, 66-400 Gorzów Wielkopolski; 2) Altvater Piła Sp. z o.o., ul. Łączna 4a, 64-920 Piła, Adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych,ul. Koszykowa 65; 00-667 Warszawa zwany dalej: *„Konsorcjum ENERIS"* albo *„Przystępującym"*. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o, ul. Szpitalna 4, 74-320 Barlinek zwana dalej: *„Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o."* albo *„Odwołującym"*.

Dnia 03.03.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)odwołanie względem czynności z 20.02.2025 r. złożył Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. Odwołujący w odwołaniu zarzucił naruszenie przepisów P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski Sp. z o.o., ul. Podmiejska 19, 66-400 Gorzów Wielkopolski (lider konsorcjum, dalej: *„ENERIS GORZÓW"*) oraz Altvater Piła Sp. z o.o., ul. Łączna 4a,64-920 Piła (partner konsorcjum, dalej: *„ALTVATER"),*łącznie zwani dalej: *„KONSORCJUM ENERIS"*, w sytuacji w której czynność ta została podjęta:

1) z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 P.z.p. (oraz przepisów wskazanych w uzasadnieniu zarzutu), tj. w sytuacji w której oferta KONSORCJUM ENERIS podlega odrzuceniu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem KONSORCJUM ENERIS zostało zawiązane wyłącznie celem fasadowego wykazania spełnienia kryterium kwalifikacji dotyczącego doświadczenia, czemu współtowarzyszy dopuszczenie się deliktu nieuczciwej konkurencji również poprzez złożenie wprowadzającego w błąd Zamawiającego, oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p. (oświadczenia o podziale obowiązków pomiędzy członkami KONSORCJUM ENERIS),

ewentualnie (na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1, który jest zarzutem dalej idącym co do konsekwencji):

2) w warunkach zaniechania wezwania KONSORCJUM ENERIS o poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p., poprzez wyraźne oświadczenie zakresu usług objętych zamówieniem, które będzie realizowane przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i w sposób korespondujący z oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 P.z.p., złożonymi przez poszczególnych wykonawców oraz wykazem wykonanych usług oraz referencjami (podmiotowymi środkami dowodowymi) złożonymi przez KONSORCJUM ENERIS w toku postępowania. W warunkach zaniechania wezwania KONSORCJUM ENERIS o poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p., wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej pozostaje co najmniej przedwczesny.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty KONSORCJUM ENERIS podjętej przez Zamawiającego dnia 20 lutego 2025 r.,

2) ponowienie badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucenie oferty KONSORCJUM ENERIS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 P.z.p. (zarzut nr 1) *ewentualnie:*

ponowienie badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwanie KONSROCJUM ENERIS na podstawie art. 128 ust. 1 P.z.p., o poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p. (zarzut nr 2, jako zarzut ewentualny).

Przedmiotem zamówienia udzielanego w ramach postępowania pozostaje *„świadczenie usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu wskazanych w pkt. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia odpadów komunalnych gromadzonych na terenie nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, położonych na terenie Gminy Barlinek*" (Rozdział I ust. 1 OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ).

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału VI ust. 6 OPZ, zakres ilościowy zamówienia,w ujęciu łącznego wolumenu odpadów komunalnych, został określony na następującym szacowanym poziomie:

•łączna szacowana ilość odpadów zmieszanych i odebranych selektywnie ***5340 Mg,***
•szacowana ilość odpadów zmieszanych (20 03 01) – 3***040 Mg,***
•szacowana ilość odpadów odebranych selektywnie – ***2300 Mg, w tym:***
•15 01 01 – *220 Mg,*
•15 01 06 – *410 Mg,*
•15 01 07 – *285 Mg,*
•20 02 01 – 1100 Mg,
•*20 01 10 i 20 01 11 – 40 Mg,*
•20 03 07 – *140 Mg,*
•20 01 23* – *5 Mg,*
•20 01 35* – *2 Mg,*
•20 01 36 – 1*1 Mg,*
•20 01 99 – *87 Mg.*

Postanowieniem Rozdziału XXII ust. 1 pkt 2) ppkt 2.3) SWZ Zamawiający ustanowił następujące kryterium kwalifikacji referujące do zdolności zawodowych:

„Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w szczególności dotyczący wiedzy i doświadczenia jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie:
*•w sposób ciągły usługę, której przedmiotem było lub jest odbieranie i zagospodarowanie pozostałych po segregacji (zmieszanych) odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, w ilości nie mniejszej niż **3.040Mg** przez okres co najmniej 12 następujących po sobie miesięcy,*
*•w sposób ciągły usługę, której przedmiotem było lub jest odbieranie i zagospodarowanie segregowanych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, w ilości nie mniejszej niż **2.300 Mg** przez okres co najmniej 12 następujących po sobie miesięcy*"

W postępowaniu zostały złożone oferty następujących wykonawców:
1) Odwołującego, opiewająca na kwotę 6.113.620,80 zł brutto,
2) Konsorcjum ENERIS opiewająca na kwotę 5.971.320,00 zł brutto
Wraz z ofertą Konsorcjum ENERIS złożyło m.in.:
1) oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 P.z.p., dla każdego z wykonawców,
2) oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p.

ENERIS GORZÓW (lider konsorcjum) w oświadczeniu wstępnym nie powołał się na żadne doświadczenie własne w odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, celem wykazania spełnienia kryterium kwalifikacji, o którym mowa powyżej.

ALTVATER (członek konsorcjum) w oświadczeniu wstępnym powołał się na następujące doświadczenie własne w odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, celem wykazania spełnienia kryterium kwalifikacji:

KONSORCJUM ENERIS w ramach oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p. zadeklarowało:

Na wezwanie Zamawiającego, skierowane względem KONSORCJUM ENERIS dnia 14 lutego 2025 r., w trybie art. 126 ust. 1 P.z.p. KONSORCJUM ENERIS dnia 20 lutego 2025 r. przekazało Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, w tym:
1) wykaz wykonanych usług (wg załącznika nr 6 do SWZ) oraz
2) referencje z dnia 8 lipca 2024 r.

Stosownie do treści wykazu wykonanych usług:

Z referencji załączonych do ww. wykazu wynika, że usługę referencyjną wykonał ALVATER na rzecz ZM PRGOK w okresie od 1 marca 2023 r. do 29 lutego 2024 r. w ramach sektora I i Sektora II.

W świetle powyższego, jedynym podmiotem, który dysponuje wymaganym doświadczeniem w ramach Konsorcjum ENERIS, pozostaje ALTVATER. Jednocześnie ustanowiony w Postępowaniu warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wprost korelował w zakresie rodzajowym, jak i ilościowym z głównym zakresem zamówienia (odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości zamieszkałych w ilościach objętych zamówieniem). Dodatkowo z oświadczenia Konsorcjum ENERIS wynika, że deklarowanym zamiarem tych podmiotów jest realizacja przez ENERIS GORZÓW (a wiec podmiot niedoświadczony) częściowo usługi odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych oraz częściowe zagospodarowanie odpadów. W tożsamy sposób określony został zakres usług, które wg. deklaracji KONSORCJUM ENERIS, ma być w przyszłości realizowany przez ALTVATER.

Złożenie przez Konsorcjum ENERIS oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący, formułując niniejszy zarzut, uwzględnia, że zgodnie z art. 58 ust. 1 P.z.p. „*Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia*.". Jednocześnie jedną z form współpracy wykonawców na podstawie art. 58 ust. 1 P.z.p. pozostaje konsorcjum. Prawna dopuszczalność współpracy w formie konsorcjum nie ma przy tym charakteru nieograniczonego. Nie jest prawnie dozwolone ustanawianie takiej współpracy, która stanowiłaby delikt nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie *„sam fakt, iż prawo zamówień publicznych zezwala na tworzenie konsorcjów przetargowych nie wyłącza ich spod oceny prawa konkurencji. Z powyższego płynie wniosek, że każde współdziałanie kilku wykonawców i zawiązanie przez nich porozumienia, nawet gdy w świetle prawa zamówień publicznych przybiera formę legalnego konsorcjum może podlegać ocenie pod kątem naruszenia art. 6 ust. 1 uokik, tak jak każde inne porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami*" (M. Salitra, *Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,* IKAR nr 8/2015, s. 57).

Powyższe potwierdza również praktyka decyzji wydawanych przez Prezesa UOKIK, w tym m.in. decyzji nr RPZ 12/2022 z dnia 28 grudnia 2022 r. w której to stwierdzono „*Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (…) porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonych w 2017 roku przez Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej"* (…)".

W ramach uwag natury prawnej należy wskazać, że przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, nie zawierają zamkniętego katalogów czynów nieuczciwej konkurencji. W szczególności potwierdza to treść art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „*u.z.n.k.*"), który w sposób ogólny definiuje czyn nieuczciwej konkurencji jako

działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak wskazuje się w doktrynie *„Aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: po pierwsze – działanie – czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po trzecie – działanie to musi zagrażać interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta lub naruszać go. W celu przyjęcia, iż ma miejsce delikt konkurencji, wystarczy ustalić bezprawność działania (por. wyrok SA w Poznaniu z 24.06.1992 r., I ACr 204/92, „Wokanda" 1993/2, s. 30). Nie jest konieczne wykazanie zamiaru wprowadzania w błąd lub wdarcia się w cudzą klientelę (tak SN w wyroku z 1.12.2004 r., III CK 15/04, M. Praw. 2005/1, s. 10). Do kwalifikacji czynu nieuczciwej konkurencji nie jest także konieczne istnienie winy w sensie umyślnego działania czy niedbalstwa sprawcy, choć oczywiście ma znaczenie w przypadku roszczenia odszkodowawczego (tak: Nowińska Ewa, Szczepanowska-Kozłowska Krystyna, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, LEX 2022).*

„Od czasu, gdy przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oparte zostały na klauzuli generalnej w powyższym brzmieniu, rozumienie tego pojęcia ewoluowało od ocen etycznych po obecnie rozpowszechniane podejście określane mianem ekonomiczno-funkcjonalnego (o czym niżej; por. M. Zdyb, M. Sieradzka, Interpretacja..., s. 19 i n.). Podkreśla się, że nie chodzi o przestrzeganie dobrych obyczajów w ogóle, lecz o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Istotne z tego punktu widzenia nie będzie zatem „klasyczne" kryterium odwołujące się do poglądów uczciwego, przeciętnego członka danej społeczności, ***lecz ważne będą oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji przez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów i usług – ujęcie ekonomiczno-funkcjonalne*** *(zob. J. Szwaja, K. Jasińska [w:] Szwaja, Komentarz 2019, s. 161 i n.; autorzy podkreślają, że kryterium to nie eliminuje ocen moralno-etycznych – s. 159–160; krytycznie J. Preussner-Zamorska, Problematyka funkcjonowania..., s. 113 wraz ze wskazaną tam literaturą; J. Preussner-Zamorska, Problematyka klauzul..., s. 645 i n.; podobnie A. Tomaszek, Dobre..., s. 8; M. Grabowski, W sprawie..., s. 21). Przedstawione stanowisko, nawiązujące do ocen ekonomiczno-funkcjonalnych, zaaprobowano również w orzecznictwie (tak: Nowińska Ewa, Szczepanowska-Kozłowska Krystyna, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, LEX 2022).*

KONSORCJUM ENERIS złożyło ofertę wspólną w związku z prowadzoną przez każdego z wykonawców działalnością gospodarczą (okoliczność bezsporna).

W niniejszym postępowaniu członkowie KONSORCJUM ENERIS nie poprzestali na konkurowaniu z pozostałymi wykonawcami jakością i ceną oferowanej usługi, lecz podjęli działania polegające na ukształtowaniu współpracy, powiązanych ze sobą kapitałowo podmiotów, w sposób, który ma umożliwić podmiotowi niedoświadczonemu (ENERIS GORZÓW) realizację zamówienia, którego uzyskanie warunkowane jest spełnieniem kryterium kwalifikacji, którego podmiot ten nie spełnia. Jedynym powodem zawiązania KONSORCJUM ENERIS pozostaje konieczność spełnienia kryterium kwalifikacji, którego podmiot, który realnie będzie wykonywał zamówienie nie spełnia.

