

WYROK
z dnia 15 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Danuta Dziubińska
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Wałbrzychu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Długoleka **w Długolece**

przy udziale wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Wałbrzychu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Wałbrzychu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Wałbrzychu na rzecz Gminy Długoleka w Długolece kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Długoleka w Długolece – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa”, „p.z.p.” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi polegające na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu gminy Długoleka. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 146-301850. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz „Alba Dolny Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” z siedzibą w Wałbrzychu wnieśli odwołanie 27 listopada 2017 r. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołań.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Chemeko-System”) pomimo, że:

- (i) złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) w postaci co najmniej utrudnienia, jak nie uniemożliwienia, dostępu innym wykonawcom, w tym odwołującemu, do rynku;
- (ii) oraz pomimo, że oferta ta jest nieważna z mocy odrębnych przepisów wobec zastosowania przez ww. wykonawcę w niniejszym postępowaniu praktyk ograniczających konkurencję polegających na nadużywaniu przez Chemeko-System pozycji dominującej poprzez narzucanie nieuczciwych cen (art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów-dalej: „u.o.k.k.”) oraz przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty wykonawcy wybranego

oraz ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wniósł również o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika

W uzasadnieniu odwołujący powołał następujące okoliczności faktyczne i prawne oraz wywodzone z nich oceny:

„(...) złożenie oferty Wykonawcy Chemeko-System stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.) w postaci utrudniania dostępu innym Wykonawcom, w tym Odwołującemu do rynku. Przepis artykuł 3 ust. 1 u.z.n.k. stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący podkreśla, że złożenie oferty przez Wykonawcę Chemeko-System jest działaniem sprzecznym z przepisami prawa odpadowego, to jest przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (art. 66 ust. 1, 2 i 4 pkt 4), ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „u.c.p.g.”) - w szczególności jej art. 9e ust. 1 pkt 2, rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 roku w sprawie katalogu odpadów (§ 2 oraz załącznik do rozporządzenia) oraz rozporządzenia Ministra Środowiska z 29 grudnia 2016 roku w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów (§ 3 pkt 5, § 4 ust. 5) - wyjaśnienia naruszeń wskazanych przepisów wskazane są poniżej w uzasadnieniu odwołania.

Zgodnie z SIWZ przedmiotem niniejszego zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, w tym frakcji nazwanej przez Zamawiającego w SIWZ pkt 1.2 pkt 2 lit. d) jako „Odpady ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów, gromadzone w brązowych workach lub pojemnikach do selektywnej zbiórki, o minimalnej pojemności 120l, z częstotliwością odbioru co 2 tygodnie w okresie wegetacyjnym (tj. od 01 .IV do 30.XI)”.

Celem szerszego omówienia ww. zapisu, na potrzeby późniejszego uzasadnienia zarzutu odwołania w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji i nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów, należy przytoczyć fragment wyjaśnień Zamawiającego do treści SIWZ (odpowiedzi na zapytania Wykonawców) - odpowiedź na pytanie nr 10: „na terenie gminy Długołęka odpady ulegające biodegradacji i odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji oraz odpady zielone zbiera się łącząc do worków/pojemników w kolorze brązowym. Dotychczas wykonawca zbierał ww. odpady pod kodem 20 02 01. (...) Jednocześnie należy wskazać, iż zgodnie z zapisami opinii Ministerstwa Środowiska z dnia 19.07.2017 r. znak DGO- III024.89.2017MK cyt: «W przypadku łącznego zbierania odpadów zielonych i

kuchennych zasadnym wydaje się klasyfikowanie ich pod kodem 20 01 08»." Zgodnie z ww. odpowiedzią, Zamawiający zbiera łącznie odpady ulegające biodegradacji, odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji oraz odpady zielone. Na marginesie należy wskazać, że przytoczona opinia Ministerstwa Środowiska (W ZAŁĄCZENIU DOWODY PISMO MŚ NR 1. PISMO MŚ NR 2) odnosi się natomiast do odpadów kuchennych i zielonych zbieranych łącznie. Zakres odpadów zbieranych przez Zamawiającego teoretycznie jest więc dużo szerszy niż zakres odpadów, o których mowa w ww. piśmie Ministra Środowiska, ponieważ obejmuje wszystkie odpady ulegające biodegradacji. Odpady ulegające biodegradacji to pojęcie bardzo szerokie i zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 25 maja 2012 roku w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów są to odpady o kodach: 20 01 01, 20 01 08, 20 01 10, 20 01 11, 20 01 25, 20 01 38, 20 02 01, 20 03 02, 15 01 01, 15 01 03, ex 15 01 09 z włókien naturalnych, ex 15 01 06 w części zawierającej papier, tekturę, drewno i tekstylia z włókien naturalnych.

