Sygn. akt: KIO 1177/17

WYROK
z dnia 4 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Marek Koleśników

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2017 r. **przez odwołującego:** S. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. (…) w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Gminę Miasto C. z siedzibą ul. (…) reprezentowana przez C. Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. z s. w S., S. ul. (…)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum:** R. sp. z o.o. – Lider Konsorcjum ul. (…), R. S. sp. z o.o. – Członek Konsorcjum ul. (…) zgłaszających **swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części I, II i III zamówienia oraz nakazuje ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie Części I, II i III zamówienia po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego w zakresie Części I, II i III zamówienia
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto C. z siedzibą ul. (…) reprezentowaną przez C. Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. z s. w S., S. ul. (…) i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S. P. Sp. z o.o. ul. (…) tytułem wpisu od odwołania

2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 30.000,00 złotych (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) na rzecz S. P.

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. (…) jako kwoty nadpłaconego wpisu od odwołania

2.3. zasądza od Gminy Miasto C. z siedzibą ul. (…) reprezentowanej przez C. Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. z s. w S., S. ul. (…) kwotę 19.545,87 zł. (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset czterdzieści pięć złotych i osiemdziesiąt siedem groszy) na rzecz S. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. (…) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący: …….

Członkowie: ……

……..

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

Odwołanie złożono w postępowaniu, którego zamówienie dotyczy przetargu nieograniczonego na „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługa punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych."

Podstawa wniesienia odwołania

Jako podstawę wniesienia odwołania odwołujący wskazał art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „PZP" w związku z zaniechaniem przez zamawiającego odrzucenia wybranej oferty Konsorcjum firm: R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. w sytuacji, w której z powodu okoliczności i faktów, podanych szczegółowo w treści odwołania poniżej, oferta Konsorcjum winna być odrzucona.

1. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Co do działań i zaniechań zamawiającego w zakresie Części I zamówienia

1. Naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 7b PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. „Konsorcjum R." i Sp. z o.o. z siedzibą w C. zwane dalej zamiennie „Konsorcjum" lub uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą pomimo, iż Konsorcjum wbrew obowiązującym przepisom prawa de facto nie wniosło skutecznie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a przynajmniej nie wniosło go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie, w szczególności w art. 46 PZP. Wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez R. Sp. z o.o. z siedzibą w W., Oddział C. z siedzibą w C., zaś oferta została złożona przez Wykonawcę – Konsorcjum R., co bezsprzecznie i jednoznacznie potwierdza fakt, iż Konsorcjum nie wniosło wadium dla zabezpieczenia złożonej przez Konsorcjum oferty.

Sygn. akt KIO 1177/17

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1,2 i art. 15 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (w szczególności
sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców].
3. Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 98,104 kodeksu cywilnego oraz art 201,202 ksh i art. 7 ust 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę.
4. Naruszenie art. 32 ust. 1 PZP, art. 34 ust 1 pkt. 1) i ust. 2 PZP, a także art. 89 ust 1 pkt 4) PZP, art. 90 ust 1,2,3,4 PZP, art 35 ust. 1 PZP oraz art. 7 ust, 1 PZP poprzez, dokonanie oszacowania w oparciu o nieaktualne dane, niedochowanie należytej staranności przy oszacowaniu zamówienia co doprowadziło do wskazania błędnej wartości szacunkowej Zamówienia i jego poszczególnych części, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty w/w Konsorcjum pomimo, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia.
5. Naruszenie innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu zarzutów.
Co do działań i zaniechań Zamawiającego w zakresie części II Zamówienia

6. Naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 7b PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą pomimo, iż Konsorcjum wbrew obowiązującym przepisom prawa de facto nie wniosło skutecznie wadium w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, a przynajmniej nie wniosło go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący Zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie, w szczególności w art. 46 PZP. Wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało złożone w postępowaniu o udzielenie Zamówienia przez R. Sp. z o.o. z siedzibą w W., Oddział C. z siedzibą w C., zaś oferta została złożona przez Wykonawcę - Konsorcjum, co bezsprzecznie i jednoznacznie potwierdza fakt, iż Konsorcjum nie wniosło wadium dla zabezpieczenia złożonej przez Konsorcjum oferty.
7. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1,2 art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

---

Sygn. akt KIO 1177/17

Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (w szczególności sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców).
8. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 98,104 kodeksu cywilnego oraz art. 201,202 ksh i art 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm R. Sp. z o.o, z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę
9. Naruszenie art. 8 ust. 1,2,2a, 3 w zw z art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. 2003r. Nr 153, poz. 1503) polegające na przeprowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady jawności czego wyrazem jest wyłączenie jawności dokumentów i informacji złożonych przez Konsorcjum w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, poprzez bezpodstawne i nieuprawnione przyjęcie, iż przedmiotowe wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. obejmują dane i informacje podlegające utajnieniu, poprzez ograniczenie jawności postępowania w ww. zakresie (tj. pisma z dnia 30 maja 2017r. oraz pisma z dnia 31 maja 2017r.) oraz odmowę ich ujawnienia pomimo, iż Konsorcjum nie wykazało, iż zastrzeżone w tych wyjaśnieniach informacje faktycznie są danymi chronionymi oraz zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy.
10. art. 90 ust 2 i 3 PZP, art. 89 ust 1 pkt. 4) PZP oraz art 7 ust 1 PZP poprzez uznanie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. w związku z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, jako uzasadniających istnienie obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (tj. jej rażąco niską wartość] oraz zaniechanie odrzucenia oferty w/w wykonawcy pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę.
11. Naruszenie innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu zarzutów.
Co do działań i zaniechań Zamawiającego w zakresie Części lll Zamówienia
12. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą pomimo, iż Konsorcjum wbrew obowiązującym przepisom prawa de facto nie wniosło skutecznie wadium w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, a przynajmniej nie wniosło go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący Zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie, w szczególności w art. 46 PZP. Wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało złożone w postępowaniu o udzielenie

---

Sygn. akt KIO 1177/17

Zamówienia przez R. Sp. z o.o. z siedzibą w W., Oddział C. z siedziba w C., zaś oferta została złożona przez Wykonawcę - Konsorcjum, co bezsprzecznie i jednoznacznie

potwierdza fakt, iż Konsorcjum nie wniosło wadium dla zabezpieczenia złożonej przez Konsorcjum oferty.
13. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1,2 art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (w szczególności sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców].

14. Naruszenie art 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 98,104 kodeksu cywilnego oraz art. 201,202 ksh i art 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę.
15. Naruszenie art. 8 ust 1, 2,2a, 3 w zw z art. 7 ust 1 PZP oraz art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. 2003r. Nr 153, poz. 1503) polegające na przeprowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady jawności czego wyrazem jest wyłączenie jawności dokumentów i informacji złożonych przez Konsorcjum w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, poprzez bezpodstawne i nieuprawnione przyjęcie, iż przedmiotowe wyjaśnienia stanowią tajemnice przedsiębiorstwa tj. obejmują dane i informacje podlegające utajnieniu, poprzez ograniczenie jawności postępowania w ww. zakresie (tj. pisma z dnia 30 maja 2017r. oraz pisma z dnia 31 maja 2017r.) oraz odmowę ich ujawnienia pomimo, iż Konsorcjum nie wykazało, iż zastrzeżone w tych wyjaśnieniach informacje faktycznie są danymi chronionymi oraz zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy.
16. art. 90 ust 2 i 3 PZP, art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez uznanie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. w związku z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, jako uzasadniających istnienie obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (tj. jej rażąco niską wartość) oraz zaniechanie odrzucenia oferty w/w wykonawcy pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę.
17. Naruszenie innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu zarzutów.

II. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o:

Sygn. akt KIO 1177/17

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum w zakresie Części I, II i III Zamówienia jako oferty najkorzystniejszej i unieważnienie uznania za taką oferty złożonej przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C.
2. odrzucenie oferty Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W.oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. w zakresie Części I, II i III Zamówienia.
3. dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w zakresie Części I, II i III Zamówienia.

4. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych
III. Dodatkowe wnioski
1. Ze względu na treść zarzutów Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego/biegłych (dopuszczając możliwość powołania spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa właściwego sądu okręgowego – W./C./Sąd Ochrony Konkurencji iKonsumentów/inny)
ewentualnie instytutu naukowego lub naukowo-badawczego z dziedziny ekonomiki przedsiębiorstw, księgowości, finansów, ekonomii, rachunkowości z ewentualną wiedzą w zakresie gospodarki odpadami i przeprowadzenie dowodu z opinii na okoliczności:
ustalenia prawidłowych wartości Zamówienia w zakresie każdej z części Zamówienia oraz ich wyliczenia,
stosowania przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. w przedłożonej do Zamówienia ofercie cen sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, w wysokości nie dającej faktycznej i rzeczywistej możliwości należytego

wykonania usług objętych Zamówieniem w celu eliminacji S. P. Sp. z o.o. z rynku oraz utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku stosowania przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. w przedłożonej do Zamówienia ofercie rażąco niskich cen co do prawidłowo ustalonej wartości zamówienia nieuwzględnienia w cenie oferty Konsorcjum jak i w wyjaśnieniach Konsorcjum wszystkich elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania Zamówienia w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Jako możliwą jednostkę naukową wskazuje się np C. B. i T. W.
U. E. w K. ul. (…)
2. Niezależnie Odwołująca wnosi o podjęcie przez Izbę czynności na podstawie art. 190 ust. 4 PZP poprzez powołanie biegłego/biegłych spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa właściwego sądu okręgowego (W./C.Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów/inny) z dziedziny ekonomiki przedsiębiorstw, księgowości,

---

finansów, ekonomii, rachunkowości z ewentualną wiedzą w zakresie gospodarki odpadami i przeprowadzenie dowodu z opinii na okoliczności wskazane w pkt 1 powyżej.

IV. Warunki formalne odwołania
1. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 31 maja 2017r.

Załącznik nr 1 do protokołu z postępowania przetargowego zawierający „Oszacowanie wartości zamówienia" został przesłany w formie elektronicznej Odwołującemu pismem L.dz. 1320/2017/W w dniu 31 maja 2017r.

Niniejsze odwołanie w zakresie wszystkich przedstawionych w nim zarzutów należy zatem uznać za złożone w terminie ustawowym.
2. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 180 ust 5 Ustawy przesłał kopię odwołania do Zamawiającego.
V. INTERES I SZKODA
1. Odwołujący wyjaśnia, iż posiada interes w uzyskaniu pozytywnego rozstrzygnięcia wniesionego odwołania. Odwołujący jest profesjonalnym przedsiębiorcą prowadzącym od wielu lat działalność gospodarczą w dziedzinie gospodarowania i przetwarzania odpadów. Tym samym Odwołujący jako podmiot posiadający wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji usług objętych przedmiotem Zamówienia jest zainteresowany jego uzyskaniem i realizacją. Zamawiający dopuszczając się naruszeń podstawowych zasad i obowiązków wynikających z PZP, w sposób bezprawny i bezzasadny pozbawił Odwołującego możliwości realizacji Zamówienia.
2. Oferta złożona przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie Zamówienia jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów PZP i spełnia wymagania wskazane przez Zamawiającego. Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały złożone dwie oferty. Oferta S. P. Sp. z o.o. zajęła drugie miejsce i w przypadku uwzględnienia odwołania Zamawiający wybierze ją jako najkorzystniejszą.
Powyższe rozumienie wymagań dla korzystania ze środków ochrony prawnej jest zgodne ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych „legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp" (Środki ochrony prawnej

---

w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych, opublikowana na stronie internetowej UZP].

Uzasadnienie odwołania

Przedstawiono w szczególności następującą argumentację formalną i prawną.

Co do zarzutów złożonych w zakresie działań i zaniechań zamawiającego dotyczących Części I. II i III Zamówienia tj. dotyczących wadium
Ad zarzut 1,6,12
W dniu 31 maja 2017 r. Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację Zamówienia. W przedmiotowym piśmie zamawiający przekazał informację o wynikach przeprowadzonej oceny i analizy ofert złożonych w toku postępowania tj. o wyborze oferty Konsorcjum.
Odwołujący nie zgadza się z wynikami przeprowadzonego badania i oceny ofert W konsekwencji powyższego składa w ustawowym terminie niniejsze odwołanie.
1. Zgodnie z brzmieniem punktu 9 SIWZ wykonawcy składający ofertę na realizację Zamówienia zobowiązani byli do wniesienia wadium w wysokości wskazanej przez zamawiającego tj.
Część I Zamówienia - w wysokości 600 000,00 Cześć II Zamówienia w wysokości 80 000,00 Część III Zamówienia w wysokości 90 000,00 złotych.
Wskazać przy tym należy, że zamawiający w tym zakresie powinien kierować się nad wyraz szczególną ostrożnością z tego względu, iż na dwa poprzednio ogłoszone przetargi na odbiór odpadów (2013-2015) raz zmuszony był do zatrzymania wadium jednego z oferentów, którego wartość wynosiła 800,000,00 zł. W związku z powyższym zamawiający zmuszony byt również do prowadzenia kilkuletniego procesu cywilnego związanego ze zwrotem wadium zakończonego wyrokami Sądu Apelacyjnego w K. z dnia 25 sierpnia 2015r, o sygn. akt V ACa 96/15 z możliwością dalszej kontynuacji w Sądzie Najwyższym.

Jedną z dopuszczalnych form wniesienia wadium jest złożenie dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. Do oferty złożonej przez Konsorcjum został dołączony:
•dokument nr 02GGD2/0168/17/0063 z dnia 16 maja 2016r. gwarancja ubezpieczeniowa jako wadium zabezpieczające ofertę złożoną w zakresie części I Zamówienia;

•dokument nr 02GGD2/0168/17/0064 z dnia 16 maja 2016r.
gwarancja ubezpieczeniowa jako wadium zabezpieczające ofertę złożoną w zakresie części II Zamówienia;
•dokument nr 02GGD2/0168/17/0065 z dnia 16 maja 2016r.
gwarancja ubezpieczeniowa jako wadium zabezpieczające ofertę złożoną w zakresie części III Zamówienia;
zwane w dalszej części niniejszego odwołania każde z osobna jak i wszystkie łącznie „Gwarancja ubezpieczeniową" lub „Gwarancjami ubezpieczeniowymi"
3. Oferta w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, w zakresie Części I, II i III została złożona przez:
• R. Sp. z o. o. z siedzibą w W., ul. (…)(KRS ..)
• R. S. sp. z o.o. z siedzibą w C.
działających w ramach konsorcjum.

Z treści złożonych Gwarancji ubezpieczeniowych, zarówno w zakresie części I, II jak i III Zamówienia wynika wprost, iż przedmiotowy dokument został wystawiony dla zabezpieczenia zapłaty wadium przez R. Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul.(…), Oddział w C., ul. (…)
Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna V. I. G. z siedzibą w W. udzieliło zabezpieczenia zapłaty wadium w postępowaniu o udzielenie Zamówienia - Część I, II, III na rzecz spółki R. Sp. z o.o. z siedziba w W., ul.(…), Oddział w C., ul.(…), C. zaś Wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu są dwa podmioty działające wspólnie tj. R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C.
Co więcej w takiej sytuacji zachodzi, niejasność w ogóle co do zakresu zabezpieczenia podejmowanych w ramach „Oddziału C.", czy Zamawiający będzie uprawniony do wypłaty kwot z otrzymanych Gwarancji ubezpieczeniowych w przypadku działań lub zaniechań R. sp. z o.o. z siedzibą w W., czy działań lub zaniechań Oddziału C., czy w ogóle będzie miał prawo do użycia ww. zabezpieczenia w przypadku działań lub zaniechań R. S. sp. z o.o. z

siedzibą w C.
Jedynie na marginesie wskazać należy, że na dokumencie wadialnym widnieje, odmiennie jak na większości dokumentów przetargowych, pieczątka z oznaczeniem Dyrektor Oddziału w C. (na większości pozostałej dokumentacji przetargowej widnieje pieczątka „Pełnomocnik"). Natomiast nie ma w ogóle osobowości prawnej i nie jest jasne jaki jest zakres gwarancji - czy dotyczy tylko działań oddziału.
W konsekwencji powyższego nie budzi wątpliwości fakt, iż oferta Konsorcjum nie została na dzień składania ofert zabezpieczona wniesieniem wymaganego przez Zamawiającego wadium, a gdyby przyjąć, iż wadium zostało wniesione (z taką interpretacją nie zgadza się