Oceniając konstrukcję KONSOCJUM ENERIS należy uwzględnić, że stosownie do danych ujawnionych w KRS ENERIS GORZÓW został wpisany do KRS dnia 25 lipca 2024 r. Jak wynika z wpisów w KRS *ENERIS GORZÓW powstał poprzez podział zgodnie z art. 529 § 1 pkt 4 KSH, poprzez wydzielenie ze spółki ENERIS Surowce S.A., majątku stanowiącego zorganizowaną część przedsiębiorstwa związana z prowadzeniem działalności przez oddział w Gorzowie Wielkopolskim i przejęcie go przez spółkę ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski Sp. z o.o. majątku stanowiącego zorganizowaną część przedsiębiorstwa związaną z prowadzeniem działalności przez zakład w Kielcach i przejęcie go przez spółkę ENERISSurowce Kielce Sp. z o.o. oraz majątku stanowiącego zorganizowaną część przedsiębiorstwa związaną z prowadzeniem działalności przez spółkę ENERIS Surowce Tomaszów Mazowiecki Sp. z o.o."*

ENERIS GORZÓW nie dysponuje (w tym poprzez sukcesję) doświadczeniem pozwalającym na spełnienie kryterium kwalifikacji w Postępowaniu. Okoliczność ta jest możliwa do ustalenia poprzez powszechnie dostępne ogłoszenia o udzieleniu zamówień publikowane w BZP oraz DZ. Urz. UE, a to wobec tego, że kryterium kwalifikacji dotyczące doświadczenia wprost nawiązuje do usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych realizowanych na rzecz właścicieli nieruchomości zamieszkałych. Zgodnie z art. 6c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 399, dalej: *„u.c.p.g."*) *„Gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.".* Do przywołanego przepisu nawiązuje regulacja art. 6d ust. 1 u.c.p.g., zgodnie z którym *„Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów".* Zważając na powyższe ENERIS GORZÓW (w tym ENERIS Surowce S.A. Oddział w Gorzowie Wielkopolskim) mógł uzyskać stosowne doświadczenie, wyłącznie świadcząc usługi w warunkach kontaktowania przez podmiot publiczny.

Stosownym doświadczeniem ENERIS GORZÓW nie legitymuje się, przy czym ze względów lokalizacyjnych i politykę działalności podmiotów z grupy ENERIS, jest podmiotem w zakresie zainteresowania, którego jak i działalności gospodarczej mieści się uzyskanie zamówienia. Należy jednak mieć na uwadze, że oddziały ENERIS, czy też odrębne formalnie podmioty należące do grupy ENERIS funkcjonują na określonym obszarze geograficznymi w praktyce nie

konkurują ze sobą o rynek, w tym o kontrakty publiczne na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych udzielanych przez zamawiających funkcjonujących na danym obszarze kraju. W konsekwencji ALVATER nie ubiega się samodzielnie o zamówienia w okolicach gm. Barlinek, a ENERIS GORZÓW w rejonie pilskim, na którym funkcjonuje ALTVATER.

ENERIS GORZÓW dysponuje potencjałem umożliwiającym uzyskanie co najmniej wpisu do RDR i do BDO, które determinują prawną dopuszczalność realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych na terenie gm. Barlinek.

Stosownie do wpisu w Rejestrze Działalności Regulowanej gm. Barlinek jedynym członkiem KONSORCJUM ENERIS dysponującym wpisem do RDR pozostaje ENERIS GORZÓW.

dowód: *wydruk Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Burmistrza gm. Barlinek*

Wskazał, że odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (art. 9b ust. 1 u.c.p.g.). Zgodnie z art. 9b ust. 2 i 3 u.c.p.g.:

„2. Rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zwany dalej "rejestrem", prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

3. Rejestr prowadzi się w postaci bazy danych zapisanej na informatycznych nośnikach danych w rozumieniu art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2023 r. poz. 57, 1123, 1234 i *1703), która może stanowić część innych baz danych z zakresu ochrony środowiska, w tym gospodarki odpadami."*

Uzyskanie wpisu do RDR determinowane jest spełnieniem warunków, o którym mowa w art. 9d ust. 1 u.c.p.g. i dookreślonych aktem delegowanym wydanym na podstawie art. 9d ust. 2 u.c.p.g. Zgodnie z § 2 ust. 1 Rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 122):

„Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo-transportową usytuowaną:

1) w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy;

2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny."

Stosowną bazą magazynowo- transportową (ul. Podmiejska 19, 66 - 400 Gorzów Wlkp.), która warunkuje uzyskanie wpisu do RDR dysponuje ENERIS GORZÓW. ALTVATER nie posiada bezpośrednio zasobu pozwalającego mu na uzyskanie stosownego wpisu (tj. bazy magazynowo-transportowej) położonej w odległości nie większej niż 60 km od gm. Barlinek, co stanowi konsekwencję zogniskowania obszaru działalności prowadzonej przez ten podmiot na terenie województwa wielkopolskiego. Odległość pomiędzy bazą magazynowo – transportową ALVATER, a gm. Barlinek wynosi ponad 120 km.

Z ww. przyczyn ALVATER nie posiada wpisu do RDR w gm. Barlinek, co również potwierdza treść tabeli XV w BDO tego podmiotu. Dział XV rejestru BDO obejmuje działalność objętą obowiązkiem uzyskania wpisu dla rejestru działalności regulowanej w zakresie odebrania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W tabeli 1 działu XV BDO wskazuje się działalność objętą obowiązkiem uzyskania wpisu dla rejestru działalności regulowanej w zakresie odebrania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, która zawiera następujące sekcje: informacje o gminach, w których podmiot odbiera odpady komunalne, kod i nazwę odbieranych odpadów, informacje o decyzjach związanych z recyklingiem odpadów.

Zgodnie z art. 50 ust. 2 u.o. przed rozpoczęciem działalności w zakresie, o którym mowa w ust. 1 (w tym odbierania odpadów komunalnych), podmiot jest obowiązany uzyskać wpis do rejestru. Co więcej działalność w tym zakresie może prowadzić wyłącznie podmiot wpisany do rejestru (art. 50 ust. 3 u.o.). Stosownie do art. 194 ust. 1 pkt 5) u.o. *„Administracyjną karę pieniężną wymierza się za prowadzenie działalności w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1, bez wymaganego wpisu do rejestru*". Przepis art. 194 ust. 3 u.o. stanowi, że *„3. Administracyjna kara pieniężna za naruszenia, o których mowa w ust. 1, wynosi nie mniej niż 1000 zł i nie może przekroczyć 1 000 000 zł.".*

Zamawiający w ramach warunku udziału w Postępowaniu, wyrażonym Rozdziale XXII ust. 1 pkt 2) ppkt 2.2) dysponowania „aktualnym wpisem do rejestru BDO w zakresie niezbędnym do realizacji umowy prowadzonego przez Marszałka Województwa". ALVATER nie dysponuje stosownym wpisem do BDO w zakresie działu XV, co samoistnie przekłada się na ocenę działań KONSORCJUM ENERIS, przyczyny i cel jego zawiązania.

dowód: *wydruk BDO ALTVATER*

Stosownie do dokumentów ujawnionych w Postępowaniu, jak również wiedzy notoryjnej dotyczącej zakresu zamówień publicznych obejmujących swym zakresem usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych, ALTVATER posiada doświadczenie, które pozwala na wykazanie kryterium kwalifikacji dotyczącego doświadczenia ustanowionego w Postępowaniu. Doświadczenie to jednak nie będzie miało przełożenia na realizację zamówienia, ze względu na wyłącznie formalne zawiązanie KONSORCJUM ENERIS.W świetle powyższego, KONSORCJUM ENERIS zostało zawiązane calem formalnego, udostępnienia przez ALTVATER doświadczenia drugiemu członkowi konsorcjum tj. ENERIS GORZÓW i należy przyjąć, że to ten podmiot, dysponując aktualnie stosownymi uprawnienia, będący ulokowanym w sposób uzasadniający przyjęcie, że realizacja

zamówienia pozostaje w zakresie jego rzeczywistej przestrzeni realizacji działalności gospodarczej będzie wykonywał zamówienie. Z tego powodu zawiązane zostało konsorcjum z podmiotem powiązanym kapitałowo. Stosownie bowiem do danych ujawnionych w KRS jedynym wspólnikiem w ENERIS GORZÓW pozostaje ENERIS Surowce Sp. z o.o. Z kolei ujawnionymi w KRS ALTVATER wspólnikami pozostają ENERIS Surowce Usługi S.A. oraz ENERIS Surowce Sp. z o.o.

Ukazane powyżej działania KONSORCJUM ENERIS (niezależnie od oceny oświadczanie z art. 117 ust. 4 P.z.p. – o czym poniżej) wypełniają znamiona deliktu nieuczciwej konkurencji, albowiem zmierzają do uzyskania zamówienia przez ENERIS GORZÓW w warunkach niespełniania przez ten podmiot kryterium kwalifikacji z naruszeniem interesu Zamawiającego, jak i pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Konsorcjum zostało zawiązane wyłącznie dlatego, że ENERIS GORZÓW nie miał możliwości spełnienia kryterium kwalifikacji dotyczącego doświadczenia, w konsekwencji czego zdecydował się na utworzenie struktury konsorcjalnej, która formalnie umożliwi mu złożenie oferty i powołanie się na doświadczenie podmiotu, który stosownym doświadczeniem dysponuje (tu: ALTVATER).

Jednocześnie działanie takie charakteryzuje się naruszeniem normy wynikającej z art. 117 ust. 3 P.z.p., stosownie do którego to przepisu „*W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane*.” Zważając na to, że podmiot dysponujący stosownym doświadczeniem tj. ALVATER, nie będzie realnie uczestniczył w realizacji zamówienia, a będzie ono wykonywane przez podmiot niedoświadczony, tj. ENERIS GORZÓW, należy uznać, że złożona przez KONSROCJUM ENERIS oferta wspólna wypełnia znamiona złożenia w warunkach nieuczciwej konkurencji, tj. z zamiarem naruszenia regulacji art. 117 ust. 3 P.z.p.

Mając na uwadze, że: „*Czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy nieprowadzaniu w błąd*” (wyrok Izby z dnia 21 lutego 2022 r., KIO 265/21).

Wskazał, iż współpraca podmiotów z grupy ENERIS, nakierowana na uzyskanie zamówienia, które realnie będzie wykonywał jedynie ENERIS GORZÓW, zasługuje na negatywną ocenę w perspektywie dobrych obyczajów rynkowych. Działania te zmierzają w istocie do uchylenia celu i funkcji jaką spełniać ma ustanowione w Postępowaniu kryterium doświadczenia. Celem tego kryterium jest zapewnienie realizacji zamówienia przez podmiot dający minimalną rękojmię należytego spełnienia świadczeń. Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń potwierdza istotną rolę doświadczenia jako cechy charakteryzującej wykonawcę. Tytułem przykładu w wyroku z dnia 29 stycznia 2022 r., KIO 64/22, KIO 74/22, Izba podkreśliła, że „*nie ulega wątpliwości, że w interesie zamawiającego leży, by jego zamówienie realizowane było przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu prac o takim samym lub podobnym charakterze co przedmiot zamówienia. Takie bowiem doświadczenie minimalizuje ryzyko nieprawidłowego wykonania zamówienia*”. Doprowadzenie, poprzez ustanowienie konsorcjum, do stanu w którym zamówienie będzie realizowane przez wykonawcę niedoświadczonego, niewątpliwie uchybia interesowi Zamawiającego oraz koliduje z dobrymi obyczajami rynkowymi.

W ocenie odwołującego, w świetle przedstawionych powyżej okoliczności, czynem nieuczciwej konkurencji pozostaje również wprowadzenie Zamawiającego w błąd, poprzez sposób ukształtowania oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p. Pomimo tego, że jedynym podmiotem realnie realizującym usługę odbioru odpadów komunalnych z terenu gm. Barlinek pozostawać będzie ENERIS GORZÓW, to jednak (celem wykazania spełnienia kryterium kwalifikacji), KONSORCJUM ENERIS oświadczyło, że:

Stosownie do ww. oświadczenia, zarówno ALVATER jak i ENERIS GORZÓW miałyby odpowiadać za „*częściowy odbiór odpadów, zgromadzonych w przeznaczonych do tego pojemnikach lub workach, z nieruchomości zamieszkałych*”. W świetle ukazanych powyżej okoliczności, oświadczenie to należy uznać za deklarujące stan odbiegający od rzeczywistego. W ocenie Odwołującego, nie sposób uznać, że podmiot niedysponujący wymaganymi uprawnieniami, jak i zasobem majątkowym pozwalającym na jego uzyskanie, a nadto, którego obszar terytorialny prowadzonej działalności koncentruje się w odmiennej lokalizacji, w tym ze względu na niekonkurowanie z pozostałymi członkami grupy kapitałowej ENERIS, będzie realnie uczestniczył w realizacji głównego przedmiotu zamówienia, na potrzeby którego ustanowiono kryterium kwalifikacji, jakim jest odbiór odpadów komunalnych. Oświadczenie to jest nierealne w świetle doświadczenia życiowego, jak również powyżej przedstawionych okoliczności.