Dla wykazania zasadności niniejszego odwołania najistotniejsza jest okoliczność, zgodnie z którą w przedmiotowym postępowaniu przetargowym w przypadku odpadów ulegających biodegradacji chodziło tylko o te zbierane w okresie od kwietnia do końca listopada, czyli o odpady zielone, mimo że Zamawiający nie podał w SIWZ kodów odpadów wskazując ogólnie, że chodzi o odpady biodegradowalne. Wykonawca Chemeko-System jako profesjonalny uczestnik rynku doskonale wie, że odpady zielone zbiera się tylko we wskazanym okresie od kwietnia do końca listopada, podczas gdy inne odpady biodegradowalne, np. kuchenne, wytwarzane są przez cały rok. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami do treści SIWZ, w gminie Długoleka odpady zielone zbierane są łącznie z innymi odpadami biodegradowalnymi, np. kuchennymi: „Zgodnie z postanowieniami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Długoleka, odpady ulegające biodegradacji i odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji oraz odpady zielone zbiera się łącznie do worków/pojemników w kolorze brązowym. Dotychczas Wykonawca odbierał ww. odpady pod kodem 20 02 01.". Wyjaśnić należy, że dotychczasowym wykonawcą był Odwołujący, który przekazywał te odpady celem ich zagospodarowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) w Rudnej Wielkiej, należącej do Wykonawcy Chemeko-System jako właśnie odpady pod kodem 20 02 01, o czym Chemeko-System doskonale wiedziało.

W ZAŁĄCZENIU DOWÓD: KARTY PRZEKAZANIA ODPADÓW.

Odwołujący sygnalizuje, że wprawdzie Zamawiający z jednej strony twierdzi, że zbiera na terenie gminy Długoleka wszystkie odpady ulegające biodegradacji w 1 pojemniku/worku -

czyli około 12 różnych rodzajów odpadów, a z drugiej strony Zamawiający równocześnie wskazuje na opinię Ministerstwa dotyczącą przypadku zbierania 2 frakcji razem: odpadu o kodzie 20 01 08 oraz 20 02 01, to jednak Zamawiający wskazuje w odpowiedziach na zapytania Wykonawców, że dotychczas przedmiotowe odpady zbierane były pod kodem 20 02 01. Ponadto, Zamawiający w projekcie umowy nakłada na wykonawcę obowiązek dostarczenia brązowych worków na odpady zielone oraz równocześnie wskazuje, iż odpady te mają być tylko odbierane w okresie wegetacyjnym, tj. od IV- XI, co oznacza odpad o kodzie 20 02 01, czyli odpady zielone takie jak: liście, trawa itp. (innymi słowy fakt ograniczenia częstotliwości odbioru tylko i wyłącznie do okresu wegetacyjnego jednoznacznie wskazuje na zbieranie odpadów zielonych o kodzie 20 02 01). Co więcej, Zamawiający na swojej stronie internetowej przekazuje mieszkańcom gminy Długoleka informację, zgodnie z którą odpady kuchenne (o kodzie 20 01 08) powinny być gromadzone w pojemnikach na odpady zmieszane, a nie w brązowych pojemnikach/workach.

W ZAŁĄCZENIU DOWÓD: WYDRUK PRINT SCREEN ZE STRONY INTERNETOWEJ ZAMAWIAJĄCEGO.

Odwołujący zdaje sobie sprawę, że skutki ewentualnych niejasności powstałych w ramach sporządzania dokumentacji przetargowej nie mogą obciążać Wykonawcy, jednakże w niniejszym przypadku mamy do czynienia z sytuacją świadomego i celowego wykorzystania stanowiska Zamawiającego w zakresie „odpadów ulegających biodegradacji”. Chemeko-System odpady odbierane z terenu gminy Długoleka jako „odpady ulegające biodegradacji” do dnia dzisiejszego przyjmuje na swój RIPOK pod kodem 20 02 01 (jako odpady zielone) - oznacza to, że samo Chemeko-System, jako posiadacz odpadów, które przyjmuje celem zagospodarowania, dokonuje takiej właśnie klasyfikacji „odpadów

ulegających biodegradacji" - jako odpady zielone o kodzie 20 02 01, a nie odpady kuchenne o kodzie 20 01 08. Zachowanie ww. Wykonawcy w postaci złożenia oferty w analizowanym kształcie stanowi więc czyn nieuczciwej konkurencji. Potwierdza to jeszcze mocniej porównanie informacji uzyskanej od Zamawiającego, zgodnie z którą dotychczas przedmiotowe odpady zbierane były pod kodem 20 02 01 (jako odpady zielone po cenie 258,18 zł netto/tona, a sam Wykonawca Chemeko-System oferuje za odbiór, wywóz i zagospodarowanie według złożonej oferty kwotę 259,26 zł netto/tona, co oznacza, że zbiórka, zakup worków i transport wynosi rzekomo jedynie 1,08 zł netto/tona) oraz stanowisko Wykonawcy Chemeko-System wyrażone w piśmie złożonym w postępowaniu zawisłym obecnie przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu w sprawie nadużywania przez ww. Wykonawcę pozycji dominującej (o czym szerzej w dalszej części odwołania w uzasadnieniu drugiej części zarzutu). Zgodnie z fragmentem ww. pisma Chemeko-System: „(...) Obowiązany [Chemeko-System - przyp. aut.] wykazuje, że na skutek pytania jakie zadał

[Odwołujący - przyp. aut.] Zamawiającemu - Gminie Długoleka o strukturę odpadów opisanych w SIWZ (a w szczególności czy Zamawiający przewiduje łączną zbiórkę bioodpadów tzn. odpadów kuchennych oraz odpadów zielonych w jednym pojemniku/worku?). Otrzymał odpowiedź o łącznym zbieraniu odpadów zielonych i kuchennych - przez co są one kwalifikowane kodem 20 01 08. Reasumując: brak jest związku z tą sprawą postępowania przetargowego w Gminie Długoleka. Obowiązany podnosi, że odpady zielone (o których mowa w niniejszym postępowaniu) oznacza się kodem 20 02 01 - odpady biodegradowalne, a odpady kuchenne i biodegradowalne zbierane razem oznacza się kodem 20 01 08 (objęte przetargiem w Gminie Długoleka) i nie stanowią one przedmiotu niniejszego postępowania."

