Sygn. akt: KIO 956/16

WYROK
z dnia 15 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu, ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Krzeszowice, ul. Ogrodowa 1, 32-065 Krzeszowice**

przy udziale wykonawcy **REMONDIS Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Półłanki 64, 30-740 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 956/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu, ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu, ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie.**

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 907/16

Uzasadnienie

Gmina Krzeszowice, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie gminy Krzeszowice”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 kwietnia 2016 r., nr 2016/S 067-117280.

W dniu 25 maja 2016 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Remondis Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawcą Remondis Kraków”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 3 czerwca 2016 r. (pismem z dnia 2 czerwca 2016 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 2 czerwca 2016 r.) wobec następujących zaniechań oraz czynności zamawiającego:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Remondis Kraków, pomimo iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona;

2. zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Remondis Kraków, pomimo iż wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą, bowiem ponownie złożony przez tego wykonawcę wykaz usług nie potwierdzał spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert;
3. zaniechania wezwania wykonawcy Remondis Kraków do złożenia wyjaśnień w zakresie udowodnienia rzeczywistego korzystania przez tego wykonawcę z potencjału podmiotu trzeciego;
4. zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu wystawiającego poświadczenie należytego wykonania usługi, tj. Burmistrza Miasta Lębork o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów oraz zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień;
5. zaniechania wykluczenia wykonawcy Remondis Kraków, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą;
6. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:
1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Remondis Kraków pomimo, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, co w konsekwencji powinno prowadzić do uznania jego oferty za odrzuconą;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Remondis Kraków, pomimo iż złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co w konsekwencji powinno prowadzić do uznania jego oferty za odrzuconą;
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Remondis Kraków, pomimo iż wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, iż będzie w sposób rzeczywisty dysponował zasobami podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, ponadto zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało podpisane przez osobę nieupoważnioną;
4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu wystawiającego poświadczenie należytego wykonania usługi, tj. Burmistrza Gminy Miasta Lębork, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów oraz zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy Remondis Kraków o złożenie wyjaśnień, pomimo iż przedłożony przez wykonawcę Remondis Kraków wykaz usług powinien wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do prawdziwości podanych w nim danych;
5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty wykonawcy Remondis Kraków jako najkorzystniejszej, która podlegała odrzuceniu;
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:
1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia wykonawcy Remondis Kraków;
3. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez pozostałych wykonawców niepodlegających odrzuceniu;

4. zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków,

które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Remondis Kraków, pomimo, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania wezwania wykonawcy Remondis Kraków do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego odwołujący podniósł, iż z dokumentów złożonych przez wykonawcę Remondis Kraków nie wynika jednak fakt spełniania przez warunków udziału w postępowaniu i to z kilku przyczyn, tj.:

- zamawiający powinien powziąć wątpliwość, co do rzeczywistego odbioru takiej liczby odpadów7 gromadzonych selektywnie w okresie dwunastu miesięcy. Zgodnie bowiem z poświadczeniem należytego wykonania usług wydanym przez Burmistrza Miasta Lębork z dnia 25 maja 2015 roku odebrane odpady gromadzone w sposób selektywny, tj. papier i makulatura, szkło, tworzywa sztuczne, metal oraz opakowania wielomateriałowe zostały odebrane przez okres realizacji usługi w ilości 1.375 Mg. Mając zaś na uwadze fakt, iż usługa trwała 18 miesięcy, a zatem 1,5 roku, to odpady gromadzone w sposób selektywny zostały odebrane w ilości ok. 917 Mg/rok. Powyższe uzasadnia zatem fakt, iż wykonawca Remondis Kraków nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie wykazał świadczenia dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, w ramach których odebrano odpady komunalne gromadzone selektywnie (np. papier, szkło, plastik) w ilości co najmniej 1000 Mg/rok.

Wykonawca był już wzywany do uzupełnienia wykazu i to właśnie w zakresie wykazania usługi odbierania odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny, jednak pomimo uzupełnienia przedmiotowego wykazu, nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dlatego też zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę z postępowania oraz uznać jego ofertę za odrzuconą.