Odwołujący, czego wyrazem jest niniejsze odwołanie) bezsprzecznym jest fakt, iż wniesione zostało w sposób wadliwy. Załączone do oferty Konsorcjum dokumenty Gwarancji ubezpieczeniowych nie określają w sposób właściwy wykonawcy, którego działania lub zaniechania mogą stanowić podstawę roszczeń Zamawiającego o wypłatę kwot z Gwarancji ubezpieczeniowej. Dokument dotyczy wyłącznie podmiotu R. Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul.(…) , Oddział w C., ul. (…) , C., który de facto nie złożył oferty w postępowaniu o udzielenie Zamówienia w zakresie Części I, II, III. (ofertę złożyło Konsorcjum).
W konsekwencji powyższego podnieść również należy, że w sytuacji działania lub zaniechania R. S. sp. z o.o. z siedzibą w C. stanowiącego co do zasady podstawę do żądania przez zamawiającego wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej, w świetle brzmienia treści Gwarancji ubezpieczeniowych, zamawiający nie będzie miał podstaw do skorzystania z zabezpieczeń załączonych do oferty. W żadnym miejscu Gwarancje ubezpieczeniowe nie odnoszą się bowiem do R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. ani nie wskazują, iż zabezpieczenia zostały udzielone dla dwóch podmiotów łącznie tj. R. sp. z o.o. z siedzibą w W. i R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C.(pomimo, iż oferta została złożona łącznie, na podstawie art 23 PZP przez dwa podmioty gospodarcze, przez dwóch wykonawców). Rozszerzająca interpretacja treści Gwarancji ubezpieczeniowych polegająca na przyjęciu, iż wskazanie jednego z konsorcjantów w treści przedmiotowych dokumentów zabezpiecza interes Zamawiającego w toku postępowania jest niedopuszczalna, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia ani w obowiązujących przepisach prawa, ani tym bardziej w istocie i charakterze przedmiotowego dokumentu.
5.Tylko treść dokumentu gwarancji określa zakres zobowiązania gwaranta. Gwarancja to zobowiązanie o charakterze abstrakcyjnym, „oderwane" i niezależne od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Rozszerzająca interpretacja gwarancji z uwagi na jej formalizm nie może mieć zastosowania, co zostało już wielokrotnie stwierdzone i podkreślone zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych jak i w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej [uchwała SN z dnia 16,04.1993 r., sygn. akt: III CZP16/93, Wyrok SN z dnia 07.01.1999 r., sygn. akt: / CKN37/96). „Gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353[1] KC). Najkrócej rzecz ujmując, jej treść sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń] na rzecz beneficjanta gwarancji (gwarantariusza) określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle, tak jak w rozpoznawanym przypadku, charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego. W praktyce życia gospodarczego gwarancja ubezpieczeniowa udzielana

---

jest zazwyczaj na zlecenie dłużnika (kontrahenta) w celu wzmocnienia węzła obligacyjnego. Dodać należy, że również ustawodawca wyraźnie rozróżnia umowę ubezpieczenia od gwarancji ubezpieczeniowej. Specyfika tego rodzaju gwarancji polega też na tym, że ma ona charakter zobowiązania abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji" (Wyrok Sądu Apelacyjnego w P. z dnia 11.01.2006 r.). Brak precyzyjnego określenia, w jakich okolicznościach zamawiającemu

przysługiwać będzie skuteczne żądanie wypłaty kwoty wadium uzasadnia stwierdzenie, iż interes zamawiającego nie jest w pełni zabezpieczony. Zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę, który przedłożył taki dokument, na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych." (Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1525/11).
Treść gwarancji ubezpieczeniowej wnoszonej jako wadium musi ściśle korelować z tożsamością podmiotu zobowiązanego w gwarancji, a będącego jednocześnie wykonawcą zamówienia. Jakiekolwiek odstępstwo od tej ścisłości oznaczałoby niepomiernie większe ryzyko gwaranta, co wiązałoby się z koniecznością podwyższenia prowizji, z tytułu umowy gwarancji ubezpieczeniowej lub nawet z odmową udzielenia gwarancji. Istotą gwarancji jest to, że gwarant ma pełną wiedzę co do tego, kogo ubezpiecza i od czego ubezpiecza. Spełnienie się jakiegokolwiek innego zdarzenia niż to co jest zawarte w treści gwarancji (zarówno w sferze przedmiotowej jak i podmiotowej) pozwoliłoby gwarantowi na uchylenie się od wypełnienia zobowiązania gwarancyjnego. Każda forma wniesienia wadium musi być tak samo łatwo egzekwowalna jak gotówka. Aby tak się stało nie może być jakichkolwiek wątpliwości, co do tego w jakich okolicznościach, kto wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. KIO 1251/15)
Podkreślić w tym zakresie należy iż w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji wadialnej, dla odpowiedzialności gwaranta znaczenie ma treść wynikająca z listu gwarancyjnego.
W szczególności jeżeli zaistnienie przesłanek zatrzymania wadium okolicznościami dotyczącymi innego wykonawcy niż podmiot oznaczony w Liście gwarancyjnym. Zdaniem Izby, dla wywiedzenia iż gwarant bierze także odpowiedzialność za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów, zamierzających realizować zamówienie, to dla prawidłowego zabezpieczenia interesu zamawiającego, stanowisko to winno znaleźć odzwierciedlenie w treści listu gwarancyjnego, np. przez wskazanie, że przez wykonawcę należy rozumieć nie tylko wykonawcę oznaczonego, ale i wszystkich wykonawców, z którymi ten wykonawca zdecyduje się ostatecznie złożyć ofertę w oznaczonym postępowaniu. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 łipca 2016 r. KIO 1211/16) Podobnie Wyrok KIO z dnia 3 marca 2016 sygnatura KIO 219/16.

Sygn. akt KIO 1177/17

Powyższe jednoznacznie wskazuje i przesądza, iż Gwarancje ubezpieczeniowe wydane na zlecenie R. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. (...) , Oddział w C., ul.(…), C. dla zabezpieczenia zapłaty wadium przez ww. podmiot nie stanowią zabezpieczenia zapłaty wadium Konsorcjum, które złożyło zamawiającemu ofertę w zamiarze uzyskania zamówienia. Okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium poprzez wypłatę kwot z Gwarancji ubezpieczeniowej nie obejmują wszystkich zdarzeń, które mogą wystąpić i uzasadniać roszczenie o wypłatę wadium po stronie zamawiającego. Okoliczności uzasadniające wypłatę kwot na żądanie zamawiającego są niekompletne gdyż nie obejmują zachowań jednego z konsorcjantów tj. spółki R. S. sp. z o.o. z siedzibą w C.
De facto wadia złożone przez Konsorcjum nie zabezpieczają złożonej przez nie oferty odwołujący dodatkowo zwraca uwagą na fakt i wskazuje, iż na etapie składania ofert i wnoszenia wadium dla zabezpieczenia interesu zamawiającego, w przypadkach wskazanych w art. 46 ust 4a i 5 PZP, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie Zamówienia nie ponoszą za swoje działania i zaniechania solidarnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego. Solidarna odpowiedzialność Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wynika z PZP z art. 141, który stanowi wprost, iż jest to odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania (tj. zabezpieczenia udzielanego po wyborze oferty, w formie, wysokości i celu wskazanym w art. 147 - 150 PZP oraz w SIWZ), Solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie składających ofertę powstaje dopiero na późniejszym etapie postępowania tj. na etapie realizacji Zamówienia. Wyrok KIO z dnia 05.02.2016 r., sygn. akt: KIO 82/16).
"Solidarna odpowiedzialność wykonawców na podstawie ustawy nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium." (Wyrok KIO z dnia 05.05.2015 r„ sygn. akt: KIO 813/15). „Wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie nie tworzą bytu mającego odrębną osobowość prawną, działają w celu realizacji określonego przedsięwzięcia i najczęściej nie wnoszą wkładów czy udziałów tak aby powstało wspólne ich mienie rodzące solidarną

odpowiedzialność, przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) normują stosunki pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, a nie pomiędzy zamawiającym, a podmiotami trzecimi, a takim podmiotem trzecim jest bank gwarant, stąd przepis art. 23 ust 3 ustawy nie ma skutku dla banku jako wystawcy gwarancji. Przepis art. 141 wskazanej ustawy także nie reguluje kwestii solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na etapie przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, stąd nie może kreować solidarnej odpowiedzialności tych wykonawców za wniesienie wadium. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. KIO 1251/15) rozstrzygnięciach: w Wyroku SO w K. z 24 marca 2005 r. sygn. akt III Ca 39/05, Wyroku SO w G. z dnia 22

