Sygn. akt: KIO 1591/20
KIO 1604/20

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 1591/20),

B. w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę Chemeko-System Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu

(sygn. akt: KIO 1604/20),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Związek Międzygminny Ślęza-Oława z siedzibą w Świętej Katarzynie

przy udziale:

A. wykonawcy FBSerwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1591/20 i KIO 1604/20 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1604/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1591/20 obciąża wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą

we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Związek Międzygminny Ślęza-Oława z siedzibą w Świętej Katarzynie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

3. Kosztami postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1604/20 obciąża wykonawcę Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Związek Międzygminny Ślęza-Oława z siedzibą w Świętej Katarzynie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1591/20
1604/20

Związek Międzygminny Ślęza-Oława z siedzibą w Świętej Katarzynie, dalej

„Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Związku Międzygminnego Ślęza-Oława z terenu następujących gmin: Borów, Ciepłowody, Czernica, Miasto Oława, Przeworno, Siechnice, Żórawina w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 074-176548.

W dniu 13 lipca 2020 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania

ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Odwołujący 1" lub „WPO ALBA", wniósł odwołanie w zakresie części lll zamówienia (Gmina Czernica). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy FBSerwis Wrocław sp. z o.o., dalej „FBSerwis" do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w sytuacji gdy cena netto akcji edukacyjnej zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia (akcji edukacyjnej) zgodnie z jego wymaganiami określonymi w SIWZ;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FBSerwis, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę akcji edukacyjnej;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FBSerwis, mimo że złożenie tej oferty może stanowić

czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług (prowadzenie akcji edukacyjnej) poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, co w konsekwencji może prowadzić do nadużywania pozycji dominującej na rynku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty wykonawcy FBSerwis, dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z pominięciem oferty FBSerwis jako podlegającej odrzuceniu oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że już same koszty pracownicze, czy koszty dojazdu do Gminy Czernica z siedziby wykonawcy świadczą o tym, że nie jest możliwe wykonanie 6 akcji edukacyjnych za łączną kwotę 492,00 złote, czyli 82 złote netto za jedną akcję edukacyjną dla co najmniej 100 dzieci szkolnych i zakładanych 1711 uczestników festynu, nie wspominając o innych wymaganych przez Zamawiającego elementach.

Również na tle porównawczym złożonych ofert cena akcji edukacyjnej zaproponowana przez FBSerwis jest prawie 4-krotnie niższa niż cena zaoferowana przez WPO ALBA oraz 36 razy niższa niż cena zaoferowana przez Chemeko. Takie różnice, już na pierwszy rzut oka powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości zaoferowania rażąco niskiej cew przez FBSerwis. Zamawiający nie wezwał FBSerwis do złożenia wyjaśnień, w jaki sposób spółka ta zamierza zorganizować akcję edukacyjną, chociażby z udziałem jednego pracownika prowadzącego piknik, czy wykład.

Badając koszt min. 4-godzinnej akcji edukacyjnej należy wziąć pod uwagę następujące aspekty: 1) obowiązującą minimalną stawkę godzinową w wysokości 17 zł zgodnie z przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. 2019 poz. 1778), 2) rynkowe ceny gadżetów, kolorowanek, zabawek, materiałów drukowanych, wydruku logo Związku Międzygminnego Ślęza-Oława, balonów, 3) koszty dojazdu pracowników/zleceniobiorców z siedziby wykonawcy do miejsca prowadzenia akcji edukacyjnej, 4) prognozowaną liczbę uczestników wynoszącą 1771 uczestników festynu oraz 100 uczniów podczas zajęć szkolnych.

Realny koszt stawki godzinowej, który ponosi wykonawca, wynosi 20,64 zł/godzinę. Oznacza to, że 4-godzinne prowadzenie akcji przez choćby jednego pracownika/zleceniobiorcę Wykonawcy zatrudnionego za minimalną stawką godzinową wynosi 82,56 złotych, czyli więcej niż FBSerwis zaoferował za przygotowanie 1 z 4 wydarzeń akcji edukacyjnej. FBSerwis nie mogło do tej ceny wkalkulować ani kosztów dojazdu takiego pracownika/zleceniobiorcy do miejsca, w którym odbędzie się akcja edukacyjna, ani kosztów gadżetów wymaganych przez Zamawiającego (np. balonów, kolorowanek).

W związku z powyższym FBSerwis nie mógł uwzględnić w swojej ofercie: kosztów gadżetów i materiałów (które były wymagane), np. papieru, wydruków, czy balonów, kosztów dojazdu swoich pracowników, które chociażby na trasie Wrocław-Czernica wynoszą 7,20 zł za bilet kolejowy jednego pracownika w jedną stronę, abstrahując od tego, że Bielany

Wrocławskie (siedziba wykonawcy) nie ma ani bezpośredniego połączenia kolejowego ani

autobusowego z Czernicą, więc do kosztów dojazdu powinno doliczyć się również koszt przejazdu na trasie Bielany Wrocławskie — Wrocław.