Tym samym KONSORCJUM ENERIS złożonym oświadczeniem, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p. wprowadziło Zamawiającego w błąd, tj. dopuściło się deliktu nieuczciwej konkurencji. „*Wykonawca, który oświadcza nieprawdę celem potwierdzenia spełniania wymagań postępowania, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które wymagają kierowania się prawdą. Działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nierzetelnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie posiada odpowiednich zdolności i kompetencji do jego zrealizowania.*” (wyrok Izby z dnia 2 kwietnia 2024 r., KIO 802/24).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby „*Odrzucenie oferty z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji jest niezależne od zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu przedstawienia zamawiającemu nieprawdziwych informacji, a zakres zastosowania tych przepisów nie jest identyczny. Nie sposób zaakceptować poglądu, że wykonawca popełniający czyn nieuczciwej konkurencji nie może zostać wyeliminowany z postępowania z tego powodu, że Zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia, mimo że działania wykonawcy wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji*." (wyrok Izby z dnia 23 maja 2023 r., KIO 1287/23). Wobec powyższego sama okoliczność, nieustanowienia w Postępowaniu fakultatywnych przesłanek eliminacyjnych wyrażonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 P.z.p., *nie dozwala na wprowadzanie Zamawiającego w błąd, a takie działania należy kwalifikować jako delikt nieuczciwej konkurencji. Za wyrokiem Izby z dnia 15 maja 2023 r., KIO 1208/23, należy wskazać, że „Informacje niezgodne z rzeczywistością, wprowadzające zamawiającego w błąd, mogą być badane zarówno w świetle podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie fakultatywnych przesłanek, czy odrzucenia oferty z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, czy też z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, przewidzianej w art. 16 Prawa zamówień publicznych*.".

Złożenie oświadczenia wprowadzającego w błąd ma przy tym również swój skutek formalny, polegający na niemożliwości skorygowania tego oświadczenia. W orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych słusznie się przyjmuje, że nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak choćby w wyrokach: z dnia 08 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1509/17; z dnia 20 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1432/18; z dnia 27 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2073/21, 2080/21, 2095/21 i 2097/21). Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 101/21.

Zważając na powyższe, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w ramach Postępowania zaniechał odrzucenia oferty KONSORCJUM ENERIS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) P.z.p.

Niewykazanie przez Konsorcjum ENERIS spełnienia kryterium kwalifikacji dot. doświadczenia

Odwołując w ramach zarzutu ewentualnego, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu skutkującego dalej idącą konsekwencją tj. odrzuceniem oferty KONSOCJUM ENERIS, podnosi, iż stosownie do art. 117 ust. 3 i 4 P.z.p.:

„3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.".

Podstawowym, aczkolwiek nie jedynym, celem oświadczenia wykonawców z art. 117 ust. 4 P.z.p., jest weryfikacja aspektów podmiotowych związanych z kryteriami kwalifikacji do których nawiązuje art. 117 ust. 2 i 3 P.z.p. Taką funkcję oświadczeniu z art. 117 ust. 4 P.z.p. przypisała m.in. Izba w wyroku z dnia 10 marca 2022 r., KIO 436/22, wskazując, że oświadczenie to „*z jednej strony dotyczy kwestii podmiotowych, gdyż przyczyną jego złożenia jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie oświadczenie dotyczy wykonania umowy, zatem aspektu przedmiotowego*.".

Przepis art. 117 ust. 3 współreguluje sposób spełniania warunków podmiotowych przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie.

Oświadczenie z art. 117 ust. 4 powinno zatem potwierdzać, że przyjęto taki sposób realizacji zamówienia, że podmiot lub podmioty posiadające niezbędny potencjał (tu: doświadczenie) będą realizować te świadczenia ze względu na które stosowny warunek został ustanowiony. Warto wskazać za Izbą, że „*ratio legis art. 117 ust. 4 Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu*" (wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2022 r., KIO 3795/21).

„*W kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zasady dotyczące realności przekazania doświadczenia przez konsorcjanta są tożsame z zasadami wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. W obu przypadkach chodzi o realne i rzeczywiste udostępnienie takich zasobów, o ochronę podmiotów publicznych przed fikcyjnym angażowaniem przez wykonawców podmiotów na etapie ubiegania się o realizacji zamówienia tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu*". (wyrok Izby z dnia 18 września 2023 r., KIO 2591/23)

Przyjmując zatem, że KONSORCJUM ENERIS sporządziło i złożyło ofertę w warunkach deklarowanego zamiaru realizacji zamówienia, a więc przy rzeczywistym uczestnictwie ALVATER w świadczeniu usługi odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, określenie udziału tego wykonawcy w czynnościach odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych jako częściowego, jest wadliwe i nie pozwala na wykazanie spełnienia kryterium kwalifikacji dotyczącego doświadczenia. Nie jest bowiem dopuszczalne uznanie spełnienia ww. kryterium kwalifikacji zgodnie z art. 117 ust. 3 P.z.p., w sytuacji w której zarówno ENERIS GORZÓW jak i ALTVATER mają częściowo odpowiadać za odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, a wyłącznie ALVATER posiada

wymagane doświadczenie. Dla spełnienia kryterium kwalifikacji dotyczącego doświadczenia, stosownie do art. 117 ust. 3 P.z.p. nieodzowne jest aby ALTVATER wykonał usługi, do realizacji, których zdolności (doświadczenie) jest wymagane.

„*Zgodnie z nowymi regulacjami tylko ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku określonego w SWZ, może realizować zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane*" (wyrok Izby z dnia 11 października 2021 r., KIO 2597/21)

Uwzględniając sposób ukształtowania w ramach Postępowaniu kryterium kwalifikacji dotyczącego doświadczenia nieodzowne jest aby to ALVATER zrealizował całość zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gm. Barlinek. Właśnie bowiem do tych nieruchomości oraz ilości odpadów referuje warunek udziału w Postępowaniu. Dopuszczenie do tego aby część odbioru i zagospodarowania odpadów z tego rodzaju nieruchomości realizował ENERIS GORZÓW stanowi dozwolenie na to aby zamówienie realizował wykonawca niedoświadczony, a więc w sposób niezgodny z treścią kryterium kwalifikacji odczytywanego wespół z regulacją art. 117 ust. 3 P.z.p.

Niezaaprobowanie prezentowanego przez Odwołującego powyżej stanowiska, sprowadzałoby się do uznania, że zakres usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych nieruchomości zamieszkałych realizowany przez ALTVATER będzie wyłączny, a co najmniej dominujący. Wniosku takiego nie da się wywieść z treści oświadczenia złożonego przez KONSORCJUM ALVATER (niezależnie od tego, że koliduje on z okolicznościami prezentowanymi powyżej, skłaniającymi do przyjęcia wektorowo odmiennych wniosków). Przyjęcie interpretacji korzystniej dla KONSORCJUM ENERIS nie może nastąpić w oparciu o hasłowe i niedookreślone oświadczenie sformułowane w art. 117 ust. 4 P.z.p., a to chociażby ze względu na to, że w oparciu o oświadczenie w aktualnej treści nie będzie możliwe zarzucenie temu wykonawcy, realizacji zamówienia w sposób sprzeczny z treścią tej deklaracji. Aktualna treść oświadczenia, w żaden sposób nie wykazuje, że co najmniej w dominującym zakresie realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, aktywnym uczestnikiem konsorcjum będzie ALTVATER.. W zbieżny sposób tj. poprzez zwrot „częściowy odbiór odpadów komunalnych, zgormadzonych w przeznaczonych do tego pojemnikach lub workach, z nieruchomości zamieszkałych" określono udział zarówno ALTVATER jak i ENERIS GORZÓW. Już wyłącznie z tej przyczyny, nieodzownym pozostaje uznanie, że KONSORCJUM ENERIS złożonymiw toku Postępowania oświadczeniami (rozpatrywanymi holistycznie i łącznie) nie wykazało spełnienia kryterium kwalifikacji dotyczącego doświadczenia.

Jak wskazuje Izba w swoich orzeczeniach *„Dopuszczenie, a tym bardziej aprobowanie praktyki składania oświadczeń w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p., które w swojej treści nie zawierają rzeczywistych informacji o podziale zadań i zasadach korzystania z doświadczenia danego konsorcjanta, jakie udostępnia w ramach wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu byłoby niczym innym jak powrotem do nagannej praktyki zaobserwowanej w przeszłości w zakresie fikcyjnego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie formalnego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wprowadzone regulacje, zarówno na poziomie unijnym i krajowym służą właśnie zapobieganiu takim negatywnym zjawiskom na rynku*." (wyrok Izby z dnia 18 września 2023 r., KIO 2591/23).

Zważając na aktualny etap postępowania, w przypadku niezaaprobowania zarzutu dalej idącego skutkującego uznaniem, że Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę KONSORCJUM ENERIS, nieodzowne jest uchylenie ww. nieprawidłowości, poprzez wezwanie tego wykonawcy, w trybie art. 128 ust. 1 P.z.p. do skorygowania oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p. lub podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku związanego z doświadczeniem, aby było one ze sobą spójne i pozwalałby na zgodne z przepisami P.z.p. wykazanie, spełnienia przez KONSORCJUM ENERIS kryterium kwalifikacji w zgodności z art. 117 ust. 3 P.z.p.

Zamawiający w dniu 04.03.2025 r. (drogąelektroniczną przez platformę zakupową: https://platformazakupowa.pl/pn/barlinek) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.03.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP)Konsorcjum ENERIS zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum ENERIS.

W dniu 17.03.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W ocenie Zamawiającego wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem oferta Wykonawcy – Konsorcjum ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski sp. z o.o./Altvater Piła sp. z o.o. nie podlegała odrzuceniu.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, zgodnie z rozdziałem XXII, pkt 2 SWZ po dokonanych zmianach (str. 12-13), Zamawiający wymagał od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia spełnienia następujących warunków:

1) posiadanie aktualnego wpisu do rejestru BDO w zakresie niezbędnym do realizacji umowy, prowadzonego przez

Marszałka Województwa;
2) legitymowanie się doświadczeniem – zdobytym w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, polegającym na zrealizowaniu:
a) w sposób ciągły usługi, której przedmiotem było lub jest odbieranie i zagospodarowanie pozostałych po segregacji odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych w ilości nie mniejszej, niż 3.040 Mg przez okres co najmniej 12 następujących po sobie miesięcy;
b) w sposób ciągły usługi, której przedmiotem było lub jest odbieranie i zagospodarowanie segregowanych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, w ilości nie mniejszej, niż 2.300 Mg przez okres co najmniej 12 następujących po sobie miesięcy. 1) aktualny wpis do rejestru BDO w zakresie niezbędnym do realizacji umowy, prowadzonym przez Marszałka Województwa;
2) wykaz wykonanych usług.

Podmiotowymi środkami dowodowymi, wymaganymi przez Zamawiającego do potwierdzenia spełnienia ww. warunków były zgodnie z rozdziałem XXIII SWZ (str. 13-14):

Zamawiający wymagał, aby przed zawarciem umowy, wykonawca, którego oferta została wybrana, przedłożył zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej, prowadzonej przez Burmistrza Barlinka, w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Barlinek, zgodnie z kodami odpadów podanymiw OPZ (rozdział XXVII, str. 16 SWZ, ale także odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 5 z 4 lutego 2025 r.).

Ten wymóg nie stanowił więc warunku udziału w postępowaniu, lecz był jedynie niezbędnym warunkiem do zawarcia samej umowy na realizację zamówienia publicznego.

Wykonawca – Konsorcjum ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski sp. z o.o./Altvater Piła sp. z o.o. złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę.