- Wykonawca Remondis Kraków wykazał spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia poprzez dołączenie do wykazu wykonanych usług (załącznik nr 4 do SIWZ) zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Remondis Sp. z o.o. z/s w Warszawie, oddającego do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby. Remondis Sp. z o.o. z/s w Warszawie wskazała w przedłożonym zobowiązaniu, iż użycza wykonawcy Remondis Kraków doświadczenia w zakresie wynikającym z tabeli, która w swej treści i brzmieniu jest dokładnie taka, jak tabela wskazana przez wykonawcę Remondis Kraków Sp. z o.o. w wykazie wykonanych usług, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Wykonawca Remondis Kraków wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w całości polega zatem na doświadczeniu innego podmiotu, jakim jest Remondis Sp. z o.o. z/s w Warszawie.

Wykonawca Remondis Kraków wskazał w ofercie, że powierzy do wykonania podwykonawcy część zamówienia jedynie w zakresie transportu odpadów. Zaś z przedłożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, iż będzie on brał udział w realizacji zamówienia w charakterze doradczym, konsultacyjnym i szkoleniowym w zakresie, którego dotyczy użyczone przez niego doświadczenie. Remondis Sp. z o.o. z/s w Warszawie w przedłożonym zobowiązaniu wskazała jedynie bardzo lakonicznie i ogólnikowo, że będzie brać udział w realizacji zamówienia w charakterze doradczym, konsultacyjnym i szkoleniowym. Zobowiązała się również do współpracy z wykonawcą Remondis Kraków jednak jedynie w wyżej wskazanym charakterze doradczym i konsultacyjnym. Nie wskazała jednak konkretnie na czym to doradztwo czy konsultacje będą polegały, nie wskazała również planu szkoleń, czy terminów konsultacji, nie sposób zatem stwierdzić czy rzeczywiście będzie brała czynny, praktyczny udział w realizacji zamówienia. Nie została również przedłożona umowa współpracy, nie można zatem stwierdzić, czy udostępnienie wiedzy, a w szczególności doświadczenia przez Remondis sp. z o.o. z/s w Warszawie nie ma charakteru iluzorycznego. Tym samym nie można stwierdzić, że wykonawca Remondis Kraków wykazał warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą, a przede wszystkim stosownym doświadczeniem.

Wymagane udowodnienie potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępniania, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca Remondis Kraków będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać. Wykonawca Remondis Kraków powinien więc opisać nie tylko sam zakres udostępnianej wiedzy i doświadczenia, lecz także sposób udostępnienia i dowody realności udostępnienia. Nie można uznać, iż dowodem realności

takiego udostępnienia jest lakoniczne sformułowanie, iż „powyższe zobowiązanie ma charakter realny, a stosunek łączący wykonawcę, z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów. Wykonawca Remondis Kraków powinien udowodnić dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego nie później, niż na dzień złożenia oferty. Przy tym termin ten nie może być dłuższy, aniżeli do momentu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a zatem do dnia 12 maja 2016 roku, do godziny 9:45 (zob. pkt. 16.2 SIWZ). Zobowiązanie Remondis Sp. z 0.0. z/s w Warszawie jest datowane na dzień 12 maja 2016 roku, mając jednak na uwadze fakt, iż zostało przedłożone zamawiającemu dnia 19 maja 2016 roku, nie można stwierdzić czy na dzień złożenia oferty Wykonawca Remondis Kraków rzeczywiście tym zasobem dysponował. Wykonawca Remondis Kraków Sp. z 0.0. nie wykazał dysponowania udostępnionym

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Remondis Kraków, pomimo, że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania odwołujący podniósł, iż zamawiający po dniu 19 maja 2016 roku (a więc po dniu złożenia

przez wykonawcę Remondis Kraków uzupełnionego wykazu wykonanych usług) nie wzywał tego wykonawcy do ponownego uzupełnienia dokumentów, a z akt postępowania nie wynika również by podejmował jakiekolwiek inne czynności bądź by to wykonawca Remondis Kraków składał jeszcze jakiekolwiek inne dokumenty. Nie ulega zatem wątpliwości, iż powyższa zamiana dokumentów była dokonana niejako poza prowadzonym przez zamawiającego postępowaniem. Wykonawca zamieniając dokument, który został przekazany zamawiającemu dnia 19 maja 2016 roku, działał z zamiarem wygrania przedmiotowego przetargu. Nie chciał się narazić na możliwość zarzucenia mu niespełniania warunków udziału w postępowaniu w dacie składania ofert, a zatem bezpieczniejsze dla tego wykonawcy było zamienienie przedmiotowego dokumentu, na ten, w którym została wskazana data jego sporządzenia na dzień 12 maja 2016 roku (a więc na dzień otwarcia ofert). Zamawiający dopuścił się wielu uchybień w przeprowadzonym postępowaniu. W dniu 25 maja 2016 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, nie wskazał przy tym żadnego uzasadnienia dla podejmowanej przez siebie decyzji.