Dlatego zaproponowana przez FBSerwis cena za 1 akcję netto jest kosztem wysoce niskim, uniemożliwiającym przeprowadzenie takiej akcji. Za cenę 82 złote nie można zatrudnić ani jednego pracownika na 4 godziny pracy przy akcji edukacyjnej, a tym bardziej dojechać z siedziby FBSerwis w Bielanach Wrocławskich, postawić stoiska, wydrukować widocznego logo Związku Międzygminnego na festynie i zagwarantować własnych materiałów edukacyjnych, gadżetów i przyborów dla uczestników. Przy konieczności przeprowadzenia 6 akcji edukacyjnych wykonawca musi liczyć się z zatrudnieniem pracownika lub pracowników na co najmniej 24 godziny łącznie (6 akcji x 4 godziny x 20,64 zł minimalnej stawki), co daje koszt wynagrodzenia 1 pracownika w kwocie 495,36 zł, przy czym wykonawca zaoferował zorganizowanie tych akcji wraz z gadżetami za cenę 492 złote.

Nie jest również prawdopodobne, by FBSerwis było w stanie obsłużyć festyn z 1700 uczestnikami tylko przez 1 pracownika, w szczególności że w czasie festynu należy obsłużyć zarówno osoby dorosłe, jak i dzieci, wykonując jednocześnie kilka rodzajów czynności: zorganizowanie stoiska edukacyjnego, rozdania materiałów edukacyjnych przekazanych

przez Zamawiającego, zagwarantowania rozrywki i materiałów edukacyjnych dla dzieci

dlatego minimalnie 2 pracowników byłoby w stanie obsłużyć taki festyn, a ich minimalna stawka wynagrodzenia wyniesie łącznie 165,12 zł.

Wykonawca FBSerwis w swojej ofercie nie mógł wziąć pod uwagę realnych kosztów organizacji wydarzenia dla 100 osób, nawet jeśli przyjąć rozwiązania niskobudżetowe. Z

doświadczenia życiowego wynika, że nie jest możliwe zorganizowanie jakiejkolwiek akcji

edukacyjnej, bez udziału choćby jednej osoby prowadzącej lub bez jakichkolwiek materiałów edukacyjnych, czy akcesoriów, tym bardziej, że wymagania dotyczące akcji edukacyjnej w zakresie przygotowania i wyposażenia zostały określone przez Zamawiającego. Nawet jeśli FBSerwis założył, że będzie korzystał z własnych zasobów kadrowych, czy z własnych

materiałów papierniczych, to musi w zaoferowanej cenie wkalkulować koszty pracownicze, czy

też koszty materiałów, w przeciwnym wypadku jego świadczenie miałoby charakter

nieodpłatny.

FBSerwis zaniżyło swoje ceny w zakresie akcji edukacyjnej, przez co stały się one cenami dumpingowymi. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W niniejszym postępowaniu cena netto akcji edukacyjnej jest istotną częścią składową całej ceny ofertowej, ponieważ wpływa ona na osiągnięcie przez wykonawcę punktacji niezbędnej do wygrania przetargu. W konsekwencji zaniżenie choćby jednej z cen jednostkowych może spowodować wygraną wykonawcy, nawet jeśli nie będzie on w stanie zrealizować zamówienia za taką cenę.

Zdaniem Odwołującego 1 cena akcji edukacyjnej w kwocie 492,00 złote za 6 wydarzeń edukacyjnych nie starczy na pokrycie kosztów wykonawcy, w szczególności: a) Kosztów zatrudnienia pracowników/zleceniobiorców, b) Kosztów przejazdu (kosztów wynagrodzenia kierowcy), c) Kosztów paliwa lub biletów, d) Kosztów materiałów edukacyjnych dostarczanych przez wykonawcę, e) Kosztów balonów. Stosownie do powyższego cenę zaoferowaną przez FBSerwis należy uznać za rażąco niską. FBSerwis nie jest również w stanie naliczyć marży za taką usługę, a wręcz przeciwnie osiągnie stratę z jej wykonania. Takie działanie wykonawcy powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego skutkujące wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia, czy wykonawca ten nie stosuje cen dumpingowych, a tym samym nie dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji, czego Zamawiający nie uczynił.

Zamawiający wybierając ofertę, na podstawie której dany wykonawca nie jest w stanie osiągnąć zysku godzi w uzasadnione interesy pozostałych wykonawców oraz w zasady uczciwej konkurencji rynkowej. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu oferty, która nie zmierza do osiągnięcia zysku, wymusza na innych wykonawcach chcących brać udział w rynku rezygnację z ich zysków, co doprowadza do wystąpienia zjawiska nieuczciwej konkurencji. Takie postępowanie wykonawcy godzi w zasadnicze cele działalności gospodarczej określone ustawowo.