---

stycznia 2016 sygn. akt: XII Ga 697/15, w Wyroku SO w O. z 30 marca 2016 roku sygn. V Ga 205/15.
Wadliwość złożonej gwarancji ubezpieczeniowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań spółki Z. S.A., z pominięciem podmiotu, z którym ww. spółka złożyła ofertę wspólną (...). W niniejszej sprawie treść gwarancji ubezpieczeniowej nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania zobowiązanego, którym jest spółka Z. SA. Z żadnego postanowienia gwarancji nie wynika, że wskazuje ona drugiego z wykonawców wchodzącego w skład konsorcjum. W związku z tym rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy tak ukształtowana treść zobowiązania gwarancyjnego zapewnia zamawiającemu możliwość skutecznego dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją również lub tylko po stronie drugiego członka Konsorcjum. Zdaniem Izby, na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. (...) Nie ulega żadnej wątpliwości ubiegający się o udzielenie zamówienia wnoszą jedno wadium zabezpieczające ich ofertę wspólną. Została zawarta, przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie, ochrony ubezpieczeniowej nastąpi na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz charakter zobowiązania z gwarancji ubezpieczeniowej przesądzają bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów może pozwolić ubezpieczycielowi na skuteczne uchylenie się od wpłaty sumy gwarancyjnej. (...). Tym samym zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ZamPublU przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, jak również przesłanki wskazane w art. 46 ust. 5 pkt 1-3 ZamPublU materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego."
Reasumując, należy uznać, iż oferta Konsorcjum, z uwagi na zaniechanie wniesienia przez nie wadium podlegała odrzuceniu w zakresie Części I II i III Zamówienia.
10. Dodatkowo odwołujący zwraca uwagę Krajowej Izby Odwoławczej i zamawiającego na okoliczność istotną z perspektywy dochodzenia roszczeń tj. z perspektywy podjęcia działań mających na celu wypłatę kwot z Gwarancji ubezpieczeniowych przez Zamawiającego. Wątpliwa i niepewna jest bowiem możliwość skorzystania z załączonych do oferty Konsorcjum Gwarancji ubezpieczeniowych przez Zamawiającego także w przypadku działań i zaniechań R. sp. z o.o. z siedzibą w W.
Brak jest bowiem w powyższych dokumentach jakichkolwiek indywidualnych danych identyfikujących w sposób jednoznaczny podmiot, którego działania czy zaniechania mają zabezpieczać załączone do oferty Konsorcjum Gwarancje ubezpieczeniowe. Zgodnie natomiast z tezą wyroku KIO z dnia 10 czerwca 2016r. „Gwarancja wadialna musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości, zarówno w zakresie przedmiotowym jak i

---

podmiotowym. Nieustalenie zakresu podmiotowego powoduje nadwyrężenie pewności nieuchronności realizacji zabezpieczenia przez zamawiającego". „Zgodnie z przepisami regulującymi sposób powstania i działania spółek kapitałowych tj. zgodnie z art. 206 KSH i art. 34 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, pisma składane przez spółki winny wskazywać m.in. oznaczenie sądu rejestrowego, w którym dostępne są jej akta, numer identyfikacji podatkowej tj. dane przypisane wyłącznie do jednego, konkretnego podmiotu,

pozwalające na jego identyfikacje, rozpoznanie itd.
„Celem powyższych regulacji jest ochrona osób trzecich wchodzących w stosunki ze spółką. Przepis ten zapewnia bowiem kontrahentom spółki minimum informacji na temat spółki, które umożliwiają jej pełną identyfikację przez sprawdzenie w rejestrze sądowym." (komentarz pod red. prof dok. hab. Janusz. A. Strzępka, rok 2015., wyd. 7).Powyższe wskazuje na istotność i wagę realizacji obowiązku wskazywania w obrocie gospodarczym danych identyfikujących podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Brak jednoznacznej i precyzyjnej podmiotu w treści Gwarancji nie być identyfikacji ubezpieczeniowych powinien bagatelizowany w szczególności, w sytuacji, w której chodzi o zabezpieczeniu interesu podmiotu publicznego dysponującego środkami publicznymi, zobowiązanego do ścisłego poszanowania obowiązujących przepisów prawa.
11. Uzasadniając powyższy zarzut należy również wskazać, że w Krajowym Rejestrze Sądowym widnieje ponad trzydzieści spółek, w nazwie których widnieje oznaczenie „R." i są to:
1] R. Sp. z o.o.
2) R. O. Sp. z o.o.
3) R. P. Sp. z o.o.
4) R. G. Ś. Sp. z o.o.
5) R. L. Sp. z o.o.
6) R. O. Sp. z o.o.
7) R. B. Sp. z o.o.
8) R. A. T. Sp. z o.o.
9) R. A. Sp. z o.o.
10) R. A. T. Sp. z o.o.
11) R. A. W. Sp. z o.o.
12) R. D. Sp. z o.o.
13) R. S. Sp. z o.o.
14) R. G. Sp. z o.o.
15) R. K. Sp. z o.o.
16) R. Ś. Sp. z o.o.
17) R. O. Sp. z o.o.

Sygn. akt KIO 1177/17

18) R. T. G. Sp. z o.o.
19) R. L. Sp. z o.o.
20) R. P. Sp. z o.o.
21) R. S. P. Sp. z o.o.
22) R. M. Sp. z o.o.
23) R. D. Ś. Sp. z o.o.
24) R. M. Sp. z o.o.
25) R. E. Sp. z o.o.
26) R. O. Sp. z o.o.
27) R. O. Sp. z o.o. Sp. komandytowo-akcyjna
28) R. K. Sp. z o.o.
29) R. Ł. Sp. z o.o.
30) R. O. Sp. z o.o.
31) R. S. Sp. z o.o.
W KRS nie jest natomiast zarejestrowany podmiot o nazwie R. C. Sp. z o.o. czy też o zbliżonej nazwie, natomiast widnieją podmioty o bardzo zbliżonej nazwie takiej jak R. A. T. Sp. z o.o., R. A. Sp. z o.o., R. A. T. Sp. z o.o.
Dalej podnieść należy, że podmioty z grupy R. wielokrotnie dokonywały czynności zmiany nazwy. Dla przykładu należy wskazać, że oznaczona w ofercie Konsorcjum firma R. Sp. z o.o. o nr KRS … wcześniej nosiła nazwę R. R. Sp. z o.o., która następnie została zmieniona. Sama czynność zmiany nazwy nie jest czymś skomplikowanym i dla jej dokonania wystarczające jest podjęcie uchwały przez zgromadzenie wspólników spółki i rejestracja w KRS. Cała operacja przy sprawnej obsłudze może zostać przeprowadzona i zarejestrowana w niecały tydzień.
Odwołujący podnosi również, że pięć spółek, które mają w nazwie „R." zarejestrowanych jest pod pierwszym z adresów podanych w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej tj. 02-981

W., Zawodzie 16. [np. R. P. Sp. z o.o.] oraz jedna pod drugim z adresów podanych w gwarancji ubezpieczeniowej tj. ul. (...). Dodatkowo pod adresem w. jest zarejestrowanych jeszcze sporo innych firm współpracujących z firmami z grupy R. np. S. P. Sp. z o.o. Wszystkie te okoliczności wskazują na niepewność co do oznaczenia podmiotu zobowiązanego z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej.
Co do zarzutów złożonych w zakresie działań i zaniechań Zamawiającego dotyczących Części 1. II i III Zamówienia tj. dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji
Ad zarzut 2,7,13
1. Wprowadzenie
1.1. Z dniem 1 lipca 2013r. na mocy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity: Dz. U. 2012 r. poz. 391] na gminy nałożony