Zgodnie z art. 117 ust. 2-4 P.z.p., warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Ww. Wykonawcy załączyli do oferty oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p., z którego wynika, że:
1) Eneris Surowce Gorzów Wielkopolsko sp. z o.o. wykona następujący zakres zamówienia: wyposażenie nieruchomości w worki i pojemniki, zgodnie z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Barlinek − częściowy odbiór odpadów komunalnych, zgromadzonych w przeznaczonych do tego pojemnikach lub workach, z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, − częściowe zagospodarowanie odpadów;
2) Altvater Piła sp. z o.o. wykona następujący zakres zamówienia: nadzór nad realizacją całości zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w tym monitorowanie zgodności działań z zapisami umowy i kontrola jakości świadczonych usług, − częściowy odbiór odpadów komunalnych, zgromadzonych w przeznaczonych do tego pojemnikach lub workach, z nieruchomości zamieszkałych, częściowe zagospodarowanie odpadów. Zamawiający nie określił szczegółowego sposobu spełniania warunków udziału w postępowania, o którym mowa w art. 117 ust. 1 P.z.p.

Wykonawca przekazał Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z przedstawionych dowodów wynika, że:
1) Eneris Surowce Gorzów Wlkp. sp. z o.o. jest zarejestrowana w BDO pod numerem 000649092;
2) Altvater Piła sp. z o.o. jest zarejestrowana w BDO pod numerem 000005828;
3) Altvater Piła sp. z o.o. legitymuje się doświadczeniem, przy realizacji usługi w postaci „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych o charakterze ciągłym wraz z zapewnieniem właścicielom nieruchomości pojemników oraz worków do gromadzenia odpadów" Sektor I - 4 677,21 Mg odpadów zmieszanych - 2 352,73 Mg odpadów selektywnych Sektor II - 3114,10 Mg odpadów zmieszanych - 2083,68 odpadów selektywnych. Usługa wykonana została na rzecz Związku Międzygminnego „Pilski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi" w okresie od 1 marca 2023 r., do 29 lutego 2024 r. Usługa ta została wykonana w sposób prawidłowy, o czym świadczą załączone przez Wykonawcę referencje.

Z powyższego niezbicie wynika, że każdy z członków konsorcjum spełnia warunekw zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej – wymagany przez Zamawiającego wpis w BDO. Oznacza to zatem, że w zakresie, w jakim ten wpis jest wymagany, każdy z wykonawców może realizować pełny zakres zamówienia.

Z oświadczenia złożonego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wynika, że po pierwsze Altvater Piła sp. z o.o. pełnić będzie nadzór nad realizacją całego zamówienia, w tym co do zgodności z umową i

kontrolą jakości świadczonych usług, a nadto wykona częściowy odbiór odpadów komunalnych, zgromadzonych w przeznaczonych do tego pojemnikach lub workach, z nieruchomości zamieszkałych częściowe zagospodarowanie odpadów. Częściowy odbiór i zagospodarowanie odpadów wykonywać będzie również drugi z członków konsorcjum – Eneris Surowce Gorzów Wlkp. sp. z o.o.

Z przepisu art. 117 ust. 4 P.z.p wynika, iż jego celem jest umożliwienie Zamawiającemu weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów, posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (*vide* wyr. KIO z 30 stycznia 2024 r., KIO 63/24).

Aktualnie obowiązujące brzmienie ustawy Pzp wskazuje, że złożenie takiego oświadczenia wraz z ofertą w określonych w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp sytuacjach jest obligatoryjne, a ustawa Pzp nie wprowadza od tej zasady wyjątków. Twierdzenie Zamawiającego, iż nie dokonał na podstawie art. 117 ust. 1 ustawy Pzp modyfikacji ustawowych reguł w zakresie sposobu wykazania spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i dopuścił możliwość łączenia potencjału, nie wpływa na istnienie powyższego obowiązku. Możliwość łączenia potencjału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest obecnie ustawowo limitowana poprzez obowiązek realizacji zamówienia (jego elementów) przez tych członków konsorcjum, którzy posiadają wymagany potencjał. Konfiguracje mogą tu być różne - przykładowo może mieć miejsce sytuacja, kiedy tylko jeden z członków konsorcjum posiada wymagane doświadczenie, kiedy wszyscy członkowie samodzielnie posiadają doświadczenie, czy kiedy żaden z członków konsorcjum tego doświadczenia samodzielnie nie posiada, a konsorcjum spełniają warunek jedynie poprzez połączenie potencjałów (vide wyr. KIO z 4 lipca 2023 r., KIO 1760/23).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, a w szczególności w kontekście podniesionych w odwołaniu zarzutów, w ocenie Zamawiającego z treści przedłożonych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentów wynika, że Altvater Piła sp. z o.o. wykona po pierwsze większy zakres zamówienia (obejmujący zarazem nadzór nad realizacją usługi), jak również wykonywać będzie zakres usług związany z faktycznych odbiorem i zagospodarowaniem odpadów.

W ocenie Zamawiającego treść art. 117 ust. 3 P.z.p., nie wyklucza przy tym możliwości udziału w realizacji zamówienia, w pewnym zakresie, także drugiego (kolejnego) z członków konsorcjum. W przeciwnym razie, gdyby uznać, że skoro warunek udziału w postępowaniu odnosi się do usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów o określonym wolumenie, to wyłącznie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia miałby w pełnym zakresie wykonać zamówienie polegające właśnie na tych czynnościach, co czyniłoby instytucję konsorcjum (czy też innej formy współuczestnictwa) iluzoryczną, naruszając określoną w art. 16 pkt 1 P.z.p. zasadę równego traktowania wykonawców.

Faktyczny udział wykonawcy Altvater Piła sp. z o.o. w realizacji kluczowych elementów zamówienia (częściowy odbiór i zagospodarowanie odpadów), w tym pełnienie nadzoru nad całością zamówienia, jest udziałem wystarczającym do uznania, że wspólne ubieganie się o udzielenie niniejszego zamówienia nie ma charakteru pozornego, nakierowanego *li* tylko na jego uzyskanie, lecz potwierdza także, że podmiot, który legitymuje się stosownym doświadczeniem weźmie realny udział w realizacji usługi, w zakresie zgodnym z postawionym przez Zamawiającego warunkiem, dając gwarancję należytego wykonania umowy.

Nie oznacza to bynajmniej, że drugi z wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia, nie mógłby w jakimkolwiek zakresie realizować części zamówienia polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów. Gdyby dopuścić taką możliwość, wówczas w preferencyjnej sytuacji postawieni byliby przykładowo wykonawcy realizujący zamówienie przy wykorzystaniu podwykonawców, którzy – teoretycznie – nie są zobligowani do posiadania żadnego doświadczenia w realizacji zamówienia, a wtenczas byliby jego faktycznymi wykonawcami. Nie trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której zamówienie udzielane jest wykonawcy spełniającemu samodzielnie wszystkie postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a następnie delegującemu realizację zamówienia (niejednokrotnie w części zbliżonej do całości zamówienia), podwykonawcy, który nie legitymuje się żadnym doświadczeniem w tym zakresie, a które to doświadczenie podwykonawca nabywałby przy realizacji rzeczonego zamówienia (doświadczenie w ramach warunku nie jest bowiem wymagane jedynie w realizacji podmiot prywatny – zamawiający publiczny). Zarówno w tej konfiguracji, jak i w konfiguracji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia odpowiedzialność ponosiłby wykonawca (samodzielnie lub solidarnie wespół z wykonawca wspólnie ubiegającym się o realizację zamówienia).

Na marginesie, ochrona interesów zamawiającego jest zabezpieczona w większym stopniu w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy odpowiadają za wykonanie umowy solidarnie, aniżeli w przypadku jednego (samodzielnie występującego) wykonawcy, który posługuje się podwykonawcami (wówczas odpowiedzialny względem zamawiającego jest jedynie ten podmiot).

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, nie zachodziła konieczność uzupełnienia złożonego przez Wykonawców oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 P.z.p., a tym samym wykluczona jest możliwość przypisania Wykonawcy dopuszczenia się deliktu w postaci czynu nieuczciwej konkurencji. Postępowanie Wykonawców wspólnie

ubiegających się o realizację zamówienia, którzy wspólnie spełniają warunki udziału w postępowania jest postępowaniem powszechnym. Odwołujący zaś nie wykazał, aby tego rodzaju porozumienie, w tym konkretnym przypadku miało na celu zakłócenie konkurencji.

W dniu 17.03.2025 r. (e-mailem) Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

1.Odwołujący stawia zarzut wyboru najkorzystniejszej oferty *z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 P.z.p. (oraz przepisów wskazanych w uzasadnieniu zarzutu), tj. w sytuacji w której oferta KONSORCJUM ENERIS podlega odrzuceniu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem KONSORCJUM ENERIS zostało zawiązane wyłącznie celem fasadowego wykazania spełnienia kryterium kwalifikacji dotyczącego doświadczenia, czemu współtowarzyszy dopuszczenie się deliktu nieuczciwej konkurencji również poprzez złożenie wprowadzającego w błąd Zamawiającego, oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p. (oświadczenia o podziale obowiązków pomiędzy członkami KONSORCJUM ENERIS).*

2.Na wstępie uzasadnienia zarzutu Odwołujący powołuje stanowiska doktryny dotyczące moz liwos ci oceny nawiązania konsorcjum pod kątem naruszenia art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1616 ze zm. dalej „**uokik**"). Większość przytoczonych poglądów doktryny ma charakter bardzo ogólny i trudno je wprost odnieść do okoliczności niniejszej sprawy.

Na szczególną uwagę zasługuje jednak decyzja nr RPZ 12/2022 wydana przez UOKiK dnia 28 grudnia 2022 r., z kto rej jednoznacznie wynika, z e:

(162) Podsumowując, jeśli uzgodnienia między niezależnymi przedsiębiorcami mające na celu opracowanie wspólnej oferty przetargowej i następnie wspólną realizację zamówienia w ramach konsorcjum, są motywowane potrzebą połączenia uzupełniających się działalności, umiejętności lub aktywów przez przedsiębiorców, którzy bez współpracy ze sobą, nie mogliby podjąć się wykonania danego zadania - taka współpraca w ocenie Prezesa Urzędu nie ogranicza konkurencji. (…)

*(164) Prezes Urzędu, po przeanalizowaniu materiału dowodowego zebranego w toku postępowania antymonopolowego uznał, że w niniejszej sprawie porozumienie przedsiębiorców przystępujących do Konsorcjum miało za cel wyeliminowanie konkurencji **między nimi** na rynku właściwym.*

*(165) W ocenie Prezesa Urzędu, zawieranie umów konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie (lub w mniejszych konsorcjach) złożyć oferty/zrealizować zadanie, **ogranicza rywalizację pomiędzy tymi przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty w przetargach, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę.** W konsekwencji, w niniejszej sprawie, złożenie wspólnych ofert przez uczestników Konsorcjum we wszystkich Przetargach na wszystkie sektory ZM GOAPw pierwszej turze (i odpowiednio ofert na sześć z siedmiu Przetargów w dogrywce) zlikwidowało presję konkurencyjną, jaką przedsiębiorcy wywierali wzajemnie na siebie, zmniejszając tym samym intensywność konkurencji w ramach Przetargów.*

Za naruszające art. 6 ust. 1 pkt 7) uokik uznano konsorcjum zawiązane pomiędzy siedmioma podmiotami, kto re dotychczas samodzielnie (jako wykonawcy) lub w mniejszych grupach, konkurowali między sobą w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego – Związek Międzygminny Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej. Okoliczności sprawy były zatem zgoła odmienne od obecnie analizowanych.

3. Tymczasem zarzut Odwołującego sprowadza się do twierdzenia, z e zakazane jest zawiązanie konsorcjum pomiędzy dwoma podmiotami, z których żaden nie może samodzielnie złożyć oferty (członków tej samej grupy kapitałowej), w celu wspólnego wykonania przedmiotu umowy.

Jak podkreśla KIO w wyroku z dnia 05.02.2024 r., KIO 119/24:*Nie każdy rodzaj współpracy między wykonawcami jest traktowany jako zmowa przetargowa. Na ogół zmowa przetargowa polega na uzgodnieniu przez wykonawców cen składanych ofert lub podejmowaniu w postępowaniach określonych działań lub zaniechań w celu doprowadzenia do wyboru oferty droższej. Niewątpliwym jest, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, tworząc konsorcja. Konsorcjum jest bowiem rodzajem porozumienia zawartego między podmiotami, którego założeniem jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego w postaci uzyskania zamówienia i realizacji umowy. Oznacza to, że w konkretnym celu i przez z góry ustalony czas kilku partnerów biznesowych może podjąć ze sobą współpracę na bazie konsorcjum. Konsorcjum jest więc instytucją umożliwiającą wspólne ubieganie się przez niezależnych od siebie przedsiębiorców o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, jest ono uprawnieniem wykonawców, którzy zawiązują konsorcjum w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu bądź też zjednoczenia sił we wspólnej jego realizacji.*

celem nawiązania konsorcjum pomiędzy wykonawcami ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski Sp. z o.o. oraz Altvater Piła Sp. z o.o. jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego w postaci uzyskania zamówienia i realizacji umowy.