W odniesieniu do części III zamówienia (Gmina Czernica) oraz części VII zamówienia (Gmina Żórawina) w dniu 13 lipca 2020 r. wykonawca Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Odwołujący 2" lub „Chemeko", wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 1604/20), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców WPO ALBA i FBSerwis, mimo iż oferty tych wykonawców pozostają niezgodne z wymaganiami SIWZ, bowiem wykonawcy nie uwzględnili w cenie za „Akcje edukacyjne" wszystkich kosztów wykonania tego zakresu zamówienia i koszty te przypisali do kosztów wykonania pozostałego zakresu zamówienia (lub w cenie ofertowej pominęli całkowicie), co jednocześnie świadczy o tym, że:

2. złożenie przez WPO ALBA i FBSerwis ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 oraz art. 15 ust. 1 u.z.n.k., a co za tym idzie ich oferty winny być odrzucone także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a Zamawiający naruszając wskazane przepisy czynności tej zaniechał. Działania wykonawców polegające na manipulowaniu cenami jednostkowymi w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert są sprzeczne z przywołanymi w odwołaniu postanowienia SIWZ oraz z dobrymi obyczajami, nakazującymi wyceniać poszczególne pozycje w Formularzu ofertowym (ceny jednostkowe) w sposób rzetelny i adekwatny do związanych z nimi

kosztów, przy czym działanie to zagraża interesom i Zamawiającego i innych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części III i VII zamówienia, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tych częściach zamówienia, a w jej toku odrzucenie ofert złożonych przez FBSerwis i WPO ALBA.

Odwołujący zarzucał, że cena za „Akcje edukacyjne" została przez wykonawców FBSerwis i WPO ALBA istotnie i w sposób celowy zaniżona. W przypadku FBSerwis cena jednej akcji edukacyjnej wynosi 82 zł netto. W przypadku WPO ALBA cena jednej akcji edukacyjnej wynosi 315 zł netto.

Każda z akcji edukacyjnych, niezależnie czy prowadzona w szkołach czy w ramach imprez plenerowych, musi trwać min. 4 godziny. Minimalna stawka godzinowa w 2020 r. wynosi 17 zł, przy czym w określonych przepisami prawa sytuacjach do wartości tej należałoby doliczyć wysokość obowiązujących składek na ubezpieczenie społeczne. Przy umowie o pracę minimalne wynagrodzenie dla pracownika wynosi 2.600 zł, przy czym koszt pracodawcy (wynagrodzenie pracownika powiększone o składki opłacane przez pracodawcę) wynosi 3.132,48 zł. Przy założeniu, że pracownik pracuje w miesiącu średnio 160 godzin, daje to stawkę godzinową na poziomie 19,60 zł.

Licząc, że w akcji edukacyjnej weźmie ze strony wykonawcy udział tylko jedna osoba, koszt zapewnienia jej pracy — niezależnie od podstawy „zatrudnienia" — pochłonie praktycznie całą cenę zaoferowaną przez FBSerwis. Obsługa stoiska edukacyjnego w ramach imprezy plenerowej organizowanej przez gminę, w sytuacji gdy w imprezie może wziąć udział od 1000 (gmina Żórawina) do 1700 osób (gmina Czernica) przez jedną osobę jest obiektywnie niemożliwa. Akcja w takim przypadku jest adresowana zarówno do osób dorosłych, jak i dzieci przy czym dla tych ostatnich należy zapewnić „rozrywki". Oznacza to konieczność zatrudnienia osoby w charakterze animatora, która będzie organizowała dla dzieci gry i zabawy. Osoba zajmująca się tym nie będzie mogła równocześnie obsługiwać stoiska wykonawcy, tj. udzielać informacji podchodzącym do niego osobom dorosłym, wydawać materiały informacyjne i gadżety.

Sama akcja edukacyjna w ramach imprez plenerowych musi trwać min. 4 godziny, jednak w rzeczywistości czas pracy osób zaangażowanych w te akcje będzie dłuższy — stoisko wykonawcy trzeba rozstawić i przygotować (wystawić i ułożyć materiały, banery, przygotować miejsce zabaw dla dzieci), a następnie złożyć. Do tego należy doliczyć koszty dojazdu do miejsca, w którym festyn będzie się odbywał. Realny czas pracy pracowników/współpracowników wykonawcy będzie więc zdecydowanie wyższy.

Do kosztów, o których mowa powyżej, należy doliczyć również koszty gadżetów ekologicznych, które zgodnie z SIWZ ma zapewnić wykonawca. Biorąc pod uwagę, że ze stoisk edukacyjnych może chcieć skorzystać ponad tysiąc osób w ramach jednej akcji, ilość gadżetów koniecznych do zapewnienia musi być odpowiednio duża. Nadto, z uwagi na charakter takiej akcji gadżety oferowane przez wykonawcę winny nawiązywać do zasad selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, w szczególności winny to być gadżety wykonane z materiałów pochodzących z recyklingu.