---

został obowiązek zorganizowania gospodarki odpadami komunalnymi w ich obrębie. Wprowadzenie tzw. „rewolucji śmieciowej" skutkowało zmianą rynku odbioru i zagospodarowania odpadów w ten sposób, iż dotychczasowa struktura oparta na zawieraniu indywidualnych umów pomiędzy firmami zajmującymi się odbieraniem odpadów a klientami indywidualnymi została zastąpiona pełnym władztwem gmin nad gospodarką odpadami i koniecznością zorganizowania przez jednostki samorządu terytorialnego przetargu na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych dla wszystkich nieruchomości zamieszkałych i/lub niezamieszkałych na
obszarze danej gminy (obowiązek przeprowadzenia przetargu potwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 listopada 2013r. sygn. akt: K 17/12).
1.2. Nowe rozwiązanie w zakresie gospodarowania odpadami skutkowało, co do zasady, uregulowaniem typu w systemie „0" „1" tj. podmiot, który w wyniku przeprowadzonego przetargu zawiera umowę w trybie przetargu publicznego uprawniony jest do odbioru odpadów komunalnych z całej gminy z wyeliminowaniem innych przedsiębiorców. W ocenie Odwołującego powyższe przemawia za okolicznością, iż działania w zakresie czynów nieuczciwej konkurencji winny być poddane szczególnej analizie i ochronie, gdyż charakter daje zakusy do działań zagrażającym i naruszającym konkurencję. Dodatkowym argumentem w tym zakresie jest fakt, iż przetargi zwyczajowo ogłaszane są na okres dwu letni co przy braku wyboru oferty danego przedsiębiorcy wymaga od niego utrzymania firmy bez realnych przychodów i zysków przez długi okres co przy normalnej strukturze przedsiębiorstwa jest praktycznie niemożliwe.
1.3. Odwołujący podnosi również, iż ustawodawca wprost w art 89 ust 1 pkt 3) PZP odnosi się do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co czyni zasadnym rzeczową właściwość Krajowej Izby Odwoławczej do rozpoznania naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niezależnie od właściwości Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
2. Struktura rynku dla Miasta C.
2.1. Dla uzasadnienia zarzutu Odwołujący pokrótce obrazuje sytuację na rynku odbioru odpadów komunalnych w mieście C. w kontekście podmiotów na nim działających pomimo, iż w przeciwieństwie do poprzednio obowiązującej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z roku 1926 obecna ustawa nie wymaga, aby sprawca czynu nieuczciwej konkurencji i dotknięty nim byli w stosunku do siebie konkurentami (por. wyr. SA w W. z 28.8.2008 r., I ACa 645/08, niepubl.; wyr. SA w G. z 12.7.1994 r., I ACR 477/94, OSA 1994, Nr 10, poz. 57 z tezą „na gruncie obowiązującej obecnie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odmiennie niż w ustawie poprzednio obowiązującej, rozłożone zostały akcenty świadczące o dopuszczaniu się nieuczciwej konkurencji. O ile bowiem w świetle art 2 ust 1 ustawy z dnia 2.08.1926 r. warunkiem, bez którego w ogóle nie można było rozważać kwestii

---

zaistnienia nieuczciwej konkurencji, było to, żeby dwa przedsiębiorstwa były konkurencyjne (stąd w orzecznictwie i w doktrynie spierano się o to, jakie są w ogóle cechy konkurencji), o tyle w art. 3 ustawy z 16.04.1993 r. mowa jest tylko o przedsiębiorstwach, z których jedno swoim działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami narusza interes innego przedsiębiorstwa". Również w przypadku nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku (art. 3

ust. 2 i art. 15 ZNKU] normatywną przesłanką tego czynu nie jest stosunek konkurencji między przedsiębiorcą utrudniającym dostęp do rynku a przedsiębiorcą dotkniętym tym utrudnianiem.
2.2. Pomimo powyższego Odwołujący wskazuje, że Gmina Miasto C. przeprowadziło dotychczas trzy postępowania na odbiór odpadów komunalnych z miasta. W roku 2013 ofertę złożyło czterech wykonawców tj.:
1) Konsorcjum firm: Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. oraz Zakład Oczyszczania Miasta Z. S.,
2] R. Sp. z o.o.
3) S. P. Sp. z o.o. [obecnie S. P. Sp. z o.o.]
4] Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W. S.
Pierwszy z oferentów odmówił podpisania umowy w wyniku czego zatrzymane zostało jego wadium. Oferta czwartego z wykonawców została wykluczona i w konsekwencji odrzucona. Ostatecznie umowa realizowana była przez R. Sp. z o.o., którego częściowym podwykonawcą został S. P.Sp. z o.o.
W roku 2015 ofertę złożyły trzy podmioty tj.
1] S. P. Sp. z o.o. (obecnie S. P. Sp. z o.o.]
2] Konsorcjum firm: R. Sp. z o.o. oraz R. T. G. Sp. z o.o.
3] P. S. Sp. z o.o.
Oferta trzeciego z wykonawców została odrzucona. Ostatecznie umowa realizowana jest przez S. Sp. z o.o.
Obecnie, w trzecim przetargu, wystartowały jedynie dwie firmy R. Sp. z o.o. działający w konsorcjum oraz S. P. Sp. z o.o.
Powyższe obrazuje obecną relację podmiotów na rynku odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta C. Firmy te jako jedyne składały skuteczne oferty w przetargach i realizowały przedmiotowa usługę i jako takie potencjalnie pozostają jedynymi graczami na rynku.
3. Odwołująca podnosi, że utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom w drodze działań dyskryminacyjnych może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji również w drodze zastosowania funkcji uzupełniającej art. 3 ust. 1, tj. w oderwaniu od przesłanek wymienionych w art. 15 powoływanej ustawy w związku z czym S. zwraca się o rozpatrzenie zarzutu także w oparciu o powyższy przepis niezależnie od zarzutów konstruowanych na podstawie art. 15. W rzeczywistości gospodarczej występują bowiem

---

stany faktyczne, które można kwalifikować równocześnie do więcej niż jednego doktrynalnego typu nieuczciwej konkurencji. Szczególnie często ma to miejsce w przypadku działań, które są jednocześnie przejawem przechwytywania klientów ("wdzierania się w cudzą klientelę") i utrudniania konkurentom dostępu do rynku.
4.Niezależnie od powodów, dla których ustawodawca wprowadził nowelą do cytowanej ustawy przepisy art. 15 ust. 1 pkt 4 i 5 i ust. 2-5,] należy stwierdzić, że "utrudnianie dostępu do rynku" powinno być rozumiane szeroko. Także więc formy "utrudniania dostępu do rynku" powinny być interpretowane przez adresatów tego przepisu i składy orzekające na gruncie dorobku nauk ekonomicznych (uzasadnienie do powołania biegłego). Za szerokim zakresem zastosowania tego przepisu mocno przemawia fakt, że ustawodawca uznał w nim za nieuczciwe zaniżanie cen, które to pojęcie nie zostało jednak zdefiniowane w ustawie. Słusznie twierdzi się w literaturze, że stosowanie art. 15 ZNKU powinno odbywać się głównie w indywidualnym interesie konkurenta.
5. Przesłanka eliminacji innych przedsiębiorców
5.1. Co do powyższej przesłanki warto wskazać na najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 14 października 2016r. sygn. akt: ICSK 651/15 wskazano, iż: „Przepis art. 15 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503) określa jeden szczególny rodzaj (postaci czynu nieuczciwej konkurencji, którym z woli ustawodawcy jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez jedynie egzemplifikacyjnie określone zachowania wymienione w punktach 1-5 omawianego przepisu, Każde z tych przykładowo wskazanych zachowań zawsze utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Wykazanie, że którekolwiek z tych przykładowych zachowań (ich katalog jest otwarty) wystąpiło w stanie faktycznym sprawy nie wymaga już dowodzenia, że w wyniku takiego zachowania nastąpiło utrudnianie

5.2. Niezależnie od powyższego wskazać należy, zgodnie z tym co już zostało napisane, że regulacje prawne wprowadzone w 2013r. przez ustawodawcę w zakresie gospodarowania odpadami skutkowały, co do zasady, uregulowaniem rynku w systemie „0" „1" tj. podmiot, który w wyniku przeprowadzonego przetargu zawiera umowę w trybie przetargu publicznego uprawniony jest do odbioru odpadów komunalnych z całej gminy z wyeliminowaniem innych przedsiębiorców, w szczególności gdy przetargiem objęte są także nieruchomości niezamieszkałe tak jak ma to miejsce w C. Odnosząc to do sytuacji przedmiotowej sprawy wskazać należy, że złożenie oferty przez Konsorcjum z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji skutkować będzie automatycznie wyeliminowaniem S. z rynku odbioru odpadów komunalnych, w tym wykreowanego obecnie przez Zamawiającego rynku odbioru odpadów zielonych oraz remontowo budowalnych. Co do tych ostatnich Odwołująca podnosi, iż wobec wyodrębnienia odpadów zielonych i remontowo budowlanych w ramach przeprowadzonego