Nadto dodał, iż przekazane zamawiającemu dnia 19 maja 2016 roku następujące dokumenty: zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby, poświadczenia należytego wykonania usług oraz pełnomocnictwo dla Pana G.S., upoważniające go do reprezentowania Spółki Remondis, złożone zostały w formie kolorowych kserokopii, nie zaś w formie oryginałów bądź kopii poświadczonych za zgodność. Prócz niewłaściwej formy, przedłożone pełnomocnictwo dla Pana G.S. zawiera dość istotna nieprawidłowość, bowiem pełnomocnictwo to rodzajowo nie upoważnia Pana G.S. do udostępnienia zasobów firmy Remondis. Czynności Pana G.S., do których został upoważniony związane są raczej z podpisywaniem wszelkiego rodzaju dokumentów składanych w trybie ustawy Pzp. Jednakże istotne jest wskazanie, że udostępnienie zasobów danego podmiotu ma znaczenie dużo szersze, aniżeli składanie dokumentów przetargowych, upoważnia ono bowiem w tym przypadku do przekazania konkretnego doświadczenia poprzez doradztwo, konsultacje i szkolenia. Tak więc aby przekazać część doświadczenia danej firmy nie wystarczy przedłożone przez wykonawcę pełnomocnictwo, upoważniające jedynie do dokonywania czynności w nim wyszczególnionych. I w tym przypadku, złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego ma walor iluzoryczny, będący jedynie celem do wygrania niniejszego przetargu przez Wykonawcę Remondis Kraków.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania zwrócenia się do Burmistrza Gminy Miasta Lębork o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów odwołujący podniósł, iż analizując treść poświadczenia załączonego wraz z wykazem wykonanych usług przez wykonawcę Remondis Kraków zamawiający powinien powziąć wątpliwość, co do rzeczywistego odbioru takiej liczby odpadów gromadzonych selektywnie w okresie dwunastu miesięcy. Zgodnie bowiem z poświadczeniem należytego wykonania usług wydanym przez

Burmistrza Miasta Lębork W.N. dnia 25 maja 2015 roku odebrane odpady gromadzone w sposób selektywny, tj. papier i makulatura, szkło, tworzywa sztuczne, metal oraz opakowania wielomateriałowe zostały odebrane przez okres realizacji usługi w ilości 1.375 Mg. Mając zaś na uwadze fakt, iż usługa trwała 18 miesięcy, a zatem 1,5 roku, to odpady gromadzone w

sposób selektywny zostały odebrane w ilości ok. 917 Mg/rok. Zamawiający powinien zatem powziąć wątpliwości, co do prawdziwości danych zawartych w przedłożonym przez wykonawcę Remondis Kraków wykazie wykonanych usług, bowiem obliczenia arytmetyczne mogą sugerować wskazanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, w przedłożonym wykazie. Tym bardziej, że porównując podaną przez wykonawcę Remondis Kraków ilość odebranych odpadów komunalnych zmieszanych w ramach tej samej usługi dla Miasta Lębork z poświadczeniem Burmistrza Miasta Lębork, należy uznać, iż wskazane dane arytmetyczne, co do zasady, się pokrywają. Wykonawca Remondis Kraków w przedłożonym wykazie wskazał, iż odebrał 7.000 Mg/rok zmieszanych odpadów komunalnych, zaś z poświadczenia Burmistrza Miasta Lębork wynika, iż w trakcie realizacji usługi (1,5 roku) Wykonawca odebrał 10.944 Mg, a więc 7.296 Mg/rok. Tym bardziej zatem zamawiający powinien powziąć wątpliwość, co do prawidłowości danych podanych przez Wykonawcę w wykazie.