Dodatkowo, wykonawca w ramach zapewnienia „rozrywki" dla dzieci musi zapewnić materiały i przybory do organizacji zabaw. Zamawiający przykładowo wskazuje na balony, kolorowanki, kredki. Koszty, o których tu mowa, będą niewiele mniejsze w przypadku akcji edukacyjnych prowadzonych w szkołach. Organizacja akcji edukacyjnej dla najmłodszych uczniów wymaga doboru odpowiedniej formuły akcji (trudno zakładać, że najmłodsi uczniowie utrzymają uwagę przez cały, czterogodzinny wykład). Formuła ta musi przy tym uwzględniać, że w jednej akcji edukacyjnej jednorazowo będzie brało udział 100 uczniów. Do tego należy doliczyć koszty dojazdów i gadżetów, które w ramach takich zajęć są rozdawane uczniom.

Koszty organizacji akcji edukacyjnej są więc zdecydowanie wyższe niż ceny zaoferowane przez WPO ALBA i FBSerwis, co z kolei prowadzi do dwóch wniosków. Po pierwsze, taki sposób ukształtowania cen za akcje edukacyjne prowadzi do wniosku, że rzeczywiste koszty związane z organizacją tych akcji zostały ujęte przez wykonawców w cenie ofertowej za wykonanie pozostałego zakresu zamówienia, nie zaś jak oczekiwał Zamawiający w cenie ofertowej za „Akcję edukacyjną". Alternatywą jest przyjęcie, że wykonawcy nie uwzględnili w cenie ofertowej wszystkich kosztów wykonania zamówienia i oferują wykonanie usług poniżej swoich rzeczywistych kosztów, co również pozostaje w sprzeczności z zasadami uczciwości kupieckiej. Po drugie, taki zabieg miał na celu obniżenie ceny za „Akcje edukacyjną" w celu uzyskania większej liczby punktów w kryterium oceny ofert, do którego

cena ta się odnosiła, co stanowi o możliwości przypisania wykonawcom popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawcy WPO ALBA i FBSerwis istotnie zaniżyli ceny podane za „Akcje edukacyjne", co prowadzi do wniosku, że koszty związane z organizacją tych akcji ujęli w cenie podanej w poz. I Formularza oferty. Taki zabieg „przerzucenia kosztów" jest sprzeczny z wymogami SIWZ i istotą wynagrodzenia kosztorysowego. Wobec rozdzielenia przez

Zamawiającego cen za „Akcje edukacyjne" i za wykonanie pozostałego zakresu zamówienia,

na wykonawcach biorących udział w postępowaniu spoczywał obowiązek wyceny wszystkich pozycji rozliczeniowych wskazanych w Formularzu Cenowym i podania w swojej ofercie rzetelnie wycenionych, a zarazem rynkowych, cen jednostkowych dla wszystkich tych pozycji. Rzetelna, uczciwa wycena cen jednostkowych oznacza przy tym przede wszystkim to, że obowiązkiem wykonawcy jest przypisanie do danej pozycji wszystkich kosztów bezpośrednich wykonania usług, do których pozycja ta odnosi się. Cena jednostkowa dla pozycji rozliczeniowej winna przy tym zawierać także odpowiedni udział kosztów pośrednich, wycenę ryzyka i zysk.

Odwołujący wskazywał, że nawet jeśli wykonawcy nie „przerzucili" kosztów związanych z organizacją akcji edukacyjnej do kosztów wykonania pozostałego zakresu zamówienia, ich działanie pozostaje niezgodne z prawem. Oznaczałoby to bowiem tylko tyle, że cena za „Akcje edukacyjne" została ustalona poniżej kosztów wykonania usługi w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert. Opisane powyżej działanie wykonawców stanowi także o naruszeniu przez nich zasad uczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie, zaniżenie cen za „Akcje edukacyjne" służyć miało bowiem uzyskaniu większej ilości punktów w kryterium, do którego cena ta się odnosi. Działania wykonawców polegające na manipulowaniu cenami jednostkowymi w celu uzyskania wyższej punktacji przy ocenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Działanie takie jest bowiem niewątpliwie sprzeczne z zasadami uczciwości kupieckiej i z dobrymi obyczajami, a jednocześnie jest działaniem na szkodę konkurentów, który uczciwe wyceni swoje oferty, i samego Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1594/20) skutecznie przystąpił wykonawca FBSerwis Wrocław Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Bielanach Wrocławskich,

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1604/20) skutecznie przystąpili: wykonawca FBSerwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oraz wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu.

Pismami z dnia 19 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołań w całości i podnosząc, że Odwołujący 1 błędnie przyjmuje, że materiały edukacyjne do przeprowadzenia akcji edukacyjnej mają być dostarczone przez wykonawcę, generując tym samym koszt po stronie wykonawcy, podczas gdy z treści SIWZ wynika, że materiały edukacyjne pochodzić będą od Zamawiającego, a wykonawca zobowiązany jest do ich udostępnienia w ramach akcji edukacyjnej. SIWZ nie nakłada na wykonawcę obowiązku zakupu gadżetów, kolorowanek, mat edukacyjnych, balonów itp. Przedmioty te zostały wymienione przy pozycji „materiały edukacyjne", przy czym należy mieć na względzie, że materiały te dostarcza Zamawiający. Zakup dodatkowych materiałów jest opcją dla wykonawcy i tylko w przypadku dokonania takiego zakupu, będzie stanowić koszt wykonawcy związany z prowadzeniem akcji edukacyjnej. Tym samym przyjęcie konieczności zakupu wymienionych przedmiotów nie jest przewidziane w SIWZ, a stanowi wolę wykonawcy i jego wybór gospodarczy.