---

przetargu w kontekście aspektu produktowego jako niesubstytucyjnego wobec innych usług tego typu stanowią one odrębne rynki. Dla S. rynkiem właściwym jest rynek miasta C., gdzie prowadzi swoją działalność. Wskazać przy tym należy, że w ramach kontraktu z miastem w S. zatrudnionych jest ok. 100 osób, które czekają na dalszy rozwój sytuacji niejednokrotnie mając całą rodzinę na utrzymaniu przy diametralnej różnicy rynku pracy w C. i W.
6. Eliminacja innego przedsiębiorcy jako cel
Podjęte przez Konsorcjum działania zostały w celu eliminacji S., czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie cen na rynku. Konsorcjum składając ofertę po zaniżonych kosztach działało w celu eliminacji S. P. Sp. z o.o. na co duży wpływ miały wcześniejsze działania na rynku. Konsorcjum ze względu na uwarunkowania historyczne miało motyw w wygraniu przetargu za wszelką cenę, w tym składając zaniżoną ofertę cenową. Konsorcjum dysponuje również wiedzą o tym, iż rynek c. jest rynkiem właściwym dla S..
7. Odwołujący podnosi, iż Konsorcjum, w szczególności ze względu na strukturę działalności gospodarczej, posiada potencjał ekonomiczny zdolny prowadzenia urzeczywistnić zamiar eliminacji konkurenta poprzez sprzedaż poniżej kosztów własnych. Zgodnie z załączonymi do oferty Konsorcjum dokumentami finansowymi R. Sp. z o.o. na koniec 2015r. posiadało aktywa o łącznej wartości ponad 400 mln. zł wobec blisko 350 mln na koniec 2014r. Zysk za rok 2015 wyniósł natomiast ponad 47 mln zł, a w roku 2014 ponad 36 mln. zł. Firma osiągała w roku 2013r. roczny obrót w wysokości 342 mln złotych, w 2014 roku 411mln. zł, w 2015 roku 431 mln. Wobec powyższych danych nie powinno ulegać wątpliwości, że Konsorcjum posiada potencjał ekonomiczny zdolny urzeczywistnić zamiar objęty czynem nieuczciwej konkurencji. Firma może pozwolić sonie na osiągnięcie straty na jednym kontrakcie co wobec przedstawionych danych nie będzie dla niej miało większego znaczenia. W takim stanie rzeczy perspektywa pozostania jako jednej firmy na rynku i następnie swobodnego dyktowania cen jest realna i pozwoli zrekompensować wcześniejszą stratę.
8. S. podnosi, że sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest takie "utrudnianie", które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, tj. głównie ceny usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu. W takiej sytuacji pogorszenie sytuacji rynkowej innego przedsiębiorcy lub nawet jego wyparcie z rynku nie jest naturalnym efektem konkurencji; przeciwnie, jest rezultatem wykluczenia go z konfrontacji jakości i cen. Podejmujący takie działania przedsiębiorca poprawia swoją pozycję na rynku nie dzięki poprawie własnej oferty, lecz przez wyeliminowanie konkurenta. Odmiennie niż struktura R. Sp. z o.o., która w dużej

---

mierze opiera się na oddziałach ulokowanych w całej Polsce, S. P. Sp. z o.o. jest odrębnym podmiotem. Już chociażby powyższa okoliczność potwierdza, że utrzymanie firmy o strukturze S., bez realnych przychodów i zysków, przez okres dwóch lat jest niemożliwe a działania Konsorcjum prowadzą do wykluczenia Odwołującego z rynku.

9. Przesłanka sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia
Odwołująca podnosi, że jako samodzielny wykonawca usługi w latach 2015 - 2017 znane są jej realia rynku oraz faktyczne koszty związane z realizacją kontraktu. Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego zarzutu jest również dokonanie całkowicie błędnego oszacowania wartości Zamówienia przez Zamawiającego (patrz zarzut nr 4), który błędnie wycenił go na kwotę 21.707.268,56 zł netto wobec prawidłowej przekraczającej kwotę 29 mln zł (patrz uzasadnienie do zarzutu 4). W tym kontekście należy stwierdzić, że nie jest tak, iż wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, składając swoją ofertę ma pełną swobodę w kreowaniu cen, w szczególności ma możliwość oferowania cen usług poniżej cen ich zakupu, gdyż sytuacja taka prowadzi do zarzutu oferowania cen dumpingowych, w konsekwencji do postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji.
Co do zarzutów złożonych w zakresie działań i zaniechań Zamawiającego dotyczących Części I. II i III Zamówienia tj. braku należytego umocowania
Ad zarzut 3,8,14
1. Doktryna i orzecznictwo wiążą zastosowanie Art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przede wszystkim z wadliwością oświadczenia woli stanowiącego ofertę w szczególności w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę do dokonania tej czynności. Ważność oferty należy badać przede wszystkim na podstawie Kodeksu cywilnego, jest ona bowiem oświadczeniem woli wykonawcy w przedmiocie udziału w postępowaniu i chęci zawarcia umowy o zamówienie publiczne (por. wyr. SO w Ł. z 20.10.2004 r., III Ca 919/04, niepubl.). Oświadczenia woli w doktrynie są uznawane za jednostronne czynności prawne, do których mają zastosowanie przepisy Tytułu IV Księgi pierwszej i in. KC. W praktyce oferta jest nieważna, jeżeli została podpisana przez osobę nieuprawnioną.
2. Zgodnie z art. 202 KSH
§ 1. Jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej mandat członka zarządu wygasa z dniem odbycia zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za pierwszy pełny rok obrotowy pełnienia funkcji członka zarządu.
§ 2. W przypadku powołania członka zarządu na okres dłuższy niż rok, mandat członka zarządu wygasa z dniem odbycia zgromadzenia wspólników, zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za ostatni pełny rok obrotowy pełnienia funkcji członka zarządu, chyba że umowa spółki stanowi inaczej.

---

§ 3. Jeżeli umowa spółki przewiduje, że członków zarządu powołuje się na okres wspólnej kadencji mandat członka zarządu powołanego przed upływem danej kadencji zarządu wygasa równocześnie z wygaśnięciem mandatów pozostałych członków zarządu, chyba że umowa spółki stanowi inaczej.
§ 4. Mandat członka zarządu wygasa również wskutek śmierci rezygnacji albo odwołania ze składu zarządu.
§ 5. Do złożenia rezygnacji przez członka zarządu stosuje się odpowiednio przepisy o wypowiedzeniu zlecenia przez przyjmującego zlecenie.
Powyższa regulacja prawna określa m.in. zasady kadencyjności wspólnej członków zarządu oraz okresy wygaśnięcia mandatów członków zarządu. W tym kontekście umocowanie osoby składającej ofertę należy uznać za wadliwe. Wskazać należy, że tekst jednolity umowy spółki R. Sp. z o.o. (KRS …) z dnia 11 marca 2010r. w § 14 przewiduje, że „Kadencja Zarządu trwa 5 /pięć/ lat co oznacza wprowadzenie wspólnej kadencji dla wszystkich członków zarządu. W tym przypadku kadencja ma jeden bieg, przez co mandat członka zarządu powołanego w trakcie trwania danej kadencji zarządu wygasa równocześnie z wygaśnięciem mandatów pozostałych członków zarządu.
Co do zarzutów złożonych w zakresie działań i zaniechań Zamawiającego dotyczących Części 1 Zamówienia tj. wartość zamówienia, rażąco niska cena
Ad zarzut 4
1. Pismem z dnia 31 maja 2017r. Odwołujący został poinformowany o sposobie wyliczenia wartości zamówienia. W załączeniu do pisma został przekazany przez Zamawiającego załącznik nr 1 do protokołu postępowania przetargowego zawierający oszacowanie kosztów odbioru odpadów od mieszkańców miasta C. 2017 - 2019 na warunkach określonych w SIWZ 07/2017. Przedłożony dokument kalkulacyjny zawiera istotne błędy tak w zakresie danych liczbowych jak i metodologii dokonanych wyliczeń. Wskazuje się przy tym, iż w

sytuacji, gdy cena oferty nie odbiega od wartości ustalonej przez zamawiającego, ale rożni się w sposób rażący od cen innych oferentów, zamawiający powinien przede wszystkim rozważyć, czy przyjęta przez niego wartość zamówienia była określona z należytą starannością. Jeżeli okaże się, że nie była, nie powinien brać tej wartości pod uwagę jako podstawy kwalifikacji oferowanej ceny za rażąco niską. Powinien natomiast dokonać ponownego ustalenia wartości przedmiotu zamówienia dla rozstrzygnięcia kwestii rażąco niskiej ceny wykonawcy.
2. Pierwszym istotnym błędem jest przyjęcie w tabeli nr 5 pozycja pierwsza (pierwsza strona oszacowania) kwoty 169,35 zł/Mg jako stawki netto wynikającej z oszacowania 201 Sr. obowiązującej do 30.06.2017r. jako podstawy do dalszych wyliczeń. Przyjęcie takiej stawki stoi w sprzeczności z pierwszym założeniem przyjętej metodologii (tabela na samej górze na stronie 1 oszacowania), które stanowi, że „jako podstawę oszacowania przyjęto