Odwołujący stawia tezę, z e zawiązanie konsorcjum nastąpiło w sposób, który miałby *„niedoświadczonemu podmiotowi umożliwić uzyskanie zamówienia, którego uzyskanie warunkowane jest spełnieniem kryterium kwalifikacji, którego podmiot ten nie spełnia"*. Zawiązanie konsorcjum podmiotu doświadczanego z takim, który doświadczenia nie

posiada (nie posiada doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat, a nie doświadczenia w ogóle) i takim, który doświadczenie takie posiada jest działaniem zgodnym z przepisami prawa i dobrymi obyczajami. Gdyby przyjąć, z e zawiązania również takiego konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie bardzo wiadomo, kiedy w ogóle dopuszczalne byłoby wspólne ubieganie się o zmówienie.

Co najważniejsze jednak, **nie jest prawdą, że konsorcjum zostało zawiązane w celu uzyskania zamówienia przez podmiot niedoświadczony. Zostało ono zawiązane w celu uzyskania zamówienia przez konsorcjum i wspólne wykonanie tego zamówienia**. Świadczą o tym treść oferty i okoliczności jej złożenia.

4. Kolejny argument przytoczony przez Odwołującego że:*„oddziały ENERIS, czy też odrębne formalnie podmioty należące do grupy ENERIS funkcjonują na określonym obszarze geograficznym i w praktyce nie konkurują ze sobą o rynek, w tym o kontrakty publiczne na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych udzielanych przez zamawiających funkcjonujących na* w okolicach gm. Barlinek, a ENERIS GORZÓW w rejonie pilskim, na którym funkcjonuje ALTVATER." w okolicach gm. Barlinek, a ENERIS GORZÓW w rejonie pilskim, na którym funkcjonuje ALTVATER." w okolicach gm. Barlinek, a ENERIS GORZÓW w rejonie pilskim, na którym funkcjonuje ALTVATER."

Altvater Piła Sp. z o.o. składa oferty w różnych częściach kraju. Nie jest zatem prawdą, z e Altvater Piła Sp. z o.o. (ani inne spółki z grupy) operuje tylko na określonym obszarze geograficznym.

Gdyby nawet tak było, nie stanowi to przeszkody do składania ofert w innych obszarach geograficznych, ani dowodu na to, że złożenie takiej oferty ma inny cel niz uzyskanie i zrealizowanie zamówienia. Dnia 11.03.2025 r. otwarto Centrum Recyklingu Eneris w Kłodzie, zarządzane przez Altvater Piła Sp. z o.o., co oznacza rozwój spółki i potrzebę poszukiwania nowych rynko w dla pozyskania strumienia odpadów dla instalacji i rozwoju infrastruktury umożliwiającej realizację odbiorów odpadów, kto re następnie zaprocentują w kolejnych postępowaniach.

Obaj konsorcjanci funkcjonują w grupie kapitałowej, kto ra zmierza do osiągnięcia najlepszego wyniku. Nie jest niczym dziwnym, z e konsorcjum pojawia się tam, gdzie jedna spo łka samodzielnie nie może wziąć udziału w postępowaniu. Nie jest tez niczym nienaturalnym, z e konsorcjanta szuka wśród spółek z grupy. Jeśli takie działanie zostałoby uznane za czyn nieuczciwej konkurencji pod znakiem zapytania staje w ogóle sens funkcjonowania grup kapitałowych.

5. W dalszej kolejności Odwołujący przedstawia brak wpisu Altvater Piła sp. z o.o.w Rejestrze Działalności Regulowanej (dalej: „RDR") jako przeszkodę do świadczenia przez ten podmiot usługi lub argument świadczący jakoby pomiot ten nie zamierzał świadczyć usługi.

a. Po pierwsze podkreślenia wymaga, **że wpis do RDR nie był wymagany jako warunek udziału w postępowaniu.**

Potwierdza to wprost odpowiedz Zamawiającego na pytanie nr 5 („Pytaniei odpowiedzi do SWZ nr 1 z dnia 04.02.2025 r.):

Na pytanie wykonawcy:

Zamawiający udział odpowiedzi:

Zgodnie z tym Rozdziałem:

Powyższe jednoznacznie wskazuje, z e wpis do RDR nie stanowił warunku udziału w postępowaniu.

W związku z tym argumentacja Odwołującego obejmuje nic innego jak spóźnioną próbę interpretowania SWZ w zakresie znaczenia wpisu do RDR (jako warunku udziałuw postępowaniu) wbrew jednoznacznym i potwierdzonym w odpowiedziach na pytania postanowieniom.

Obowiązek wpisu do RDR jako warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wywodzi z warunku dotyczącego wpisu do BDO:*dysponowania „aktualnym wpisem do rejestru BDO w zakresie niezbędnym do realizacji umowy prowadzonego przez Marszałka Województwa".* Wskazuje, z e*„ALVATER nie dysponuje stosownym wpisem do BDOw zakresie działu XV".*

Zgodnie z art. 9c ust. 1 ucpg:

1. Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

6. Wpis jest dokonany z chwilą zamieszczenia danych w rejestrze.

9. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta przekazuje marszałkowi województwa wykaz podmiotów wpisanych w danym roku do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz wykreślonych z tego rejestru, zawierający dane, o których mowa w art. 9b ust. 4.

Źródłem uprawnień do odbierania odpadów jest wpis do RDR.

Zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 7) lit. b ustawy o odpadach *podmioty, które uzyskały wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości mają obowiązek złożyć Marszałkowi Województwa wniosek o wpis z zakresu Działu XV.*

W związku z tym wpis do BDO w zakresie od odbierania odpadów komunalnych jest pochodną uzyskania uprawnień do odbioru wynikających z wpisu do RDR. W tym zakresie wpis do BDO ma charakter informacyjny i nie niesie za sobą żadnych dodatkowych uprawnień . Zatem nie jest to ta część BDO, która mogłaby być rozważana w kontekście warunku opisanego w Rozdziale XXII.

Nie jest zatem uprawnioną teza prezentowana przez Odwołującego, jakoby wymóg wpisu do BDO, stanowił

jednoznacznie warunek posiadania wpisu do RDR – wbrew jednoznacznemu stanowisku Zamawiającego w tym zakresie.

Co jednak istotne sam Odwołujący zdaje sobie sprawę, z e brak wpisu w tym dziale (z uwagi na jego charakter) nie oznacza braku spełniania warunku, gdyż nie formułuje zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z powodu braku jego spełniania.

b. Odwołujący formułuje również zarzut, że *„ALTVATER nie posiada **bezpośrednio** zasobu pozwalającego mu na uzyskanie stosownego wpisu (tj. bazy magazynowo-transportowej) położonej w odległości nie większej niż 60 km od gm. Barlinek."*

Posługując się fragmentem uzasadnienia wyroku KIO z dnia 10.07.2018 r., KIO 1247/18 (aktualny) wskazać należy, że: *Jednak okoliczność, że wykonawca posiada siedzibę w innej lokalizacji, oraz jedną bazę magazynowo-transportową, położoną niezgodnie z zasadą bliskości dla realizacji umowy z Zamawiającym, nie może przesądzać, że wykonawca nie może równocześnie dysponować inną bazą (innymi bazami) magazynowo-transportową, położoną zgodnie z zasadą bliskości. Ponieważ innych argumentów Odwołujący nie podał, Izba nie uwzględniła zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd w odniesieniu do dysponowania bazą magazynowo-transportową, położoną zgodnie z zasadą bliskości.*

Altvater Piła Sp. z o.o. posiada tytuł prawny do bazy magazynowo transportowej położ onej w odległości nie większej niż 60 km od gm. Barlinek i dnia 04.03.2025 r. złożył wniosek o wpis do RDR, celem przedstawienia dowodu wpisu przed podpisaniem umowy.

Organ prowadzący rejestr działalności regulowanej wydaje z urzędu zaświadczenie o dokonaniu wpisu do rejestru w terminie 7 dni od dnia wpłynięcia wniosku wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności gospodarczej, dla której rejestr jest prowadzony. Wpis nie następuje w formie decyzji administracyjnej, a obowiązki i zarazem uprawnienia organu w przedmiocie wpisu mają charakter ograniczony do weryfikacji formalnej poprawności wniosku i załączników oraz stwierdzenia, czy nie zachodzą ustawowe przeszkody do dokonania wpisu.

Dnia 6.03.2025 r. Altvater Piła Sp. z o.o. został wpisany do RDR Gminy Barlinek, na dowód czego przedstawia odpowiednie zaświadczenie.

6. W tych okolicznościach nie ma żadnego uzasadniania teza o „zawiązaniu konsorcjum celem formalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu". Na pewno nie świadczy fakt, z e Altvater Piła Sp. z o.o. ubiega się o wpis do RDR po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, a nie przed złożeniem ofert, kiedy to nie wiadomo było czy będzie wykonywał usługi na terenie Gminy Barlinek.

Nie potwierdziła się zatem lansowana przez Odwołującego teza jakoby Altvater Piła Sp. z o.o. nie zamierzała realizować zamówienia. Pozostaje ona tylko tezą Odwołującego, niepopartą dowodami i prezentowaną wbrew treści przepisów prawa, dokumentów zamówienia i treści oferty, gdzie oświadczono wprost, z e Altvater Piła Sp. z o.o. zrealizuje zamówienie.

7. Do stawianej tezy Odwołującego nie pasuje jednak tres ci oferty, zatem Odwołujący stwierdza, z e: *„czynem nieuczciwej konkurencji pozostaje również wprowadzenie Zamawiającego w błąd, poprzez sposób ukształtowania oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p."*

Jako argumenty, które miałyby o tym świadczyć znów wskazuje: brak wpisu do RDRi rzekomy brak „zasobów majątkowych" czyli bazy oraz operowanie na inny obszarze geograficznym. Ponieważ do wszystkich powyższych argumentów Przystępujący odniósł się powyżej, w tym miejscu pozostaje stwierdzić , że Odwołujący sformułował jedynie kolejną tezę o wprowadzeniu w błąd, kto ra nie znajduje uzasadnienia w treści przepisów prawa, dokumentowa zamówienia i treści oferty, gdzie oświadczono wprost, ze Altvater Piła Sp. z o.o. zrealizuje zamówienie.

Innymi słowy, Odwołujący twierdzi, z e Przystępujący wykona przedmiot zamówienia inaczej niż deklaruje, inaczej niż zamierza, a oświadczenie, kto re temu twierdzeniu nie odpowiada uznaje za wprowadzające w błąd. W tym miejscu dla porządku należy wskazać , z e tezy Odwołującego to nie to samo co dowody. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, z e oferta podlega odrzuceniu, dlatego, z e podmiot konkurujący w postępowaniu z wybranym wykonawcą twierdzi, z e wbrew wszystkim dokumentom zgromadzonym w postępowaniu, w jego ocenie „w rzeczywistości" będzie inaczej na co wskazuje jego „doświadczenie życiowe".

8. Odwołujący przytacza tezy z orzeczenia KIO z dnia 02.04.2024 r. KIO 802/24, wskazując, z e wprowadzenie w błąd może oznaczać czyn nieuczciwej konkurencji zapomina jednak, że w okolicznościach tej sprawy udowodniono ponad wszelką wątpliwość , że wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego co do doświadczenia jakim dysponuje. W okolicznościach

Niniejszej sprawy Odwołujący nie kwestionuje doświadczenia Przystępującego. Twierdzi jedynie, że w jego ocenie wykonawca wykona przedmiot zamówienia inaczej niż deklaruje.

Kolejne orzeczenie przytoczone przez odwołującego – wyrok z dnia 23.05.2023 r., KIO 1287/23 – to orzeczenie, w kto rym Izba nie doszukała się podstaw do odrzucenia oferty z tego względu, z e zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdzał jakoby wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd. Podobnie w niniejszym postępowaniu, Odwołujący nie przedstawia żadnego dowodu na poparcie tezy, że Przystępujący wykona przedmiot zamówienia inaczej niż wynika to z oświadczenia – poza gołosłownym, wielokrotnie powtarzanym stwierdzenie, z e tak będzie.