W dniu 3 czerwca 2016 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawca Remondis Kraków otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 6 czerwca 2016 r. (pismem z dnia 3 czerwca 2016 r.) wykonawca Remondis Kraków zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający złożył w dniu 13 czerwca 2016 r. odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak biorąc również pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie

odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Remondis Kraków, pomimo, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie. 9.2.2) SIWZ podał, iż „w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający wymaga przedstawienia: - w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonania, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, wykonywania co najmniej dwóch usług, odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, w ramach których odebrano odpady komunalne zmieszane z terenu nieruchomości, w ilości co najmniej 5000 Mg/rok oraz co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, w ramach których odebrano odpady komunalne gromadzone selektywnie (np. papier, szkło, plastik) w ilości co najmniej 1000 Mg/ rok.”.

Wykonawca Remondis Kraków złożył w załączeniu do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego, w treści którego wskazano referencyjne usługi.

Zamawiający, pismem z dnia 16 maja 2016 r., wezwał wykonawcę Remondis Kraków do złożenia wykazu wykonanych usług w terminie do dnia 19 maja 2016 r., podając m.in., iż przedstawiony wykaz nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w związku z tym „należy przedstawić jedną usługę odbioru odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie (wraz z poświadczeniem), zgodnie z wymaganiami podanymi w SIWZ”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Remondis Kraków złożył w załączeniu do pisma z dnia 19 maja 2016 r. (w formie faksowej) m.in. załącznik nr 4 do oferty z wykazem usług wraz z dowodami, że zostały one wykonane należycie. Wykaz usług został opatrzony datą „19.05.2016 r.". W złożonym zobowiązaniu podmiotu trzeciego (poz. 4) wyspecyfikowano usługę zrealizowaną na rzecz Gminy Miasta Lębork na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstających w gospodarstwach domowych na terenie Gminy Miasta Lębork", w kolumnie 3 „Ilość Mg", wskazując „odpady komunalne gromadzone selektywnie 1 250 Mg/rok".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający wymagał wykazania się realizacją usługi, w ramach której odebrano odpady komunalne gromadzone selektywnie w ilości co najmniej 1000 Mg/rok. I taką usługą, usługą wyspecyfikowaną w pozycji 4 uzupełnionego zobowiązania wykazał się wykonawca Remondis Kraków. W ramach uzupełnienia wykonawca podał bowiem usługę zrealizowaną na rzecz Gminy Miasta Lębork wskazując, iż odpady komunalne gromadzone selektywnie wyniosły 1 250 Mg/rok. Na dowód prawidłowego wykonania tej usługi wykonawca przedłożył poświadczenie należytego wykonania usług, w którym wyspecyfikowano m.in. odpady komunalne gromadzone selektywnie, tj. odpady komunalne ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji oraz odpady zielone w ilości: 502 Mg; papier i makulaturę, szkło, tworzywa sztuczne, metal oraz opakowania wielomateriałowe: 1 375 Mg oraz meble i inne odpady wielkogabarytowe w ilości: 129 Mg. Tak więc w ramach tej usługi – jak wykazał zamawiający – przez 12 miesięcy zebrano 1 337 Mg odpadów. Wielkość odebranych odpadów gromadzonych selektywnie wyliczył zamawiający na podstawie wystawionego poświadczenia stwierdzając, iż jest to wielkość, która jednoznacznie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Dane podane w poświadczeniu pozwalały na dokonanie takich przeliczeń, a co za tym idzie dane te potwierdzają, iż nie ma podstaw do pozyskiwania jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień Burmistrza Gminy Miasta Lebork. Twierdzenia odwołującego są w tym zakresie są jedynie jego niczym niepopartymi dywagacjami.

Zarzut dotyczący uzupełnionych dokumentów (w kontekście wskazanych na uzupełnionym wykazie terminów) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający, pismem z dnia 16 maja 2016 r., wezwał wykonawcę Remondis Kraków do złożenia wykazu wykonanych usług w terminie do dnia 19 maja 2016 r., podając m.in., iż przedstawiony wykaz nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w związku z tym „należy przedstawić jedną usługę odbioru odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie (wraz z poświadczeniem), zgodnie z wymaganiami podanymi w SIWZ".