Celem udzielenia, zgodnie z opinią Odwołującego, odpowiedzi na pytanie, dlaczego Wykonawca Chemeko-System zamiast kodu 20 02 01 przyjął w swojej ofercie kod 20 01 08, należy wskazać, że zgodnie z przepisami art. 66 ust. 1, 2 i 4 pkt 4 każdorazowy posiadacz odpadów jest obowiązany do dokonania zgodnej z § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 roku w sprawie katalogu odpadów klasyfikacji odpadów (innymi słowami - do nadania odpowiedniego kodu odpadom). Odpady w katalogu odpadów zostały podzielone w zależności od źródła ich powstawania na 20 grup (wszystkie wskazane w ww. rozporządzeniu w § 2). Zgodnie z pkt 20 w § 2 rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów, odpady, o których mowa w odwołaniu, otrzymują kod zaczynający się od liczby „20” oznaczającej przynależność do grupy „odpadów komunalnych łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie”. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany dokonać klasyfikacji odbieranych odpadów komunalnych nie tylko według wskazanej grupy odpadów, ale także podgrupy i rodzaju (rozporządzenie w sprawie katalogu odpadów, ustawa o odpadach) oraz źródła ich powstawania. Ze względu na wyniki tak dokonanej klasyfikacji odpadów, dany podmiot odbierający odpady komunalne musi je zagospodarować zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g., „Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości: zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych”. W niniejszym postępowaniu bezsporne jest, że odpady, o których mowa w odwołaniu, to jest „odpady ulegające biodegradacji” jako odpady zielone muszą być przekazywane do ww. regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Wykonawca Chemeko-System, w ramach przyjmowania od Odwołującego odpadów ulegających biodegradacji pochodzących z terenu gminy Długoleka, prawidłowo dokonuje klasyfikacji tych odpadów jako odpady o kodzie 20 02 01

(W ZAŁĄCZENIU DOWÓD: KARTY PRZEKAZANIA ODPADÓW).

Powyższe oznacza, że Wykonawca Chemeko-System w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu przetargowym, niezgodnie z przepisami ustawy o odpadach, ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów, przyjmuje, że „odpady ulegające biodegradacji” będzie klasyfikował jako odpady o kodzie 20 01 08 (zgodnie z rozporządzeniem w sprawie katalogu odpadów - „odpady kuchenne ulegające biodegradacji”). O takim zabiegu Chemeko-System świadczy również pismo ww. Wykonawcy złożone w toku postępowania sądowego - cytując powyżej (nota bene

również analogiczna wypowiedź znalazła się w piśmie złożonym w ramach postępowania prowadzonego obecnie przez Prezesa UOKiK). Odwołujący podnosi, że przyjęcie przez Wykonawcę Chemeko-System w swojej ofercie dla „odpadów ulegających biodegradacji” kodu odpadów kuchennych (20 01 08) zamiast prawidłowego, w świetle wymienionych powyżej aktów prawnych, kodu odpadów zielonych (20 02 01) stanowi świadome i celowe manipulowanie ceną „odbioru, wywozu i zagospodarowania” ww. odpadów. Wykonawcę Chemeko-System jako podmiot prowadzący RIPOK obowiązuje kalkulacja kosztów zagospodarowania odpadów w regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, o której mowa w art. 9m u.c.p.g. („Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany, na wniosek gminy lub podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, przedstawić kalkulację kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, w terminie 7 dni od dnia jego złożenia.”). Zgodnie z tą kalkulacją (DOWÓD: KALKULACJA - do przedłożenia na rozprawie KIO Odwołujący wyjaśnia, że na podstawie art. 9m u.c.p.g. wystąpił oficjalnie do Wykonawcy Chemeko-System o przedłożenie ww. kalkulacji), a dokładniej punktem dotyczącym kalkulacji kosztów zagospodarowania selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów w procesie kompostowania (proces R3), „Koszt przyjęcia do kompostowania odpadów o przykładowym kodzie 20 02 01 - odpady ulegające biodegradacji” to 258,18 PLN netto/Mg”. Kalkulacji takiej, zgodnie z art. 9m u.c.p.g., podmiot prowadzący RIPOK (Chemeko-System) nie musi mieć dla odpadów o kodzie 20 01 08. Niemniej jednak Chemeko-System za przyjęcie do RIPOK (zgodnie z przepisami prawa odpadowego oraz stanowiskiem MŚ nawet gdyby przyjąć, przy łącznym zbieraniu odpadów zielonych i kuchennych, kod łącznie zebranych odpadów: 20 01 08, to i tak odpady łącznie zebrane muszą trafić na RIPOK - ze względu na „znajdowanie się” w tej masie odpadów zielonych) odpadów o kodzie 20 01 08 przyjmuje dokładnie taką samą ceną jak za 20 02 01. Powyższe oznacza, że, Wykonawca Chemeko-System podając kwotę