W zakresie spełniania warunku, czyli w praktyce zaniechania wezwania do uzupełniania oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP.

9. Kolejny zarzut Odwołującego dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej: *w warunkach zaniechania wezwania KONSORCJUM ENERIS o poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p., poprzez wyraźne oświadczenie zakresu usług objętych zamówieniem, które będzie realizowane przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i w sposób korespondujący z oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 P.z.p., złożonymi przez poszczególnych wykonawców oraz wykazem wykonanych usług oraz referencjami (podmiotowymi środkami dowodowymi) złożonymi przez KONSORCJUM ENERIS w toku Postępowania. W warunkach zaniechania wezwania KONSORCJUM ENERIS o poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p., wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej pozostaje co najmniej przedwczesny.*

10. Zgodnie z Rozdziałem XXII pkt 2.3. ppkt 1 SWZ:

Oba warunki obejmują wymóg wykonywania usługi w sposób ciągły (przez okres lony czas) w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkanych o określonej masie odpadów.

Sama czynności odbierania odpadów w warstwie technicznej nie rożni się niczym od czynności odbierania odpadów z nieruchomości niezamieszkanych. Nie ma również technicznie żadnej różnicy pomiędzy odbieraniem odpadów z nieruchomości zamieszkanych połoz onych na terenie różnych gmin (w ramach różnych usług). Jednak Zamawiający wymagał, aby usługa potwierdzająca spełnianie warunku była wykonywana w ramach jednej usługi („wykonał w sposób ciągły usługę"), ciągłej („przez okres co najmniej 12 miesięcy"), odpowiednio złożonej („odbieranie i zagospodarowanie odpadów …. w ilości nie mniejszej niż …"). Nie chodzi zatem o doświadczenie w samej technicznej czynności odbierania i zagospodarowania odpadów (bo do spełniania takiego doświadczenia wystarczające byłoby doświadczenie w odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów po prostu), ale umiejętność koordynowania umowy, ciągłe trwającej porównywalny czas i obejmująca podobny wolumen odpadów (o podobny stopniu skomplikowania). Spółka ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski Sp. z o.o. posiada doświadczenie w świadczeniu usług odbierania odpadów i ich zagospodarowania, stale świadcząc usługi na rzecz nieruchomości niezamieszkanych. Wykonuje czynności techniczne związania z odbieranie i zagospodarowaniem tych odpadów, kto re niczym nie ro z nią się do czynności w zakresie nieruchomości zamieszkanych.

Spółka ta nie wykazała jednak doświadczenia w realizacji tych usług na rzecz Gminy lub Związku Międzygminnego, którzy są odbiorcami usług w zakresie nieruchomości zamieszkanych w okresie ostatnich trzech lat. Wcześniej oddział w Gorzowie Wielkopolskim (na bazie którego powstała spółka), z powodzeniem realizował kontrakty na rzecz wielu większych gmin i częściowo Miasta Gorzów Wielkopolski. Jednak od trzech lat spółka bez powodzenia uczestniczy w przetargach na odbierania odpadów. Obecnie jej doświadczenie sięga okresu wcześniejszego nic ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert /Uprzedzając ewentualne zarzuty, jakoby w tych okoliczność należało odwołać się wobec treści SWZ, raz jeszcze Przystępujący podkreśla, że ocena spełniania warunku w kontekście art. 117 ust. 3 powinna odbywać się przez pryzmat celu warunku, który jest widoczny./.

Przyjęcie interpretacji prezentowanej przez Odwołującego, że w okoliczności sprawy ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski Sp. z o.o. nie ma możliwości w ogóle świadczenia usługi odbierania i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkanych (nie może ich świadczyć częściowo pod nadzorem Altvater Piła Sp. z o.o.) oznacza formalne potraktowanie instrumentu w postacie warunku udziału w postępowaniu i art. 117 ust. 3 ustawy PZP, jako czynnika eliminującego z rynku zamówień publicznych. Teza Odwołującego prowadzi do wniosku, z e podmiot, którego doświadczenie nie mieści się w okresie wskazanym przez Zamawiającego nie może uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, przez co nie może nabyć doświadczenia. W przypadku świadczeń takich jak odbieranie i zagospodarowania odpadów z nieruchomości zamieszkanych, gdzie nie można doświadczenia tego nabyć na rynku publicznym, w ogóle nie można mówić o „powrocie na rynek". Takie instrumentalne potraktowania wymogu ustawowego stoi w sprzeczności z celem przepisu, jako mechanizmu gwarancyjnego, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez podmiot, który wykazał odpowiednie doświadczenie. Nie stanowi on jednak kolejnego przepisu zastrzegającego osobiste wykonanie zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy podmiot, który ma doświadczenie w organizowaniu przedsięwzięcia polegającego na ciągłym odbieraniu odpadów o podobnym wolumenie, będzie jako jedyna wykonywała nadzór na realizacją usługi – w całości, w tym monitorowanie wykonywania usługi i kontroli jakości. Podmiot, który nie wykazywał doświadczenia będzie częściowo wykonywał czynności techniczne odbierania i zagospodarowania odpadów. Chodzi tu o nic innego jak skierowanie posiadanych pojazdów i pracowników, do wykonywania czynności określonych, kontrolowanych i weryfikowanych przez Altvater Piła Sp. z o.o.

Tymczasem Odwołujący prezentuje bardzo uproszczoną formułę: warunek dotyczy odbierania i zagospodarowania odpadów, tylko podmiot spełniający warunek może fizycznie wykonywać te czynności. Posługując się sformułowaniem samego Odwołującego – wnioski takie są „wektorowo odmienne" od celu warunku i celu samego przepisu art. 117 ust. 3 i 4 ustawy PZP..

11. Dalej Odwołujący wskazuje, że: *Niezaaprobowanie prezentowanego przez Odwołującego powyżej stanowiska,*

sprowadzałoby się do uznania, że zakres usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych nieruchomości zamieszkałych realizowany przez ALTVATER będzie wyłączny, a co najmniej dominujący. Wniosku takiego nie da się wywieść z treści oświadczenia złożonego przez KONSORCJUM ALVATER (niezależnie od tego, że koliduje on z okolicznościami prezentowanymi powyżej, skłaniającymi do przyjęcia wektorowo odmiennych wniosków).

Odwołujący nie wskazuje jednak z czego wywodzi, że treść oświadczenia powinna zawierać konkretne postanowienia (np. wskazywać na dominujący zakres wykonywania usług przez Altvater Piła Sp. z.o.o.). Zarzut sprowadza się do twierdzenia, że oświadczeniem nie zawiera informacji, kto re w ocenie odwołującego powinny lub mogłyby się tam znaleźć . Istotą sporu jest jednak to, czy oświadczeniem w treści złożonej Zamawiającemu jest wystarczające i czy nie jest wadliwe. Co więcej, Odwołujący nie wskazuje nawet, co w jego ocenie oznaczać by miało wykonywanie czynności odbierania i zagospodarowania odpadów „w dominującym zakresie" i jak miałoby zostać wykazane.

W dniu 18.03.2025 r. (e-mailem) Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Wskazania wymaga, iż za niebudzące wątpliwości i sporu należy uznać, że Eneris Gorzów, nie dysponuje doświadczeniem (mierzonym przedmiotowo i jednocześnie temporalnie) umożliwiającym mu spełnienie kryterium kwalifikacji ustanowionego w postępowaniu. Przystępujący w stanowisku pisemnym oświadcza, że:
„*Jednak od trzech lat spółka bez powodzenia uczestniczy w przetargach na odbierania odpadów. Obecnie jej doświadczenie sięga okresu wcześniejszego nic ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert"*
Wątpliwości nie budzi, że stosownym doświadczeniem dysponuje Altvater. Jednocześnie podmiot ten, co podkreśla Przystępujący, dysponuje wszelkimi uprawnieniami, które wymagane są do realizacji zamówienia i legitymując się:
1) wpisem do BDO w zakresie transportu odpadów komunalnych, spełnił ustanowionyw Postępowaniu warunek dotyczący uprawnień,
2) wpisem do RDR uzyskanym po zakończeniu Postępowania wyborem oferty Konsorcjum Eneris, ma możliwość zawarcia umowy z Zamawiającym.

Powyższe kreuje uzasadnione – co najmniej w świetle podkreślania przez Przystępującego, że ze stanowiska Prezesa UOKiK nr RPZ 12/2022 wydanego dnia 28 grudnia 2022 r. wynika, że *„zawieranie umów konsorcjum przez wykonawców, którzy mogliby samodzielnie (lub w mniejszych konsorcjach) złożyć oferty/zrealizować zadanie, ogranicza rywalizację pomiędzy tymi przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty w przetargach, eliminują konkurencję między sobą, ustalając wspólną ofertę"* – pytanie o cel zawiązania Konsorcjum Eneris. W świetle stanowiska zajmowanego przez Przystępującego, Alvater jest podmiotem, który w pełni samodzielnie mógłby ubiegać się i realizować zamówienie.

Podkreśli, że Alvater Piła nie podejmuje się realizacji zamówień na obszarze co najmniej zbliżonym to obszaru Gminy Barlinek. Ze sprawozdań z działalności Zarządu Alvater za 2023 i 2022 r. (wobec nieopublikowania sprawozdania za 2024 r.) należy wskazać, że niewątpliwie obszar terytorialny działalności Altvater koncentruje się w okolicach Piły oraz Rusocina.

dowód: sprawozdanie Zarządu Atlvater za 2023 i 2022 r.

Siedziba w Pile Lp.	Nazwa Gminy / Związku	Odległość od siedziby
1	Związek Gmin Krajny (gminy Lipka, Łobżenica, Okonek, Tarnówka, Zakrzewo oraz Złotów)	30 – 50 km
2	ZMPRGOK (Krzyż Wielkopolski, Drawsko, Wieleń (pierwszy sektor ZMPRGOK), Czarnków i Ujście (drugi sektor), Miasteczko Krajeńskie, Białośliwie, Wysoka i Kaczory (trzeci sektor) oraz gminę Piła (piąty sektor)	do ok 60 km
3	Gmina Wałcz	ok 25 km
4	Gmina Chodzież	ok 25 km
5	Miasto Chodzież	ok 25 km
6	Gmina Szydłowo	ok 9 km
7	Gmina Lubasz	ok 42 km

Odległość pomiędzy Gminą Barlinek, a:
1) siedzibą w Pile: 120 km
2) oddziałem w Rusocinie: 303 km
Obrazując powyższe w sposób graficzny: /W tym miejscu stosowne zobrazowanie/
Powyższe pozostaje w zgodności z rozlokowaniem obszarów aktywności poszczególnych podmiotów z grupy Eneris:
/W tym miejscu stosowne zobrazowanie/
dowód: wydruk ze strony Eneris

Powyższe ukazuje, że Alvater pomimo, iż posiada możliwość samodzielnego uzyskania i realizacji zamówienia,

ubiega się o nie wespół z Eneris Gorzów. Przystępujący powołuje się na uprzednie kreowanie zbieżnych form współpracy (w tym przy uczestnictwie Alvater), w tym ubiegając się o zamówienie udzielane przez ZCG MG-6 w 2022 r. (obszar Gorzowa Wielkopolskiego), niemniej jednak w ocenie Odwołującego okoliczność, ta nie dowodzi, iż w ramach niniejszego Postępowania Konsorcjum Eneris, nie zostało zawiązanew sposób wypełniający delikt nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze należy wskazać, że postępowanie ZCG MG-6 było prowadzone w 2022 r. (kiedy to Eneris Gorzów mógł legitymować się stosownym doświadczeniem), zakres zamówienia był oczywiście większy zarówno ilościowo (w ujęciu wolumenu odpadów) ja i w wymiarze czasowym, co samoistnie miałoby wpływ na ocenę bytu konsorcjum w tym postępowaniu. Po wtóre rozkład obowiązków pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o tamto zamówienie mógł być odmienny. Ponadto należy wskazać, że oferta Konsorcjum Eneris złożona w ramach postępowania prowadzonego dla ZCG MG-6 prezentowała najniższy poziom korzyści kontraktowo-transakcyjnych lokując się na ostatnim miejscu rankingu ofert stąd też nigdy nie była ocenia przez pryzmat spełnienia kryteriów kwalifikacji w perspektywie oświadczenia z art. 117 ust. 4 P.z.p.