---

wartość usługi świadczonej do dnia 30.06.2017r. w związku z umową zawartą w 201 5 r. z firmą S. (obecnie S.) na odbiór odpadów od mieszkańców miasta C.". Wysokość stawki netto za odbiór odpadów wynikająca z umowy zawartej z firmą S. (S.) wynosi bowiem 179,00 zł netto i taką też stawkę powinien przyjąć Zamawiający zgodnie z art. 34 ust. 1 pkt. 1) PZP do dokonywania dalszych wyliczeń (ewentualnie stawkę 206,00 zł netto o czym w dalszych punktach uzasadnienia zarzutu).
3. Dalszym błędnym założeniem jest skorygowanie błędnie przyjętej stawki 169,35 zł o pozycje zawarte w tabeli nr 6 (pierwsza strona oszacowania kosztów).
3.1. Uzasadniając powyższe należy odnieść się do poprzednio ogłoszonego przez Zamawiającego postępowania przetargowego na obsługę miasta C. w zakresie tożsamym z zakresem przedmiotowym niniejszego postępowania. Zgodnie z poprzednią dokumentacją przedmiotem zamówienia był nie tylko odbiór, transport, zagospodarowanie odpadów ale także dostawa (przeniesienie własności) na rzecz Zamawiającego pojemników do zbierania odpadów komunalnych zgromadzonych na nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych oraz ich wydanie na rzecz Zamawiającego w okresie 30 ostatnich dni obowiązywania umowy na podstawie protokołów zdawczo - odbiorczych zgodnie z postanowieniami Umowy (pkt. 3.3.11 poprzedniego SIWZ). Formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 10 do poprzedniego SIWZ zawierał odrębną pozycję cenową odnośnie dostawy pojemników, która była niezależna od kwoty zaoferowanej za odbiór odpadów tj. kwoty 179,00 zł netto. W związku z powyższym nie było podstaw do korekty o koszt dostawy pojemników skoro objęty on był odrębną pozycją kosztową.
3.2. Podnosząc powyższy zarzut w dalszej części należy wskazać na błędne założenie Zamawiającego wynikające z analizy nr 3 dotyczącej obniżenia wartości usługi z tytułu obowiązku Wykonawcy zakupu pojemników na odpady (w wyniku tej analizy obniżono wartość oszacowania o kwotę 3.222.469,80 zł). Należy podnieść, że Zamawiający do obliczenia wartości zakupu pojemników dokonał nieuprawnionego wyliczenia kosztu jednostkowego 11 pojemności pojemnika co sprzeczne jest z wyrokiem KIO z dnia 11 maja 2015r. sygn. akt: KIO 794/15, KIO 800/15 zapadłego
pomiędzy S. P. Sp. z o.o. a Gminą Miasto C. Przytoczonym wyrokiem KIO uwzględniając odwołanie nakazało modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zastąpienie w formularzu ofertowym [załącznik nr 10 do siwz) w pkt C ilości litrów pojemników i ceny jednostkowej netto za litr - ilością i rodzajem [wielkością) pojemników stanowiących przedmiot dostawy [przeniesienia własności) i ceną jednostkową netto za sztukę. Bardziej istotną okolicznością jest jednak to, że Zamawiający założył, że Wykonawca zaliczył koszty związane z dostawą pojemników [3.222.469,80 zł) do ceny odbioru odpadów. Takie założenie już w samej konstrukcji jest sprzeczne z prawem zamówień publicznych. Skoro bowiem odrębnym przedmiotem zamówienia w roku 2015r. była dostawa pojemników

---

to należy zakładać, że cena zaoferowana przez Wykonawcę za dostawę pojemników została skalkulowana w oparciu o wszystkie koszty z tym związane. Na marginesie można również dodać, że przyjęte do wyliczenia kwoty sprzeczne są również m.in. z ustaleniami dokonanymi przez KIO w wyroku z dnia 25 czerwca 2013r. w sprawie o sygn. akt: KIO

1400/13 zapadłego pomiędzy Gminą Miasto C. a R. Sp. z o.o. z siedzibą w W.
3.3. Dla uzasadnienia zarzutu w zakresie obniżenia kalkulacji objętych analizą nr 4 - obniżenia wartości usługi z tytułu braku obowiązku Wykonawcy rozstawienia pojemników w P., analizy nr 5 - obniżenia wartości usługi z tytułu braku obowiązku Wykonawcy wymiany pojemników z tytułu zmiany deklaracji oraz analizy nr 6 - obniżenia wartości usługi z tytułu braku obowiązku Wykonawcy wymiany pojemników z tytułu zmiany uszkodzeń technicznych istotne jest, iż zgodnie z poprzednią dokumentacją przetargową dostawa pojemników i przeniesienie ich własności miało nastąpić w okresie ostatnich 30 dni obowiązywania umowy [następnie ostatnich 3 miesięcy obowiązywania umowy tj. kwiecień - czerwiec 2017r.). Zamawiający de facto zatem zamówił również rozmieszczenie pojemników na mieście na czym mu zależało. Ponownie zatem dokonał operacji polegającej na doliczeniu kosztu rozstawienia pojemników do ceny odbioru odpadów a nie do dostawy pojemników.
4. Odwołująca podnosi również, że według pozycji 2 tabeli nr 2 (pierwsza strona oszacowania) koszt odbioru odpadów za lata 2015-2017 wyniesie 31.856.415,66 zł brutto co przy stawce 8% podatku od towarów i usług daje kwotę 29.496.681 zł netto. Wobec prognozowanej ilości odpadów przyjętej do wyliczenia - 149.981,37 daje to kwotę 206 zł/Mg netto i taka de facto kwota powinna być przyjęta do dalszych wyliczeń.
5. S. wskazuje następnie, że przyjmując abstrakcyjne i niczym nie poparte wyliczenie (które również Odwołująca kwestionuje) zakładające wzrost stawki wynikający z analizy nr 1 w wysokości jedynie 16,38 zł za odbiór odpadów oraz przyjmując stawkę 179,00 zł/Mg (choć właściwa stawka winna być 206,00 zł/Mg) to wartość oszacowania zamówienia winna wynosić:
(179,00 + 16,38) x 149.981,37 = 29.303.360,07 zł a nie jak przyjął Zamawiający 21.707.268,56 zł
Powyższą wartość wobec okoliczności, iż do oszacowania nie doliczono odpadów selektywnie zbieranych - część pierwsza zamówienia pozycja B formularza ofertowego (selektywna zbiórka 1.667,26 + 2.757,50 + 2.909,42 = 7.334,18 Mg) winna być skonfrontowana z ceną Konsorcjum w wysokości 19.835.036,18 zł netto. W takiej sytuacji cena Konsorcjum odbiega od prawidłowo ustalonej wartości zamówienia o 33% a Zamawiający zobligowany jest do wszczęcia postępowania związanego z rażąco niską ceną czego nie uczynił.
6. W konsekwencji powyższego bezsprzecznym pozostaje okoliczność, iż oferta cenowa Konsorcjum w zakresie części I Zamówienia zawiera rażąco niska cenę.

Sygn. akt KIO 1177/17

Za ofertę z rażąco niską ceną w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, zgodnie z ugruntowanymi poglądami orzecznictwa i piśmiennictwa należy uznać taką, której cena pozostaje w znaczącej dysproporcji: do wartości szacunkowej obliczonej przez zamawiającego, do poziomu cenowego ofert złożonych w danym postępowaniu, czy znanego poziomu cen rynkowych usług z danej branży. Można mówić o cenie rażąco niskiej, wówczas jeżeli cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, w sposób oczywisty narzucający takie wnioski - biorąc pod uwagę aktualne uwarunkowania rynkowe oraz racjonalne kalkulacje wykonawców składających oferty - umożliwiające należyte wywiązanie się z podjętych zobowiązań.
Dokonując zatem analizy oferowanej ceny Konsorcjum w zakresie części I Zamówienia, przy uwzględnieniu wysokości szacunkowej wartości zamówienia w przedmiotowym zakresie ustalonej zgodnie z obowiązującymi przepisami PZP (a nie szacunkowej błędnie ustalonej zdaniem Odwołującego wartości zamówienia w rzeczonej części I) w stosunku do przedmiotu (wartości przedmiotu) zamówienia co jest jednym z podstawowych kryteriów oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę nie ulega wątpliwości, iż już na pierwszy rzut oka cena ofertowa Konsorcjum w zakresie części I jest rażąco niska.
7, Na potwierdzenie powyższych zarzutów nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż w pozostałych częściach Zamówienia Konsorcjum również złożyło ofertę z cenami znacząco odbiegającymi od cen oszacowania co przemawia za stwierdzeniem, iż oferenci działają przy dużym niedoszacowaniu usługi a brak wszczęcie procedury dotyczącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wynikał tylko i wyłącznie przez błędne oszacowanie Zamawiającego.
8. Na marginesie należy podnieść, iż błędem jest również założenie nr 8 przyjętej metodologii, że odbiór w okresie 2017 - 2019r. 7334,18 Mg odpadów z selektywnej zbiórki będzie się samofinansował z przychodów pochodzących ze sprzedaży surowców, zysk z tej

działalności natomiast będzie rekompensował ewentualne skutki inflacji, jeżeli takie skutki wystąpią". Zgodnie bowiem z pozycją części I pozycja B formularza ofertowego odbiór odpadów 7.334,18 Mg z selektywnej zbiórki (1.667,26 + 2.757,50 + 2.909,42} objęty był przedmiotem zamówienia, której cena musi być większa od zera (przypis trzeci formularza} co oznacza, że Zamawiający nie mógł liczyć na żaden zysk z tej działalności. Ponadto nie można przyjmować założenia, że inflacja będzie zrekompensowana w związku ze sprzedażą surowców, które mają być zagospodarowane przez Wykonawcę (a nie Zamawiającego}. Dodatkowo założenie takie jest również błędne ze względu na proporcje zakładanych surowców 7.334,18 Mg w stosunku do 149.981,37 odpadów zmieszanych.
Co do zarzutów złożonych w zakresie działań i zaniechań Zamawiającego dotyczących Części II i III Zamówienia tj. dotyczących jawności postępowania
Ad zarzut 9,15