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Remondis Kraków złożył w załączeniu do pisma z dnia 19 maja 2016 r. (w formie faksowej) m.in. załącznik nr 4 do oferty z wykazem usług wraz z dowodami, że zostały one wykonane należycie. Wykaz usług został opatrzony datą „19.05.2016 r.".

W dacie tej (19 maja 2016 r.) wykonawca Remondis Kraków złożył także oryginały uzupełnianych dokumentów, w tym wykaz usług opatrzony datą „12.05.2016 r.".

Odwołujący zakwestionował te dokumenty, podnosząc m.in., iż doszło do zamiany dokumentów poza prowadzonym przez zamawiającego postępowaniem, co wypełnia

znamiona czynu polegającego na złożeniu nieprawdziwych informacji i podyktowane było zamiarem wygrania przetargu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca Remondis Kraków, co jest niewątpliwe, złożył w wyniku uzupełnienia w formie mailowej wykaz wykonanych usług, który był opatrzony datą „19.05.2016". W dacie tej złożył także plik dokumentów (dokumenty uznane przez zamawiającego za oryginały), wśród których był wykaz wykonanych usług opatrzony datą „12.05.2016". Dokumenty przesłane w formie faksowej, jak i plik dokumentów zostały złożone zamawiającemu w terminie

wskazanym przez niego w wezwaniu kierowanym do wykonawcy Remondis Kraków, tj. „faksem lub pocztą elektroniczną do dnia 19 maja 2016 r.”.

Dokumenty uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Termin składania ofert to 12 maja 2016 r. a termin uzupełnienia dokumentów w formie elektronicznej lub faksowej to 19 maja 2016 r. W dacie uzupełnienia dokumentów, tj. „do dnia 19 maja 2016 r.”, dokumenty w dopuszczonej przez zamawiającego formie zostały złożone i potwierdzają zaistnienie określonych okoliczności (zrealizowania wskazanych usług) na dzień składania ofert. Dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być bowiem uzupełniane i wystawiane po terminie składania ofert o ile potwierdzają spełnianie warunku na dzień składania ofert. Wykonawca przedłożył wykaz i wyspecyfikował w nim usługi już zrealizowane, potwierdzające spełnianie warunku udziału na dzień składania ofert. Każdy z tych dokumentów potwierdza bowiem spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Tym sam data uwidoczniona na uzupełnionych wykazach jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tego postępowania. W tym stanie faktycznym nie może być także mowy o złożeniu przez wykonawcę Remondis nieprawdziwych informacjach.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na to, że doszło do nieuprawnionej zamiany dokumentów. Jego twierdzenia w tym zakresie są więc gołosłowne i niczym nie poparte. Odwołujący, mimo, iż postawił zarzuty w tym zakresie – jak sam przyznał na rozprawie - nie zgłaszał ich organom ścigania. Reasumując Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzuty dotyczące uzupełnionych dokumentów, tj. zobowiązania podmiotu trzeciego, poświadczenia należytego wykonania usług oraz pełnomocnictwa dla Pana G.S. nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż zamawiający, pismem z dnia 16 maja 2016 r., wezwał wykonawcę Remondis Kraków do złożenia wykazu wykonanych usług w terminie do dnia 19 maja 2016 r., podając m.in., iż przedstawiony wykaz nie potwierdza spełniania warunku udziału w

postępowaniu w związku z tym „należy przedstawić jedną usługę odbioru odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie (wraz z poświadczeniem), zgodnie z wymaganiami podanymi w SIWZ”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Remondis Kraków złożył w załączeniu do pisma z dnia 19 maja 2016 r. (w formie faksowej) m.in. zobowiązanie podmiotu/podmiotów oddających do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby, poświadczenia należytego wykonania referencyjnych usług oraz pełnomocnictwo z dnia 2 marca 2016 r.

W dacie tej (19 maja 2016 r.) wykonawca Remondis Kraków złożył także w siedzibie zamawiającego uzupełniane dokumenty.

Odwołujący zakwestionował te dokumenty, podnosząc m.in., iż dokumenty te złożone zostały w formie kolorowych kserokopii, a nie w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

W dniu 25 maja 2016 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dacie tej (25 maja 2016 r.), jak oświadczył zamawiający na rozprawie, wpłynęły oryginały dokumentów uzupełnionych przez wykonawcę Remondis Kraków.