Odwołujący 2 wskazuje, że wykonawca ma zapewnić gadżety ekologiczne, a gadżety oferowane przez wykonawcę winny nawiązywać do zasad selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, w szczególności winny to być gadżety wykonane z materiałów pochodzących z recyklingu. Dodatkowo według Odwołującego 2 wykonawca w ramach zapewnienia „rozrywki" dla dzieci musi zapewnić materiały i przybory do organizacji zabaw - balony kolorowanki, kredki. Odwołujący 2 założył również, że akcja edukacyjna przeprowadzona w szkole ma trwać 4 godziny dla 100 osobowej grupy dzieci, co ma generować duże koszty, z uwagi na trudności w zainteresowaniu dzieci tematem w tak długim czasie. Uwaga Odwołującego 2 oczywiście jest trafna, ale założenie błędne, gdyż fizycznie jest niemożliwe zorganizowanie czterogodzinnej zabawy o tematyce związanej z segregacją odpadów dla 100 dzieci klas młodszych. Odwołującemu umknęło, że plan akcji podlega akceptacji Zamawiającego i przy takim scenariuszu, akceptacja taka na pewno nie zostałaby wyrażona. Zamawiający sugerowałby raczej krótkie zajęcia w kilku niezbyt licznych grupach dzieci, co z pewnością

również wpłynie na koszt organizacji takich zajęć, a w szczególności koszt ten będzie znacznie niższy niż przy zakładanej przez Odwołującego czterogodzinnej imprezie dla 100 dzieci.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania zasługują na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi w zakresie treści SIWZ, ofert złożonych przez wykonawców, informacji Zamawiającego o wyborze ofert najkorzystniejszych. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, pismach procesowych Odwołującego 1, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych Przystępujących, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 sierpnia 2020 r.

Izba postanowiła oddalić wniosek wykonawcy WPO ALBA o odtajnienie załącznika do pism Przystępującego FBSerwis. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Przystępujący FBSerwis, iż załącznik objęty tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi jego know-how, zawarte są tam założenia scenariusza wypracowane przez lata przez wykonawcę i niewątpliwie mają wartość gospodarczą, a wejście w ich posiadanie przez innych wykonawców dawałoby im nieuprawnioną przewagę konkurencyjną.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Związku Międzygminnego Ślęza — Oława, w tym w ramach części III z terenu gminy Czernica, a w ramach części VII z terenu gminy Żórawina.

Zgodnie z pkt III.II.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ", jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest „Akcja edukacyjna", w ramach której:

1. Akcja edukacyjna promująca segregację odpadów zostanie przeprowadzona dwukrotnie w ciągu roku, każdorazowo musi trwać minimum 4 godziny, szczegóły akcji musi zaakceptować Zamawiający. Koszty przeprowadzenia akcji ponosi Wykonawca.

2. Do obowiązków Wykonawcy należy:

a) wzięcie udziału w lokalnych imprezach plenerowych (dożynki, festyny) lub akcjach przeprowadzanych w szkole (pierwszy dzień wiosny, lekcje tematyczne) dwukrotnie w roku, dla każdej części zamówienia. Przy czym termin i rodzaj imprezy czy zajęć, w których ma wziąć udział Wykonawca, wskazuje Zleceniodawca;

b) udostępnienie materiałów edukacyjnych, przekazanych przez Zamawiającego;

c) zorganizowanie stoiska edukacyjnego i wyposażenie go w logo Związku Międzygminnego Ślęza-Oława oraz zagwarantowanie rozrywek i materiałów edukacyjnych dla dzieci (gadżety, kolorowanki, maty edukacyjne, balony itp.) lub przygotowanie wykładu dla uczniów wzbogaconego prezentacją i zajęciami praktycznymi z segregacji;

d) wszystkie dodatkowe koszty (np. zakup gadżetów) ponosi Wykonawca;

e) opracowanie planu / regulaminu akcji i udostępnienie, który zostanie zaakceptowany przez Zamawiającego w terminie nie krótszym niż 7 dni przed planowaną akcją.

Z pkt XII SIWZ: 1. Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być zapisana w PLN cyframi i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT (jeżeli występuje), z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. 2. Cena podana w ofercie obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. 3. Cena podana w ofercie musi obejmować cały okres trwania umowy (36 m-cy) i może być tylko jedna za oferowany przedmiot zamówienia. 4. Cena nie ulega zmianie

przez okres realizacji zamówienia, z wyjątkiem przypadków opisanych w pkt. XVII SIWZ. 5. Na potrzeby obliczenia ceny oferty, należy przyjąć zakres usług określonych w SIWZ i projekcie umowy, uwzględniając działania i czynności wymagane od doświadczonego Wykonawcy. 6. Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w „Formularzu ofertowym" (załącznik nr 7 do SIWZ).