259,26 zł/netto na odbiór i wywóz (transport) wskazanych odpadów przeznaczył kwotę 1,08 zł. Takie działanie Wykonawcy, poza obiektywną bezprawnością, zasługuje na dezaprobatę. Z perspektywy niniejszej sprawy dla uzasadnienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji istotne jest dokonanie zgodnej z przepisami prawa odpadowego klasyfikacji odpadów (nadanie właściwego kodu). Ze względu bowiem na to, że przyjęcie innego kodu odpadu odbiegającego od faktycznie odbieranego w celu zmniejszenia kosztów zagospodarowania lub przekierowania ww. odpadu do innej instalacji stanowi naruszenie wskazanych przepisów ustawy o odpadach (art. 66 ust. 1, 2 i 4 pkt 4), ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art. 9e ust. 1 pkt 2) oraz rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów (§ 2 oraz załącznik do rozporządzenia).

Z drugiej strony, zgodna z prawem klasyfikacja odpadów (tj. pod jakim kodem należy kwalifikować odpady w przypadku łącznego zbierania odpadów zielonych o kodzie 20 02 01 oraz odpadów kuchennych o kodzie 20 01 08) dla celów niniejszego postępowania (zwłaszcza dla uzasadnienia opisanego w dalszej części odwołania zarzutu nieważności złożonej przez Wykonawcę Chemeko-System oferty wskutek naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) ma niejako istotne znaczenie „pośrednio”. Niejako „pośrednio”, bowiem istotne jest to, że obie wskazane frakcje odpadów przy ich łącznym zbieraniu należy oddać na RIPOK - na RIPOK, który prowadzi Chemeko-System. W ZAŁĄCZENIU DOWODY: PISMO MŚ NR 1. PISMO MŚ NR 2.

Zatem, w przypadku łącznego zbierania odpadów zielonych o kodzie 20 02 01 oraz odpadów kuchennych o kodzie 20 01 08 w gminie Długoleka, Odwołujący musiałby przekazywać tak łącznie zebrane i odebrane odpady na RIPOK Chemeko-System. Zgodnie z obowiązującymi przepisami (art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g.), na RIPOK przyjmowane są tylko odpady zielone i zmieszane (za odpady zmieszane Chemeko-System pobiera od Odwołującego jeszcze wyższą cenę niż za zielone). Zatem, połączone odpady zielone i kuchenne traktowane byłyby jako zielone i cena za ich przyjęcie na RIPOK Chemeko-System wynosiłaby obecnie 258,18 zł netto/tona.

Ponadto, cena oferowana odwołującemu przez Chemeko-System za przyjęcie odpadów kuchennych o kodzie 20 01 08 jest taka sama, jak za przyjęcie odpadów zielonych, tj. 258,18 zł netto/tona. Nawet gdyby założyć, że odpady o kodzie 20 01 08 nie muszą być oddawane na RIPOK (choć tak nie jest w przypadku, gdy odpady kuchenne są zbierane łącznie z zielonymi) to i tak cena za ich przyjęcie przez Chemeko-System wynosi 258,18 zł netto/tona.

W ZAŁĄCZENIU DOWÓD: WIADOMOŚĆ E-MAIL POT. CENY PRZYJĘCIA ODPADU 20 01 08.

W ofercie Wykonawcy Chemeko-System złożonej w postępowaniu przetargowym na usługi polegające na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu

gminy Długoleka wskazane jest na drugiej stronie formularza ofertowego, że Chemeko-System za usługę odbioru, wywozu i zagospodarowania 1 tony odpadów ulegających biodegradacji przyjmuje cenę 259,26 zł netto. Usługa odbioru, wywozu i zagospodarowania odpadów zawiera w sobie czynności zakupu worków (o których mowa w SIWZ), zbiórki, transportu na RIPOK oraz zagospodarowania odpadów na RIPOK. Zgodnie z obowiązującym cennikiem na RIPOK Chemeko-System w Rudnej Wielkiej (RIPOK, któremu obecnie należy przekazać odpady ulegające biodegradacji odebrane na terenie regionu północno-centralnego województwa dolnośląskiego), za zagospodarowanie 1 tony ww. odpadów obowiązuje cena w wysokości 258,90 zł netto. Różnica pomiędzy rzeczywistym (zgodnym z obowiązującym cennikiem) kosztem tylko i wyłącznie samej usługi zagospodarowania odpadów ulegających biodegradacji na RIPOK Chemeko-System i kosztem odbioru, wywozu i zagospodarowania tych odpadów przyjętym w kalkulacji oferty złożonej przez Wykonawcę Chemeko-System wynosi zatem trochę ponad złotówkę. Oznacza to, że ww. Wykonawca, „dodając złotówkę” do ceny odbioru, wywozu i zagospodarowania odpadów ulegających biodegradacji narusza prawo oraz dobre obyczaje (o czym poniżej), a więc popełnia czyn nieuczciwej konkurencji.