Nie oceniając ogólnej praktyki współpracy podmiotów z grupy Eneris, należy wskazać, że Eneris Gorzów aby uzyskać zamówienie zawiązał konsorcjum z Altvater, celem spełnienia kryterium kwalifikacji, którego samodzielnie spełnić nie mógł. Niemożliwość samodzielnego spełnienia kryterium, wynika z specyfiki jego ukształtowania, albowiem Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu z odniesieniem do świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych. Przyjęty w ramach Postępowania sposób ukształtowania kryterium kwalifikacji nie ma charakteru typowego dla postępowań o udzielenie zamówień publicznych na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych przeprowadzanych przez gminy czy związki międzygminne. Zasadniczo analogiczne kryteria nie wprowadzają ograniczeń co do kategorii nieruchomości z których odpady zostały odebrane.

Na potrzeby postępowania Zamawiający wyraźnie zawęził zakres doświadczenia referencyjnego. Przystępujący, w stosownym terminie ustawowym mógł wnieść odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, w których warunek ten został ukształtowany i wskazywać na okoliczności podnoszone w piśmie z dnia 14 marca 2025 r., zwierzające do wykazania, że specyfika usług realizowanych względem właścicieli nieruchomości niezamieszkałych oraz zamieszkałych, nie wykazuje istotnych różnic. Niezależnie od przyczyn dających asumpt niepodjęcia stosownych działań przez Przystępującego, nie może budzić wątpliwości, iż funkcjonujący w Postępowaniu warunek udaremnia uzyskanie zamówienia samodzielnie Eneris Gorzów.

W ocenie Odwołującego, tylko i wyłącznie ww. okoliczność dała asumpt do utworzenia Konsorcjum Eneris. Istotne jest jednak odnotowanie, że wskazany zabieg ma na celu spełnienie kryterium kwalifikacji w sposób fasadowy, celem umożliwienia Eneris Gorzów realnej realizacji zamówienia w istocie w sposób samodzielny. Na wskazaną okoliczność wskazuje treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p. złożonego przez Konsorcjum Eneris, a także wyrażone stanowisko procesowe. Przystępujący w piśmie z dnia 14 marca 2025 r. podkreśla, że udział Eneris Gorzów w realizacji zamówienia, niezależnie od zakresu w jakim podmiot ten będzie dokonywał odbioru odpadów komunalnych, nie ma w istocie znaczenia dla realnego spełnienia kryterium kwalifikacji, a to ze względu na to, że Alvater będzie nadzorował realizację usług wykonywanych przez Eneris Gorzów, a nadto Eneris Gorzów świadczy usługi na rzecz właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, a więc dysponuje analogicznym doświadczeniem w realizacji usług.

Przystępujący wskazuje, że:

„Spółka ENERIS Surowce Gorzów Wielkopolski Sp. z o.o. posiada doświadczenie w świadczeniu usług odbierania odpadów i ich zagospodarowania, stale świadcząc usługi na rzecz nieruchomości niezamieszkanych. Wykonuje czynności techniczne związania z odbieranie i zagospodarowaniem tych odpadów, kto re niczym nie ro z nią się do czynności w zakresie nieruchomości zamieszkanych."

„Sama czynności odbierania odpadów w warstwie technicznej nie ro z ni się niczym od czynności odbierania odpadów z nieruchomości niezamieszkanych. Nie ma również technicznie żadnej ro z nicy pomiędzy odbieraniem odpadów z nieruchomości zamieszkanych położonych na terenie różnych gmin (w ramach różnych usług)."

„Nie chodzi zatem o doświadczenie w samej technicznej czynności odbierania i zagospodarowania odpadów (bo do spełniania takiego doświadczenia wystarczające byłoby doświadczenie w odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów po prostu), ale umiejętność koordynowania umowy, ciągłe trwającej porównywalny czas i obejmująca podobny wolumen odpadów (o podobny stopniu skomplikowania)."

W ocenie Odwołującego powyższe potwierdza, iż podmiotem, który realnie ma realizować usługę na rzecz Zamawiającego pozostaje podmiot realnie niedoświadczony (w ujęciu ustanowionego kryterium kwalifikacji, jako ustanowionego w postępowaniu miernika). Ustanowiony w postępowaniu miernik, zarówno co do zakresu przedmiotowe jak i temporalnego (3 lata wstecz) mógł być kwestionowany przez Przystępującego, czy też Przystępujący mógł podjąć działania zmierzające do jego dobrowolnej zmiany przez Zamawiającego (poprzez skierowanie pytań do SWZ), ale aktualnie ma charakter obowiązujący i w ocenie Odwołującego, nie można zniekształcać jego treści poprzez przychylną dla Przystępującego interpretację, czy też zawierać konsorcjum celem jego fasadowego i formalnego spełnienia.

W odniesieniu do ww. kwestii należy wskazać, że z oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p. ani innych dokumentów złożonych w Postępowaniu, nie wynika, że Eneris Gorzów ma jakiekolwiek doświadczenie w realizacji usług odbioru odpadów komunalnych, w tym, że w ocenie Przystępującego jest ono zdatne do umożliwienia temu

podmiotowi uczestniczenia w realizacji zamówienia bez naruszenia wymogu art. 117 ust. 3 P.z.p.
Jedyne oświadczenie, które odnosi się do wskazanego aspektu wskazuje, że:
Eneris Gorzów, nawet pomocniczo, nie powołał się na doświadczenie dawne czy na doświadczenie w realizacji usług na rzecz właścicieli nieruchomości niezamieszkałych (o których wspomina w piśmie z dnia 14 marca 2025 r.).

Powyższe oświadczenie, w ocenie Odwołującego, celowo deklaruje, że „częściowy odbiór odpadów komunalnych w przeznaczonych do tego pojemnikach lub workach, z nieruchomości zamieszkałych" będzie wykonywany przez Eneris Gorzów oraz Alvater. Przyjęty zabieg, niedookreślenia zakresu usługi, która będzie świadczona przez poszczególnych członków konsorcjum, ma umożliwić temu podmiotowi swobodne interpretowanie tego pojęcia, który może być odmienne na potrzeby poszczególnych sytuacji.

W ocenie Odwołującego, ze względu na to, że ww. oświadczenie ma charakter przedmiotowo-podmiotowy, tj. określa m.in. sposób realizacji zamówienia a nadto z mocy decyzji ustawodawcy jest składane wraz z ofertą (a nie na wezwanie zamawiającego, jak ma to miejsce w przypadku podmiotowych środków dowodowych), deklarowanie sposobu realizacji zamówienia w sposób odmienny od tego, który będzie miał miejsce, celem spełnienia kryterium kwalifikacji wypełnia znamiona deliktu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie w ocenie Odwołującego, takie oświadczenie nie powinno być możliwe do poprawienia, jako wprowadzającego Zamawiającego w błąd.

Odwołujący mając świadomość, iż w orzecznictwie Izby ukształtowany został pogląd, iż oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p., jako formalnie wykazujące cechy podmiotowego środka dowodowego, może podlegać zmianie (w tym treściowej i merytorycznej) po zastosowaniu procedury wyrażonej w art. 128 ust. 1 P.z.p. sformułował zarzut ewentualny.

Odwołujący, wobec stanowisk Zamawiającego oraz Przystępującego, pragnie podkreślić, iż *ratio legis* art. 117 ust. 4 P.z.p. oraz treść ustanowionego w Postępowaniu warunku nie pozwala na przyjęcie, iż Konsorcjum Eneris wykazało spełnienie kryterium kwalifikacji złożonym wykazem usług (uzupełnionym o referencje) przy rozpatrywaniu go łącznie z oświadczeniem dotyczącym podziału obowiązków członków konsorcjum.

Odwołujący podkreślił, że jego zapatrywanie pozostaje zgodne m.in. z tym wyrażonym przez Izbę w wyroku z dnia 6 lutego 2024 r., KIO 190/24, stosownie do którego:
„Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny sprawy, Izba wskazuje, że analiza okoliczności faktyczny sprawy prowadzi do wniosku, że dwie spółki zawarły umowę konsorcjum. Na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w wykazie złożonym przez konsorcjum zostały wskazane dwie umowy, które były wykonane wyłącznie przez jednego członka konsorcjum - lidera. Z treści zaś oświadczenia złożonego przez Konsorcjum w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że drugie członek konsorcjum będzie realizował zamówienie. Zdaniem Izby taka sytuacja nie jest prawidłowa, a co więcej możliwość oceny doświadczenia w sposób proponowany przez Konsorcjum Solveco nie wynika z postanowień SWZ. Zdaniem Izby, oświadczenie wymagane przez ustawodawcę na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest następstwem dokonanych pomiędzy konsorcjantami ustaleń w zakresie wzajemnego uzupełninia kompetencji czy doświadczenia. Ma więc charakter następczy/wtórny i jest konsekwencją sposobu wykazania przez konsorcjantów spełnienia warunków udziału w postępowaniu. (…) Rodzi się zatem zasadne pytanie czy wystarczającym było spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia wyłącznie przez jednego członka konsorcjum, pomimo, iż z treści oświadczenia z art. 117 ust. 4 wynika, że drugi członek konsorcjum będzie również realizował zamówienie. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę treść SWZ oraz wskazane przepisy ustawy Pzp, obaj członkowie konsorcjum winni wykazać, że spełniają sporny warunek udziału w postępowaniu, bowiem obaj wykonawcy zadeklarowali, że będą wykonywać zamówienie. Gdyby przyjąć stanowisko Konsorcjum Solveco za prawidłowe, to do realizacji zamówienia zostałby dopuszczony wykonawca, które nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie posiadanego zamówienia, a tym samym nie jest spełnione cel jakiemu służy wprowadzenie w SWZ warunków udziałuw postępowania. Jak Izba wskazała powyżej, celem takich warunków jest minimalizowanie ryzyka powierzenia wykonania zamówienia wykonawcy niedoświadczonemu, który może je wykonać po prostu w sposób nieprawidłowy."

Wobec treści argumentacji Przystępującego zasadne jest wskazanie, iż Izba w wyroku z dnia 10 listopada 2023 r., KIO 2828/23, odnoszą się do zbieżnych rodzajowo usług, uznała, że: *„**W niniejszej sprawie z oświadczenia konsorcjantów wynika, że obaj będą wykonywać czynności polegające na fizycznym odbiorze i transporcie odpadów komunalnych. Doświadczenia wyrażającego się w zrealizowaniu usług polegających m. in. na odbieraniu i zagospodarowywaniu odpadów dotyczył również warunek udziału w postępowaniu. Tymczasem tylko jeden z członków Konsorcjum wykazał się wymaganym doświadczeniem.** Niewątpliwie widać zatem, że pomiędzy złożonym wykazem usług, a oświadczeniem o podziale obowiązków złożonym wraz z ofertą, istnieją rozbieżności. Z oświadczenia wynika, że każdy z członków konsorcjum będzie wykonywać czynności polegające na odbiorze odpadów, a zdolnościami wymaganymi do realizacji tejże czynności legitymuje się tylko jeden z nich. Jest to sytuacja niedopuszczalna na gruncie art. 117 ust. 3, a zatem Zamawiający dostrzegając powyższe rozbieżności powinien był wystosować wezwanie do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych (za który należy również uznać oświadczenie z art. 117 ust. 4). Z poprawionych dokumentów powinno wynikać, że tylko ten z członków Konsorcjum, który wykazuje się odpowiednimi zdolnościami, będzie wykonywał czynności opisane warunkiem udziału lub stosownymi*

zdolnościami powinni wykazać się obaj członkowie Konsorcjum.
Z powyższych względów Izba uznała postawiony zarzut za zasadny. Biorąc jednak pod uwagę, że uwzględniony został zarzut dalej idący, podjęcie przez Zamawiającego ww. czynności pozostaje bezprzedmiotowe."

Wbrew stanowisku Przystępującego, nie jest tak, że Eneris Gorzów (jako podmiot niedoświadczony w perspektywie ustanowionego kryterium kwalifikacji) może swobodnie realizować usługi odbioru odpadów, albowiem są to zwykłe czynności techniczne, a przez to warunek ten miałby nie mieć doniosłości w tym obszarze i kluczowe znaczenie ma to kto nadzoruje realizację zamówienia. Wyraźna treść warunku, jak i przedmiot zamówienia, przeczą takiemu zapatrywaniu.