Z pkt XII SIWZ Zamawiający ustalił następujące kryteria wyboru najkorzystniejszej

oferty, ich wagę oraz sposób oceny: 1) cena (cena brutto za 1 Mg odebranych odpadów) - waga kryterium 50%; 2) cena za jednorazowe przeprowadzenie czterogodzinnej akcji edukacyjnej - waga kryterium 10%; 3) emisja spalin pojazdów przeznaczonych do odbioru odpadów komunalnych - świadczenie usługi przy pomocy pojazdów spełniających normy EURO VI - waga kryterium 30%; 4) termin płatności faktur za wykonaną usługę - waga kryterium 10%.

Pismem z dnia 8 maja 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania, w tym na pytanie nr 7: Prosimy o bliższe informacje na temat akcji edukacyjnych, które są niezbędne do skalkulowania oferty: a) Czy akcja w poszczególnych gminach ma wyglądać tak samo w oparciu o jeden scenariusz akcji edukacyjnej, czy odmiennie dla różnych wydarzeń? b) Czy akcja edukacyjna ma się odbyć równocześnie we wszystkich gminach, czy można ustalić harmonogram akcji w podziale na poszczególne, nie nakładające się terminy? c) Jaka grupa wiekowa i społeczna ma być odbiorcą akcji edukacyjnej? d) Jaka ma być liczebność grup odbiorców (niezbędne do oszacowania ilości materiałów, gadżetów)? Zamawiający wyjaśnił, że a) Wykonawca powinien wziąć pod uwagę dwa typy wydarzeń: imprezy plenerowe dla mieszkańców w każdym wieku oraz prelekcje w szkołach podstawowych dla młodszych uczniów (klasy I-III) b) Harmonogram akcji zostanie uzgodniony z Wykonawcą i dopuszcza się zaplanowanie akcji w taki sposób, żeby nie nakładały się one w poszczególnych gminach. c) Pierwsza grupa: osoby w każdym wieku. Druga grupa: uczniowie szkól podstawowych. d) W przypadku udziału Wykonawcy w organizowanym przez gminę festynie, należy założyć liczebność na poziomie 10% osób w stosunku do liczby mieszkańców danej gminy — wg danych z deklaracji na 2019 rok. W przypadku akcji prowadzonej w szkole należy założyć liczebność grupy odbiorców na poziomie 100 osób. Budżet akcji określa Wykonawca.

Na pytanie nr 17 o udzielenie informacji czy jest określony budżet, jaki Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację akcji edukacyjnej? Prosimy również o wskazanie, czy zaproponowana cena będzie podlegać ocenie, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp? Zamawiający wskazał, że W przypadku udziału Wykonawcy w organizowanym przez gminę festynie, należy założyć liczebność na poziomie 10% osób w stosunku do liczby mieszkańców danej gminy — wg danych z deklaracji na 2019 rok. W przypadku akcji prowadzonej w szkole należy założyć liczebność grupy odbiorców na poziomie 100 osób. Budżet akcji określa Wykonawca. Zaproponowana cena podlega ocenie.

W części III zamówienia (gmina Czernica) złożone zostały trzy oferty:

1. FBSerwis - łączna kwota za odbiór odpadów: 10 250 582,18 zł, cena za akcje edukacyjne: 492 zł;

2. WPO ALBA - łączna kwota za odbiór odpadów: 10 821 750,50 zł, cena za akcje edukacyjne: 1 890,00 zł;

3. Chemeko - łączna kwota za odbiór odpadów: 10 271 492,00 zł, cena za akcje edukacyjne: 18 000 zł.

W części VII zamówienia (gmina Żórawina) złożone zostały trzy oferty:

1. WPO ALBA - łączna kwota za odbiór odpadów: 7 399 087,35 zł, cena za akcje edukacyjne: 1 890,00 zł;

2. FBSerwis - łączna kwota za odbiór odpadów: 8 815 298,63 zł, cena za akcje edukacyjne: 492,00 zł;

3. Chemeko - łączna kwota za odbiór odpadów: 7 658 704,45 zł, cena za akcje edukacyjne 18 000 zł.

Zamawiający pismem dnia 3 lipca 2020 r. poinformował o wyborze oferty

najkorzystniejszej w zakresie części III i VII zamówienia wykonawcy FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało ich do złożenia odwołań.

Sygn. akt KIO 1591/20

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie. Odwołujący 1 podnosił, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy FBSerwis do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, choć zaoferowana przez wykonawcę FBSerwis cena za akcję edukacyjną powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zamawiający w każdym przypadku kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i poweźmie wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego wymagania, zobowiązany jest o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Odwołujący 1 podnosił, że takie wezwanie było konieczne, bowiem już same koszty pracownicze, czy koszty dojazdu do gminy Czernica z siedziby wykonawcy świadczą o tym, że nie jest możliwe wykonanie 6 akcji edukacyjnych za łączną kwotę 492 zł, czyli 82 zł netto za jedną akcję edukacyjną dla co najmniej 100 dzieci szkolnych i zakładanych 1711 uczestników festynu, nie wspominając o innych wymaganych przez Zamawiającego elementach.