Oznacza to, że Odwołujący, płacąc na rzecz Chemeko-System cenę 258,18 zł netto/tona za przyjęcie odpadów zielonych i kuchennych na RIPOK w Rudnej Wielkiej, nie jest w stanie konkurować z Chemeko-System o pozyskanie zamówienia, jeśli Chemeko-System oferuje w przetargu cenę w wysokości 259,26 zł/tona. Odwołujący, jak każdy z pozostałych Wykonawców, ponosi bowiem dodatkowo koszty odbioru tych odpadów od mieszkańców i ich transportu.

Należy jednoznacznie stwierdzić, że Wykonawcy Chemeko-System należy zarzucić dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ poza stwierdzeniem zaniżenia jednej z cen jednostkowych oraz manipulacji stawkami, wykonanie przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłoby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działających w branży odpadowej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 maja 2015 roku, KIO 920/15).

Odwołujący zwraca uwagę, że wskazane powyżej argumenty świadczą nie tylko o niezgodnym z prawem odpadowym czynie nieuczciwej konkurencji, ale również uzasadniają zarzut, zgodnie z którym Wykonawca Chemeko-System, składając ofertę w niniejszym postępowaniu, działał sprzecznie z dobrymi obyczajami. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28 czerwca 2007 roku (V ACa 371/07), „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić

wiążąc w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafalszowane współzawodnictwo”. Dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc, jak wskazuje powyższy wyrok, normami prawnymi, są jednak wzorcami postępowania, podobnie jak zasady współżycia czy ustalone zwyczaje i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkową.

Na kanwie przedmiotowej sprawy na uwagę zasługuje również wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 27 maja 2014 roku (I ACa 222/14), zgodnie z którym „nawet nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami podlega rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami”. Podsumowując powyższe rozważania, Odwołujący wskazuje, że Chemeko-System wobec złożenia przedmiotowej oferty zamierza utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku czy wręcz nawet dążyć do ich eliminacji z rynku (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20

maja 2015 roku, KIO 920/15). Popęlnienie przez Chemeko-System czynu nieuczciwej konkurencji jest więc związane, obiektywnie co najmniej z utrudnieniem, a zdaniem Odwołującego z uniemożliwieniem, innym przedsięwzięciem uzyskania konkretnego zamówienia. Na potwierdzenie ww. twierdzenia należy przytoczyć fragment wyroku Izby, zgodnie z którym „eliminowanie z rynku nie oznacza wyłącznie sytuacji gdy przedsiębiorca traci byt prawny, lub faktycznie nie może uzyskiwać żadnych zamówień, ale jest to także pozbawianie możliwości uzyskania konkretnego zamówienia na skutek zastosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez jednego z wykonawców” (wyrok KIO z 5 września 2013 roku, KIO 2067/13).

Argumenty opisane powyżej, poza uzasadnieniem dopuszczenia się przez Wykonawcę Chemeko-System popęlnienia czynu nieuczciwej konkurencji, czynią zasadnym zarzut odwołania, zgodnie z którym ww. Wykonawca stosuje praktyki ograniczające konkurencję polegające na nadużywaniu przez Chemeko-System pozycji dominującej na rynku przetwarzania zielonych i innych biodegradowalnych odpadów komunalnych o kodzie 20 02 01 („odpady zielone”) pochodzących z regionu północno- centralnego województwa dolnośląskiego (to jest, zgodnie z uchwałą nr XXIX/935/16 w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego 2016-2022, z jednego z 6 regionów gospodarki odpadami komunalnymi województwa dolnośląskiego; do regionu północno-centralnego, poza gminą Długołęka, zalicza się, zgodnie z ww. uchwałą:

Brzeg Dolny, Dobromierz, Dobroszyce, Góra, Jemielno, Kobierzyce, Kostomłoty, Krośnice, Malczyce, Miękinia, Oborniki Śląskie, Prusice, Strzegom, Środa Śląska, Trzebnica, Twardogóra, Udanin, Wąsosz, Wińsko, Wisznia Mała, Wołów, Wrocław (m.p.), Zawonia, Żmigród), poprzez narzucanie nieuczciwych cen (art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k.) oraz przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.).

Odwołujący podnosi w związku z powyższym, że oferta złożona przez Wykonawcę Chemeko-System jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, to jest przepisów wspomnianej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, i wobec tego, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p., winna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Chemeko-System składając ofertę w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez gminę Długołęka świadomie wykorzystało swoją pozycję dominującą na rynku gospodarki odpadami w regionie północno-centralnym. W świetle art. 9 ust. 3 u.o.k.k., „czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne”. Oznacza to, że oferta złożona w niniejszym postępowaniu przez Wykonawcę Chemeko-System, jako przejaw nadużywania pozycji dominującej, jest nieważna. Odwołujący informuje, że powyższa kwestia nadużywania przez ww. Wykonawcę pozycji dominującej na rynku gospodarki odpadami w regionie północno-centralnym jest obecnie przedmiotem postępowania przed UOKiK. Należy dodać, że zgodnie z utrwalonym i jednoznacznym stanowiskiem wyrażonym w judykaturze oraz w doktrynie (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2008 rok., III CZP 52/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2007 roku, III SK 17/06; wyrok Sądu Najwyższego z 14 marca 2007 roku, I CSK 454/06; A. Jurkowska-Gomułka, Glosa do uchwały SN z dnia 23 lipca 2008 roku, M CZP 52/08) brak jest formalnych przeszkód uniemożliwiających Izbie dokonywania samodzielnych ustaleń w przedmiocie stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Zgodnie z powoływanymi przepisami u.o.k.k., zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Jak wynika z definicji pozycji dominującej zawartej w art. 4 pkt 10 u.o.k.k., pod pojęciem tym rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%. W myśl art. 4 pkt 9 u.o.k.k., rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na cechy określone w tym przepisie są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 u.o.k.k.). W niniejszej sprawie towarem oferowanym przez Chemeko-System jest usługa przyjmowania i