W dniu 25 maja 2016 r. zamawiający dokonał ponownie wyboru oferty wykonawcy Remondis jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Istotnie, jak przyznał sam zamawiający i jak ustalono w toku rozprawy, w dniu 19 maja 2016 r. wykonawca Remondis złożył jedynie kolorowe skany czy też kserokopie uzupełnianych dokumentów (zobowiązanie podmiotu/podmiotów oddających do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby, poświadczenia należytego wykonania referencyjnych usług oraz pełnomocnictwo z dnia 2 marca 2016 r.), a nie ich oryginały. Oryginały dokumentów wpłynęły do zamawiającego dopiero w dniu 25 maja 2016 r., a więc już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Tak więc czynności tej (wyboru oferty najkorzystniejszej) w dacie 20 maja 2016 r. nie można było prawidłowo wykonać. Brak tych dokumentów uniemożliwiał bowiem wybór najkorzystniejszej oferty. Wybór oferty najkorzystniejszej mógł być dopiero dokonany po wpłynięciu oryginałów dokumentów, a te – jak wynika z akt postępowania - wpłynęły w

formie oryginału w dniu 25 maja 2016 r. Dokumenty miały być – zgodnie z treścią wezwania - uzupełnione „faksem lub pocztą elektroniczną do dnia 19 maja 2016 r. oraz niezwłocznie pocztą". W wymaganej formie i terminie wskazanym w wezwaniu dokumenty te wpłynęły do zamawiającego. Istotnie w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej oryginały nie zostały jeszcze złożone i wobec tego nie można było dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. I tu rzeczywiście zamawiający w sposób nieuprawniony i przedwczesny dokonał tego wyboru. Niemniej jednak zamawiający, już po wniesieniu odwołania, dokonał czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 20 maja 2016 r. i ponownego badania i

oceny ofert, w wyniku którego wybrał ofertę wykonawcy Remondis Kraków jako najkorzystniejszą.

Odnosząc się do treści pełnomocnictwa dla G.S. Izba uznała, że pełnomocnictwo to jest prawidłowe. Upoważniało ono G.S. do „samodzielnego podejmowania w imieniu spółki wszelkich czynności i składania wszelkich oświadczeń", a więc także do udostępniania zasobów firmy innemu podmiotowi, w tym przypadku wykonawcy Remondis Kraków. Zawarte w pełnomocnictwie sformułowanie „w szczególności" jedynie przykładowo wskazuje czynności do wykonywania, których umocowany jest G.S.. Umocowanie to potwierdza także złożone w toku rozprawy oświadczenie osób posiadających prawo reprezentowania Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i ujawnionych w KRS. Przedstawiona wykładnia pełnomocnictwa na to jednoznacznie wskazuje. G.S. jest upoważniony bowiem do reprezentowania spółki Remondis w sprawach związanych ze świadczonymi przez nią usługami, w tym do składania wiążących zobowiązań do udostępniania niezbędnych zasobów innemu podmiotowi. Tym samym mógł podpisać zobowiązanie podmiotu – Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oddające do dyspozycji wykonawcy Remondis Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie niezbędne zasoby.

Zobowiązanie to udostępnia wykonawcy Remondis Kraków niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania w zakresie wiedzy i doświadczenia. W treści zobowiązania niewątpliwie podano w jaki sposób wiedza i doświadczenie zostanie wykonawcy Remondis Kraków udostępnione. Nastąpi to – jak wskazano dalej - przez udział podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze doradczym, konsultacyjnym i szkoleniowym. Tak więc spółka Remondis Warszawa będzie w okresie obowiązywania umowy współpracowała ze spółką Remondis Kraków i w ramach tej współpracy będzie realizowała szkolenia pracowników, doradztwo i konsultacje. W przypadku użyczenia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia nie jest wymagany udział podmiotu trzeciego (podmiotu użyczającego) w realizacji zamówienia. A ponadto spółki te należą do jednej grupy kapitałowej, co pozwoli – jak podniósł słusznie zamawiający - na wykorzystanie struktur umożliwiających łatwy transfer niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Spółka Remondis Warszawa jest bowiem jedynym wspólnikiem spółki Remondis Kraków. Wskazuje to więc na realność jego udostępnienia. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.
Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……..……