Wykonawca FBSerwis wyjaśnił natomiast, że cena jednostkowa na poziomie 82 zł za jedną akcję edukacyjną (492 zł za wszystkie planowane akcje) pokrywa wszystkie bezpośrednie koszty wykonawcy w zakresie niezbędnym do prawidłowego przeprowadzenia akcji edukacyjnej. Podnosił, że koszty te to w istocie wyłącznie koszty pracy, ustalone na poziomie 20,50 zł za jedną godzinę, a więc na poziomie wyższym niż wynikający z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Nawet, gdyby do tej kwoty doliczyć tzw. koszty pracodawcy, tj. koszty ponoszonych przez pracodawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, stawka ta wyniesie 18,70 zł, czyli wciąż będzie niższa od kwoty 20,50 zł za godzinę. Dalej, FBSewris wskazywało, że zakłada skierowanie do wykonywania przedmiotu zamówienia osoby zatrudnionej na innej podstawie, co zostało opisane w założeniach i planie akcji edukacyjnych, stanowiącym załącznik do pisma procesowego oraz stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa. Z wyjaśnień tych nie wynika, aby, jak to podnosił Odwołujący 1, akcja edukacyjna była prowadzona czy to przez wolontariuszy czy to przez członków zarządu spółki.

Następnie, w ocenie Izby, Odwołujący 1 wyszedł z błędnego założenia, że każdy z wykonawców jest zobligowany do zakupu i udostępnienia w ramach prowadzonych akcji edukacyjnych gadżetów czy innych materiałów reklamowych. Z postanowienia dotyczącego prowadzenia akcji edukacyjnej wynika, że Zamawiający pozostawił wykonawcom zakres swobody odnośnie sposobu realizacji świadczenia, nie narzucając żadnych szczegółowych wymagań co do szczegółowej tematyki, programu czy też schematu odpowiednio zajęć lub

prezentacji stoiska na festynie. Zamawiający rzeczywiście wskazał, że materiały edukacyjne zostaną przez niego przekazane wykonawcy (pkt III.II.b ppkt 2 lit. b SIWZ), lecz z drugiej strony w pkt III.II.b ppkt 2 lit. c SIWZ nakazał zagwarantowanie takich materiałów edukacyjnych na zorganizowanym przez siebie stoisku edukacyjnym bez przesądzania, czy mają być to materiały zakupione przez wykonawcę, czy materiały przekazane przez Zamawiającego. Rację należy przyznać FBSerwis, że użyte sformułowanie „zagwarantowanie" materiałów należałoby rozumieć jako zapewnienie, aby materiały (te udostępnione przez Zamawiającego) były dostępne dla uczestników festynu na stoisku zorganizowanym przez wykonawcę. Ponadto, obowiązek określony w pkt III.II.b ppkt 2 lit. c SIWZ zawiera alternatywę poprzez użycie spójnika „lub". Oznacza to, że alternatywnie do zagwarantowania rozrywek i materiałów edukacyjnych dla dzieci, Zamawiający dopuścił możliwość przygotowania wykładu dla uczniów wzbogaconego prezentacją i zajęciami praktycznymi z segregacji (zamiast zagwarantowania materiałów).

Słusznie więc argumentował FBSerwis, że gdyby intencją Zamawiającego było zobligowanie wykonawcy do zakupu i rozdysponowania własnych materiałów edukacyjnych, gadżetów, kolorowanek czy też jakichkolwiek innych przedmiotów, to wymóg taki zostałby wprost, w sposób wyraźny, wskazany. Zatem twierdzenie Odwołującego 1 o konieczności uwzględnienia w cenie ofertowej kosztów zakupu określonych materiałów oparte jest nie na literalnej treści SIWZ, a jedynie na własnej interpretacji Odwołującego 1, której zastosowanie prowadziłoby do rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy ponad to, co Zamawiający określił.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego 1 o konieczności zapewnienia dojazdu pracownika z jego siedziby na teren Gminy Czernica, to FBSerwis wyjaśnił, że dojazd pracownika odpowiedzialnego za przeprowadzenia akcji edukacyjnej może być zrealizowany przy okazji realizacji innych obowiązków wykonawcy, które winien wykonać niezależnie od obowiązku przeprowadzenia akacji edukacyjnej. FBSewris podkreślał, że dojazd pracownika w miejsce prowadzenia akcji nie musi zatem generować żadnych dodatkowych kosztów ponad te, które nawet bez prowadzenia akcji edukacyjnych byłyby ponoszone. Niezrozumiałe są też założenia Odwołującego 1, że dojazd miałby odbywać się z siedziby wykonawcy FBSerwis, który wyjaśnił, iż miejscem pracy osób wykonujących konkretne czynności objęte zamówieniem nie są Bielany Wrocławskie (siedziba FBSerwis).