przetwarzania odpadów ulegający biodegradacji - odpadów zielonych, a pod względem geograficznym rynek wyznacza obszar, z którego pochodzą odpady, dostarczane do RIPOK

w Rudnej Wielkiej. Rynek ten określa wspomniana uchwała Sejmiku Województwa Dolnośląskiego i jest to region północno-centralny województwa dolnośląskiego. Według załącznika nr 2 do ww. uchwały nr XXIX/935/16 w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego 2016-2022, w ramach regionu północno-centralnego przewidziano dwie instalacje do przetwarzania selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów: instalacja zlokalizowana w Rudnej Wielkiej (56-210 Wąsosz) prowadzona przez Chemeko-System oraz instalacja zlokalizowana we Wrocławiu, przy ul. Janowskiej 51 (Kompostownia Odpadów Zielonych), prowadzona przez Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Ekosystem”). Przepustowość instalacji prowadzonej przez Chemeko-System to 21.000,00 ton odpadów rocznie, zaś instalacji prowadzonej przez Ekosystem - 6.000,00 ton. Ponadto, instalacja spółki Ekosystem nie przyjmuje odpadów zielonych zbieranych w workach, a tylko odpady zbierane luzem. Powyższe ograniczenie znacznie rzutuje na zdolność do przyjmowania odpadów zielonych przez instalację przy ul. Janowskiej 51 we Wrocławiu oraz powoduje dodatkowe uciążliwości dla podmiotów odbierających odpady zielone w regionie północno-centralnym. Należy bowiem zwrócić uwagę, że znaczna część odpadów zielonych odbierana jest od mieszkańców w workach (w szczególności od właścicieli domów jednorodzinnych) zgodnie z ustalonym przez gminę systemem gospodarki odpadami. Na potwierdzenie powyższych twierdzeń, Odwołujący przedkłada W ZAŁĄCZENIU DOWODY: PISMO EKOSYSTEM NR 1 I PISMO EKOSYSTEM NR 2. W pierwszym z ww. pism, Ekosystem poinformował Odwołującego, że „w związku ze zbliżającym się wyczerpaniem mocy przerobowych instalacji Kompostowni Odpadów Zielonych znajdującej się przy ul. Janowskiej 51 we Wrocławiu, Ekosystem Sp. z o.o. uprzejmie informuje, że przyjęcia odpadów ulegających biodegradacji wkrótce zostaną wstrzymane. Termin zakończenia przyjmowania odpadów przewidywany jest na dzień 15.09.2017 r., z zastrzeżeniem możliwości wcześniejszej odmowy przyjęcia”. Zgodnie z pismem z 15 września 2017 roku, „Spółka Ekosystem uprzejmie informuje, że w dniu 15.09.2017 r. wyczerpana została moc przerobowa Kompostowni Odpadów Zielonych przy ul. Janowskiej 51 we Wrocławiu, w związku z czym zostaje ona zamknięta.

Pozycja Chemeko-System na tym rynku jest w sposób bardzo wyraźny zdeterminowana przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego oraz mocami przerobowymi, którymi dysponuje RIPOK należący do Chemeko-System. Zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art. 9e ust. 1 pkt 2), podmioty odbierające odpady komunalne, w zakresie odpadów

biodegradowalnych nie mają innej możliwości ich przetwarzania, jak tylko w RIPOK, wobec okoliczności wskazanych powyżej, tylko w RIPOK należącej do wykonawcy Chemeko-System (widoczne jest to także w formularzach ofertowych wykonawców, w tabeli w pozycji dotyczącej instalacji do przetwarzania „odpadów ulegających biodegradacji” - wszyscy wykonawcy, tj. Odwołujący, FB Serwis i Chemeko-System, wskazali RIPOK Chemeko-System w Rudnej Wielkiej).