Przystępujący podnosi, że:

„W okolicznościach niniejszej sprawy podmiot, który ma doświadczenie w organizowaniu przedsięwzięcia polegającego na ciągłym odbieraniu odpadów o podobnym wolumenie, będzie jako jedyna wykonywała nadzór na realizacją usługi – w całości, w tym monitorowanie wykonywania usługi i kontroli jakości. Podmiot, który nie wykazywał doświadczenia będzie częściowo wykonywał czynności techniczne odbierania i zagospodarowania odpadów. Chodzi tu o nic innego jak skierowanie posiadanych pojazdów i pracowników, do wykonywania czynności określonych, kontrolowanych i weryfikowanych przez Altvater Piła Sp. z o.o."

Powyższe stanowi próbę bagatelizowania istoty ustanowionego kryterium kwalifikacji i jego modyfikacji w procesie interpretacji, celem wykazani, że złożone w postępowaniu oświadczenia wykazują spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Niemniej jednak interpretacja taka prowadzi wprost do wypaczenia istoty tego warunku i umożliwienia udziału w realizacji zamówienia podmiotowi niedoświadczonemu (w perspektywie mierników ustanowionych w postępowaniu).

Odwołujący wskazuje dodatkowo, że „nadzór" stanowi pilnowanie zgodności czyjegoś postępowania lub działania w przyjętymi normami lub oczekiwaniami /https://wsjp.pl/haslo/podglad/27318/nadzor/4986163/czynność/. Nadzorowanie, na które powołuje się Konsorcjum Eneris w oświadczenie, nie stanowi zatem rozszerzonego zakresu działalności, który skutkowałby tym, że zasoby sprzętowe Eneris Gorzów będą realizować zamówienie na rzecz Alvater, w konstrukcji zbliżonej do podwykonawstwa, czy wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego (tj. kierowanie pojazdów i pracowników kontrolowanych i weryfikowanych przez Alvater).

Przystępujący podnosi przy tym, że przyjmowana przez niego optyka interpretacyjna jest jedyną właściwą, gdyż inna (sformalizowana) udaremniałaby Eneris Gorzów powrót na rynek zamówień publicznych. Stanowisko to jest całkowicie nieuprawnione, albowiem nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formułowane są zbieżne warunki udziału w postępowaniu. Po wtóre podmiot ten posiada prawne możliwości oddziaływania (w odpowiednim momencie) na treść ustanawianych kryteriów. Niezależnie jednak od powyższego należy wskazać, iż stan w jakim znajduje się Eneris Gorzów jest irrelewantny dla badania czy Konsorcjum Eneris spełniło kryterium kwalifikacji. Nie jest właściwym uznanie spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia, wyłącznie celem umożliwienia Eneris Gorzów powrotu na rynek zamówień publicznych, z jednoczesnym naruszeniem regulacji prawnych.

Zamawiający stawianych zarzutów podnosi, że:

„Nie oznacza to bynajmniej, że drugi z wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia, nie mógłby w jakimkolwiek zakresie realizować części zamówienia polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów. Gdyby dopuścić taką możliwość, wówczas w preferencyjnej sytuacji postawieni byliby przykładowo wykonawcy realizujący zamówienie przy wykorzystaniu podwykonawców, którzy – teoretycznie – nie są zobligowani do posiadania żadnego doświadczenia w realizacji zamówienia, a wtenczas byliby jego faktycznymi wykonawcami. Nie trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której zamówienie udzielane jest wykonawcy spełniającemu samodzielnie wszystkie postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a następnie delegującemu realizację zamówienia (niejednokrotnie w części zbliżonej do całości zamówienia), podwykonawcy, który nie legitymuje się żadnym doświadczeniem w tym zakresie, a które to doświadczenie
podwykonawca nabywałby przy realizacji rzeczonego zamówienia (doświadczenie w ramach warunku nie jest bowiem wymagane jedynie w realizacji podmiot prywatny – zamawiający publiczny). Zarówno w tej konfiguracji, jak i w konfiguracji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia odpowiedzialność ponosiłby wykonawca (samodzielnie lub solidarnie wespół z wykonawca wspólnie ubiegającym się o realizację zamówienia)."

W pierwszej kolejności wskazał, iż w relacji zamawiający, a wykonawca, to ten drugi odpowiada za realizację zamówienia, w tym przez podwykonawców (jak za działania własne). Po wtóre należy podkreślić, że Zamawiający postanowieniem § 8 ust. 2 PPU zastrzegł, że „Do zawarcia umowy przez Wykonawcę z podwykonawcami wymagana jest zgoda Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez Wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.". Z kolei § 8 ust. 6 PPU zawiera zastrzeżenie, że *„Zatrudnienie podwykonawcy bez uzyskania zgody Zamawiającego stanowi podstawę do naliczenia kary umownej, o której mowa w §9 ust. 2 pkt 14) Umowy*.".

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wyraźnie zastrzegł, iż będzie dokonywał stosownej weryfikacji podwykonawców, nie wyłączając z tego zakresu analizy posiadania przez nich stosownego (adekwatnego i proporcjonalnego) doświadczenia w realizacji usług co do których jakość gwarantowana jest przez wykonawcę, który

spełnia warunki udziału w postępowaniu. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, stosowna weryfikacja następuje na etapie udzielania zamówienia, z mocy decyzji ustawodawca i treści art. 117 ust. 4 i 3 P.z.p. W konsekwencji nie jest uprawnione przyjęcie, że dopuszczenie do realizacji zamówienia, podmiotu niedoświadczonego, tylko dlatego, że ubiega się wspólnie o zamówienie z podmiotem doświadczonym jest zgodne z przepisami P.z.p., odczytywanymi przez pryzmat zasady równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego jest biegunowo odmiennie, gdyż uprzywilejowane traktowanie Konsorcjum Eneris i dopuszczenie do realizacji zamówienia przez Eneris Gorzów i to w niedookreślonym zakresie usług, skutkuje naruszeniem art. 16 P.z.p.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymiponiżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Zamawiający nieobecny prawidłowo zawiadomiony o terminie) oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w rankingu złożonych ofert w zajął drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwana dalej: „SWZ", oferty Przystępującego i Odwołującego, oświadczenia Przystępującego z art. 117 ust. 4 Pzp oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania na okoliczności wskazane w piśmie:
1) Wydruk Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Burmistrza gm. Barlinek;
2) Wydruk BDO ALTVATER.

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego Przystępującego na okoliczności wskazane w piśmie:
1) Dowód 1 - Wpis do RDR_Altvater Piła_Gmina Barlinek; 2) Dowód 2 - Informacja z otwarcia ofert_ZCG MG-6_22_01_14.

Nadto, Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowegozałączone do pisma procesowego Odwołującego na okoliczności wskazane w piśmie:
1) Altvater Piła Spz o o Sprawozdanie z działalności Zarządu za 2022 rok (1); 2) Altvater Piła Spz o o Sprawozdanie z działalności Zarządu za 2023 rok (2); 3) Wydruk ze strony Eneris.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentacje wynikającą z odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego oraz pisma procesowego Odwołującego, jak i stanowiska i oświadczenia stron (Zamawiający nieobecny prawidłowo zawiadomiony o terminie) oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 226 ust. 1 pkt 7 P.z.p. (oraz przepisów wskazanych w uzasadnieniu zarzutu), tj. w sytuacji w której oferta KONSORCJUM ENERIS podlega odrzuceniu jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem KONSORCJUM ENERIS zostało zawiązane wyłącznie celem fasadowego wykazania spełnienia kryterium kwalifikacji dotyczącego doświadczenia, czemu współtowarzyszy dopuszczenie się deliktu nieuczciwej konkurencji również poprzez złożenie wprowadzającego w błąd Zamawiającego, oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p. (oświadczenia o podziale obowiązków pomiędzy członkami KONSORCJUM ENERIS),

ewentualnie (na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1, który jest zarzutem dalej idącym co do konsekwencji):

2) w warunkach zaniechania wezwania KONSORCJUM ENERIS o poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p., poprzez wyraźne oświadczenie zakresu usług objętych zamówieniem, które będzie realizowane przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i w sposób korespondujący z oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 P.z.p., złożonymi przez poszczególnych wykonawców oraz wykazem wykonanych usług oraz referencjami (podmiotowymi środkami dowodowymi) złożonymi przez KONSORCJUM ENERIS w toku postępowania. W warunkach zaniechania wezwania KONSORCJUM ENERIS o poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 P.z.p., wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej pozostaje co najmniej przedwczesny.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego oraz pisma procesowego Odwołującego. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i mo dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby konsorcjum nie zostało zawiązane celem fasadowego wykazania spełniania kryterium kwalifikacji dotyczącego doświadczenia, a w konsekwencji nie dopuszczono się delictu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie wprowadzającego w błąd oświadczenia.

Zdaniem Izby zawiązano konsorcjum w celu uzyskania zamówienia przez konsorcjum i wspólnego wykonania tego zamówienia (wspólny cel gospodarczy). Świadczy o tym po pierwsze, okoliczność że obaj członkowie konsorcjum posiadają aktualny wpis do rejestru działalności gospodarczej BDO w zakresie niezbędnym do realizacji umowy prowadzonym przez Marszałka Województwa, po drugie wymaganym doświadczeniem legitymuje się Alvater Piła Sp. z o.o., po trzecie Alvater Piła Sp. z o.o. posiada wpis do rejestru działalności regulowanej Gminy Barlinek, który jednak nie był wymagany na etapie składania, lecz warunkiem niezbędnym do zawarcia umowy (uzyskał wpis 06.03.2025 r. – dowód załączony do stanowiska Przystępującego). Nadto, w związku z uzyskaniem wpisu do RDR w Gminie Barlinek należy uznać, że Alvater Piła Sp. z o.o. dysponuje bazą magazynowo – transportową w odległości nie większej niż 60 km do Gminy Barlinek (w tym tytułem prawnym do niego). Wobec tych okoliczności, Izba uznała że Przystępującynie złożył oświadczenia (z art. 117 ust. 5 Pzp) celem wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Nadto, Izba uznała za wiarygodne stanowisko Przystępującego z rozprawy, że podmiot mniej doświadczony jest potrzebny Alvater Piła Sp. z o.o.m.in. z tego powodu, iż jest on (ENERIS Gorzów) blisko Zamawiającego, dysponuję odpowiednią infrastrukturą na potrzeby realizacji zamówienia dla Zamawiającego, taka jak baza magazynowo – transportowa, czy też PSZOK. Izba zgadza się ze stanowiskiem Przystępującego, że częstą praktyką jest, że dany Wykonawca chcąc realizować zamówienie na nowym obszarze to korzysta z istniejącego na tym obszarze podmiotu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Względem treści zarzutu, Izba konfrontując treść złożonego oświadczenia (przywołanego w odwołaniu) ze stanowiskiem z rozprawy Przystępującego uznała zarzut za zasadny. W konsekwencji nakazując stosowną czynność Zamawiającego.

Izba nie przeczy, że nie ma żadnego wzoru składania oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp. Jednakże, że złożonego oświadczenia nie wynika, że ENERIS Gorzów będzie wykonywał częściowo odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości zamieszkałych poprzez wsparcie techniczne lidera (Alvater Piła Sp. z o.o.) w realizacji zamówienia, tj. skierowanie posiadanych pojazdów i pracowników do wykonywania określonych kontrolowanych i weryfikowanych przez Alvater Piła Sp. z o.o., czyli zasoby sprzętowe ENERIS Gorzów będą realizowały zamówienie na rzecz Alvater Piła Sp. z o.o.

Inaczej mówiąc wobec niejednoznacznego oświadczenia w zakresie części realizowanej przez ENERIS Gorzów teza o nadzorze Alvater Piła Sp. z o.o. nad usługami realizowanymi przez ENERIS Gorzów nie wynika wprost z oświadczenia i wybrzmiała jasno dopiero na rozprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a i b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji. Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, czyli łącznie 18 600, 00 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 p 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczeg ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz 2437).

Jednocześnie Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów w oparciu o § 7 ust. 5 wskazanego wyżej rozporządzenia. Uznając, że przemawia za tym rodzaj uwzględnionego zarzutu, jego waga, jak i sytuacja procesowa, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. Przede wszystkim uwzględniony zarzut Odwołującemu daje szansę na osiągnięcie celu wynikającego z wniesionego odwołania. Odwołujący skutecznie podważył dokonaną ocenę oferty Przystępującego i wybór jego oferty przez Zamawiającego.

Przewodniczący:

……