Izba podziela również stanowisko FBSerwis co do twierdzenia Odwołującego 1, jakoby FBSerwis w swojej kalkulacji miał obowiązek uwzględniać liczbę osób, które będą mogły uczestniczyć w prezentacjach czy wykładach prowadzonych w trakcie akcji edukacyjnych. Skoro z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, aby wykonawca zobowiązany był do zakupu własnych materiałów edukacyjnych, to wskazana liczba uczestników nie będzie rzutowała na wzrost kosztów przeprowadzenia akcji edukacyjnej.

Reasumując, Zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, należy wskazać, że jest to zarzut niezasadny już przez sam fakt, że przywołany przepis można naruszyć poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało miejsca.

Izba oddaliła również zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty FBSerwis na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem wpierw Zamawiający winien wezwać do złożenia wyjaśnień odnoszących się do wyliczenia ceny przez wykonawcę. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający takiego wezwania nie wystosował (z uwagi na brak podstaw do wystosowania wezwania, o czym powyżej), stąd podnoszenie żądania odrzucenia oferty FBSerwis jest bezzasadne.

Odnosząc się zaś do rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji popełnionego przez FBSerwis poprzez sprzedaż usługi poniżej kosztów jej świadczenia, Izba wskazuje, że Odwołujący 1 nie wykazał, aby cena za usługę przeprowadzenia akcji edukacyjnej została zaniżona do poziomu nieuwzględniającego podstawowych kosztów jej świadczenia. Odwołujący nie wykazał również, aby powyższe zaniżenie miało na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku, a także, aby FBSerwis zajmował na rynku pozycję dominującą oraz aby w jakikolwiek sposób tej pozycji nadużywał.

Sygn. akt KIO 1604/20

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępujących jako niezgodnych z wymaganiami SIWZ. Zdaniem Odwołującego 2 Przystępujący nie uwzględnili w cenie za „Akcje edukacyjne" wszystkich kosztów wykonania

tego zakresu zamówienia i koszty te przypisali do kosztów wykonania pozostałego zakresu zamówienia lub w cenie ofertowej pominęli całkowicie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. jeżeli oferta została sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ, a niezgodność ta nie może być usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że oferty Przystępujących zostały przygotowane niezgodnie z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Po pierwsze Odwołujący nie wskazał, który konkretnie element z ofert Przystępującego jest niezgodny z treścią SIWZ. Po drugie, odpowiedź na pytanie nr 17 wskazuje jedynie, że kwestia skalkulowania ewentualnych gadżetów pozostaje po stronie wykonawcy, a treść odpowiedzi na pytania wykonawców stanowi integralną część SIWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem tychże wyjaśnień, które wiążą zarówno zamawiającego, jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego 2, jakoby dla zapewnienia prawidłowej obsługi stanowiska edukacyjnego w trakcie festynu konieczne było zapewnienie stałej obecności co najmniej dwóch osób, bowiem postanowienia SIWZ nie przewidują minimalnych wymogów co do liczby pracowników wykonawcy w trakcie festynu czy imprezy. Faktyczna liczba osób niezbędnych do prowadzenia akcji edukacyjnej w trakcie festynu czy innej imprezy będzie uzależniona od sposobu, w jaki dany wykonawca zamierza ową akcję prowadzić.

Nietrafna jest również argumentacja Odwołującego 2 dotycząca rzekomej konieczności uwzględnienia w cenie ofertowej kosztów związanych z przygotowaniem i złożeniem stoiska Przystępujących czy też przygotowania miejsca zabaw. Odwołujący nie podjął nawet próby wskazania, jaki byłby minimalny poziom kosztów z tego tytułu, w szczególności jakich to nakładów pracy miałoby wymagać przygotowanie takiego stoiska.

Odwołujący 2 nie wykazał też w żaden sposób, aby Przystępujący przenieśli jakiekolwiek koszty do drugiego składnika cenowego (ceny za 1Mg odebranych odpadów). Odwołujący 2 nie podjął nawet próby wykazania, że cena zaoferowana przez Przystępujących w tym zakresie została w jakikolwiek sposób zawyżona. Izba podziela stanowisko wykonawcy WPO ALBA, że prowadzenie akcji edukacyjnej opisanej przez Zamawiającego jest prostą (a nie złożoną, czy kosztowną) jednorazową usługą, dlatego naturalnym jest, że koszt tej usługi nie był wysoki proporcjonalnie do ceny za odbiór odpadów, która to cena należna jest za usługę ciągłą o złożonym charakterze.

Ponadto, Izba wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej. Odwołujący stawiając ten zarzut powinien był udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony zarzut co do tego, że złożenie ofert przez Przystępujących stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący poprzestał w zasadzie na przytoczeniu orzecznictwa i stanowiska doktryny, tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp nie potwierdził się. Zresztą twierdzenia Odwołującego 2 sprowadzają się do porównania kosztów oferty jakie zostały przyjęte w jego ofercie z kosztami oferty Przystępujących, co jednak nie może stawić wystarczającego dowodu na czyn nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....