Ze względu na to, że Wojewódzki Plan Gospodarki Odpadami (WPGO) został uchwalony na lata 2016- 2022, rynek przetwarzania odpadów biodegradowalnych pochodzących z regionu północno-centralnego województwa dolnośląskiego został - na mocy uchwalonego WPGO - podzielony na najbliższe 6 lat pomiędzy Chemeko-System a Ekosystem w stosunku 78% na rzecz Chemeko-System. W związku z powyższym, udział rynkowy Chemeko-System przekracza 40% próg, z którym u.o.k.k. wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej. W rezultacie na rynku przetwarzania odpadów biodegradowalnych pochodzących z regionu północno-centralnego województwa dolnośląskiego Chemeko-System zajmuje pozycję silnie dominującą (de facto monopolistyczną). Posiadana siła rynkowa pozwala wskazanemu Wykonawcy działać w dużym stopniu niezależnie od zachowania swych kontrahentów. Na marginesie Odwołujący wskazuje, że podobnego ustalenia zakresu rynku właściwego, według typu odpadów i zawężonego do regionu wyznaczonego przez uchwałę Sejmiku Województwa Dolnośląskiego w sprawie wykonania poprzednio obowiązującego Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami, w ramach jednego kodu dokonał Prezes UOKiK w decyzji z 27 czerwca 2013 roku, nr RWR 17/2013. W ZAŁĄCZENIU DOWÓD: DECYZJA PREZESA UOKiK. W decyzji odnoszącej się do nadużywania pozycji dominującej przez Chemeko-System (decyzja z 27 czerwca 2013 roku, nr RWR 17/2013) Prezes UOKiK potwierdził, że działania Chemeko naruszają interes publiczny.

Odwołujący, z uwagi na wszystkie opisane powyżej okoliczności, wskazuje, że złożenie

oferty przez Wykonawcę Chemeko-System stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w postaci co najmniej utrudnienia dostępu innym Wykonawcom, w tym Odwołującemu, do rynku, a ponadto wskazuje, że oferta ta jest nieważna z mocy odrębnych przepisów wobec zastosowania przez ww. Wykonawcę w niniejszym postępowaniu praktyk ograniczających konkurencję, polegających na nadużywaniu przez Chemeko-System pozycji dominującej poprzez narzucanie nieuczciwych cen (art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k.) oraz przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.). Z tych powodów oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi polegające na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu gminy Długołęka”

(znak RI.271.24.2017.MK, ogłoszenie nr 2017/S 146- 301850) przez Chemeko-System winna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 p.z.p.”

Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin oraz obowiązek przystąpienia ustawowy przekazania kopii zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postanowienia SIWZ, treść odpowiedzi na pytanie nr 10 zostały prawidłowo powołane przez odwołującego, ich ponowne powoływanie, jako ustalenia własne Izby, jest zbędne. Okoliczności dotyczące prowadzenia przez przystępującego RIPOK w Rudnej Wielkiej, cennik stosowany na tej instalacji oraz działanie w spornym regionie jedynie dwóch RIPOK są niesporne.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują po stronie odwołującego możliwość poniesienia szkody, gdyż złożona przez niego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności należało ustalić, czy wszystkie zarzuty odwołania podlegają kognicji Izby. Skład orzekający ocenił, że w badanym postępowaniu odwoławczym prowadzonym na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych niedopuszczalne jest rozpoznanie zarzutu dotyczącego nieważności oferty w związku z zarzucanym przystępującemu zastosowaniem praktyk ograniczających konkurencję a polegających na nadużywaniu pozycji dominującej przez narzucanie nieuczciwych cen (art. 9 ust. 2 pkt 1 „u.o.k.k.) oraz przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.). Pierwszy z tych przepisów stanowi, że nadużywanie pozycji dominującej polega na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub

innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów. Drugi, że nadużywanie pozycji dominującej polega na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Art. 9 ust. 3 u.o.k.k. stanowi wprawdzie, że czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne, jednak nie oznacza *ex lege* możliwości ustalenia przez Izbę w postępowaniu odwoławczym, w związku z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, czy dany wykonawca zajmuje na rynku pozycję dominującą, czy stosuje praktyki ograniczające konkurencję przez nadużywanie tej pozycji i w konsekwencji orzekanie przez Izbę na podstawie tych ocen o nieważności oferty. Zadaniem Izby jest bowiem rozpoznawanie odwołań wniesionych wobec czynności albo zaniechań zamawiającego, w okolicznościach sprawy, wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast zgodnie z art. 10 ust. 1 u.o.k.k. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazów określonych w

art. 6 lub w art. 9 ustawy lub w art. 101 lub w art. 102 TFUE. Odwołujący wskazał w odwołaniu, że kwestia nadużywania przez przystępującego pozycji dominującej na rynku gospodarki odpadami w regionie północno-centralnym jest obecnie przedmiotem postępowania przed UOKiK oraz dodatkowo postępowania przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu. W związku z tym orzekanie w tej samej kwestii przez Izbę jest niedopuszczalne.

Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k. i uznała go za bezzasadny.

Odwołujący w katalogu zarzutów wskazywał, że czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez przystępującego polega na „co najmniej utrudnieniu, jak nie uniemożliwieniu, dostępu innym wykonawcom, w tym odwołującemu, do rynku”, natomiast w części wstępnej uzasadnienia powołał również art. 3 ust. 1 u.z.n.k. stanowiący, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W odniesieniu do pierwszego z nich podnieść należy, że o utrudnianiu dostępu do rynku stanowi art. 15 ust. 1 u.z.n.k., który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;

4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;

5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Odwołujący nie wskazał, który z punktów przywołanego przepisu stanowi podstawę prawną zarzutu odwołania, co przemawia na jego niekorzyść. Postępowanie odwoławcze ma charakter w pełni kontradyktoryjny, co oznacza, że to odwołujący jest wyłącznie uprawniony i zobowiązany do formułowania zarzutów odwołania oraz ich uzasadnienia faktycznego i prawnego. W przypadku podnoszenia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp obowiązkiem odwołującego jest zatem konkretne wskazanie, który z przepisów u.z.n.k. został naruszony przez zamawiającego oraz odniesienie się do wszystkich przesłanek wskazanej normy prawnej.

Z treści uzasadnienia odwołania można ewentualnie wyprowadzić wniosek, że zamawiający naruszył art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., jednak wyniki postępowania odwoławczego nie potwierdzają tego poglądu. Całkowicie błędnie przyjmuje odwołujący, że skoro Chemeko-System w cenniku RIPOK w Rudnej Wielkiej za usługę odbioru, wywozu i zagospodarowania 1 tony odpadów ulegających biodegradacji wskazuje cenę 258,90 zł netto, to powinna być ona podstawą do kalkulowania ceny jego własnej oferty, a zatem cena 259,26 zł netto podana w ofercie przystępującego jest zaniżona. Pogląd, że wykonawca konstruując ofertę na podstawie zasobów własnych posłuży się cennikiem przyjętym dla klienta zewnętrznego jest nieracjonalny. Ponadto przystępujący złożył dowody potwierdzające możliwość korzystania z RIPOK Ekosystem, z korzystniejszymi cenami, co również nie potwierdza zaniżenia ceny oferty.

Nie można też pominąć, że to na odwołującym jako podnoszącym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp spoczywał ciężar udowodnienia przesłanek zaniżenia ceny oferty. Odwołujący konstruuje zarzut odwołania na poglądzie, że wyjaśnienia zamawiającego treści SIWZ - odpowiedź na pytanie nr 10 nie pozwala na łączne zbieranie odpadów zielonych i kuchennych pod kodem 20 01 08, gdyż nie ma to oparcia w powołanej opinii Ministra Środowiska.

W tej mierze dostrzec należy, że wyjaśnienia treści SIWZ udzielane przez zamawiającego stanowią rodzaj wykładni autentycznej SIWZ – dokumentu, którego autorem jest zamawiający. Jeśli nie zostaną one zakwestionowane w terminie zakreślonym ustawą przez wniesienie odwołania, wiążą zamawiającego i wykonawców uczestniczących w postępowaniu, tak jak postanowienia SIWZ. Ponieważ odwołujący nie wniósł odwołania w związku z wyjaśnieniami, na obecnym etapie postępowania niedopuszczalna jest ocena treści odpowiedzi i analiza jej zgodności ze stanowiskiem Ministra Ochrony Środowiska. W

realiach badanego postępowania wykonawcy uczestniczący w postępowaniu byli uprawnieni do łącznego zbierania odpadów biodegradowalnych pod kodem 20 01 08, zatem pogląd odwołującego jest całkowicie chybiony.

Ponadto przeciw poglądowi odwołującego przemawia analiza cen ofert złożonych w postępowaniu oraz cen częściowych pkt 5 formularza ofertowego (odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów ulegających biodegradacji) oraz instalacji wskazywanych w poszczególnych ofertach.

I tak: oferta PHU Komunalnik Sp. z o.o. zawiera łączną cenę 11.911.174,42 zł, w pkt 5 podaje cenę 140,40 zł, natomiast jako instalacje zostały wskazane instalacje Eko-System Sp. z o.o. oraz Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. Cena drugiej w kolejności oferty przystępującego to 12.851.396,70, cena pkt 5 to 259,26 zł, w której wskazano własną instalację przystępującego w Rudnej Wielkiej. Oferta konsorcjum FB Serwis S.A. oraz Przedsiębiorstwa Higieny Komunalnej Trans-Formers Wrocław Sp. z o.o. ma cenę 14.865.921,09 zł. W pkt 5 formularza podana jest cena 441,12 zł oraz RIPOK Przystępującego oraz oferta Eneris S.A., z łączną ceną 17.877.174,98 zł, która w pkt 5 podaje cenę 523,80 zł oraz instalację przystępującego w pkt 1 tabeli. Cena oferty odwołującego to 17.237.270,23 zł cena pkt 5 to 450 zł, wskazane instalacje przystępującego oraz Ekosystem.

Powyższe prowadzi do przekonania o niezasadności zarzutu zaniżenia ceny oferty przez przystępującego, gdyż cena za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów ulegających biodegradacji wskazana przez przystępującego nie była najniższa w postępowaniu, a cena wskazana przez PHU Komunalnik nie była kwestionowana. Ponadto odwołujący zaniechał wywiedzenia wpływu ewentualnego zaniżenia ceny poz. 5 formularza oferty na cenę całej oferty.

Izba nie dopatrzyła się również dopuszczenia się przez zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Również w odniesieniu do tego zarzutu zaprezentowana powyżej argumentacja jest aktualna. Ponadto w ocenie składu orzekającego przystępujący nie uzyskał najwyższej oceny oferty skutkiem anty konkurencyjnego zabiegu matematycznego. To, że prowadzenie przez odwołującego działalności gospodarczej napotyka na trudności wynikające z faktu, że konkurenci prowadzą RIPOK nie uzasadnia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....