Sygn. akt KIO 1177/17

1. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 PZP: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.(...)W związku z treścią przytoczonego przepisu czynność zamawiającego polegająca na uwzględnieniu wniosku o nieujawnianie części wyjaśnień wykonawcy stanowi bezpośrednie naruszenie art. 8 ust. 3 PZP jak również naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał podstaw poczynionego zastrzeżenia. Dla skutecznej ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa niewystarczające jest dokonanie zastrzeżenia tych informacji. Obok zastrzeżenia musi znaleźć się też wykazanie, że informacje te rzeczywiście stanowią taką tajemnicę, inaczej mówiąc, do zastrzeżenia powinno być dołączone uzasadnienie wyjaśniające, dlaczego wykonawca zastrzega konkretne informacje. Uzasadnienie to podlega ocenie, więc powinno w sposób wyczerpujący i przekonywujący podać przyczyny ochrony określonych informacji. (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13, W. 2015). Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Tym samym to wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zgodnie z przepisami prawa zastrzeżone informacje zasługują na ochronę oraz, że wykonawca podjął przewidziane prawem działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Niespełnienie przez wykonawcę tego wymogu implikuje po stronie zamawiającego obowiązek nieuwzględnienia wniosku o zastrzeżenie informacji i to bez konieczności badania czy informacje te odpowiadają definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pomijając okoliczność obowiązku uzasadnienia takiego zabiegu (wskazaną powyżej) wykonawca nie ma podstaw do utajnienia Informacji mających kluczowe znaczenie dla oceny zgodności jego oferty z wymaganiami postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z treścią uzasadnienia do Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2014 r. (KIO 2932/13): (...) ochronie w myśl art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w obiektywne interesy przedsiębiorcy, przekraczające ramy danego postępowania. Tym samym skorzystanie z instytucji zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić metody na uniemożliwianie dostępu do treści oferty konkurującym wykonawcom,

---

Sygn. akt KIO 1177/17

celem uniemożliwienia zapoznania się z treścią oferty i oceny jej zgodności z wymaganiami Ogłoszenia oraz specyfikacji, albowiem takie korzystanie z uprawnień zmierzałoby do nieuzasadnionego ograniczenia jawności postępowania.

2. Jedną z naczelnych zasad postępowań prowadzonych w trybie ustawy PZP jest zasada jawności. Zapewnia ona wszystkim uczestnikom postępowania dostęp do dokumentów zarówno tworzonych przez Zamawiającego jak i składanych przez pozostałych uczestników toczącego się postępowania, zapewnia wykonawcom możliwość weryfikacji i oceny poprawności działań zarówno Zamawiającego jak i pozostałych uczestników postępowania w zakresie przestrzegania obowiązujących przepisów prawa. "Zasady jawności i pisemności wymagają - zdaniem Izby - nie tylko dokumentowania przez zamawiającego swoich czynności w postępowaniu, zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale również przekazywania, stosownie do dopuszczonego przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami, dokonanych w toku postępowania ocen i ustaleń niezbędnych dla oceny przez wykonawcę swoich praw w postępowaniu oraz podjęcia niezbędnych działań dla ich ochrony. Obowiązek informowania przez zamawiającego wykonawców o czynnościach w postępowaniu umożliwia przeprowadzenie przez wykonawców oceny, czy czynności w postępowaniu były dokonane prawidłowo. Treść informacji zakreśla w znacznym stopniu ramy faktyczne i prawne, w jakich wykonawcy niezgadzający się z ustaleniami i oceną zamawiającego mogą je kwestionować przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Formalny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prekluzyjny charakter terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej wymagają podwyższonej staranności nie tylko od wykonawców, lecz nakładają też obowiązki na zamawiającego. Zamawiający nie może przez sposób wykonywania przypisanych mu powinności ustawowych uniemożliwiać wykonawcom obronę swoich praw w postępowaniu".
3. 0 roli zasady jawności procedur prowadzonych na podstawie PZP w sposób jednoznaczny wypowiada się także doktryna wskazując, iż Gwarancja powszechnego dostępu do informacji o prowadzonych postępowaniach pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców” (Stachowiak M. Komentarz do art. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz., LEX 2014). Ograniczenie w zakresie stosowania zasady transparentności i jawności postępowania dopuszczalne jest wyłącznie w zakresie

---

i na warunkach wskazanych w ustawie. Ograniczenie powyższe jako wyjątek od reguły, tj. warunki jego zastosowania, należy oceniać w sposób ścisły.
4. „Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)." (wyrok KIO z dnia 8.06.2016 r., sygn. akt: KIO 879/16). Na gruncie PZP Zamawiający, jako podmiot decydujący w pierwszej kolejności o wyłączeniu jawności dokumentów i informacji uzyskanych w toku prowadzonego postępowania, zobowiązany jest do rzetelnego i dokładnego przeanalizowania występowania skutecznych podstaw do ograniczenia dostępu do danych i dokumentów złożonych przez poszczególnych uczestników postępowania pozostałym jego uczestnikom.
Zamawiający uprawniony jest do ograniczenia zasady jawności postępowania wyłącznie w przypadku, w którym:
• wykonawca złoży stosowny wniosek o wyłączenie zasady jawności w stosunku do składanych przez niego dokumentów i informacji;
• wykonawca wykaże, iż przedkłada informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa;
• wykonawca wykaże, iż podjął działania mające na celu zagwarantowanie

tajności przekazywanych dokumentów i informacji w stosunku do podmiotów trzecich
Ciężar wykazania (łącznego istnienia ww. elementów} powyższych okoliczności spoczywa na wykonawcy składającym wniosek o wyłączenie zasady jawności postępowania we wskazanym przez niego zakresie.
Wykonawca już z chwilą złożenia ww. wniosku zobowiązany jest wykazać istnienie przedmiotowych okoliczności tj. przedłożyć stosowne dowody wskazujące zasadność i legalność ograniczenia jawności postępowania we wnioskowanym przez niego zakresie.
„poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodiegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako

---

Sygn. akt KIO 1177/17

nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art 11 ust 4 u.z.n.k, rozpatrywanego w oderwaniu od art 8 ust 3 P.z.p. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art 8 ust 3 P.z.p. oznacza, że de facto wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art 11 ust 4 u.z,n.k.” (wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r„ sygn. akt: 907/15)
„Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji." (wyrok KIO z dnia 21.06.2016 r., sygn. akt: KIO 1013/16) (wyrok KIO z dnia 13.06.2016 r., sygn. akt: 859/16).
Enigmatyczne, lakoniczne, przedstawione w sposób ogólny uzasadnienie wniosku o ograniczenie jawności postępowania we wnioskowanym zakresie pozbawia Zamawiającego prawa do zastosowania ww. wyjątku. Taka sytuacja miała właśnie miejsce w toku toczącego się postępowania o udzielenie Zamówienia. W przekonaniu składu orzekającego również Konsorcjum M. nie uczyniło zadość wymaganiom art 8 ust 3 P.z.p., gdyż zamieszczone na wstępie wyjaśnień ogólnikowy i abstrakcyjny wywód dotyczący poszczególnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rzeczywistości nie wykazuje (wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt: 907/15)
„Porównanie z poprzednim brzmieniem art 8 ust 3 P.z.p. jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei Zamawiający ocenia skuteczność poczynionego zastrzeżenia na podstawie uzasadnienia przez bez w tym zakresie przedstawionego wykonawcę, prowadzenia dodatkowego postępowania wyjaśniającego, jak to często miało miejsce w

---

Sygn. akt KIO 1177/17

poprzednim stanie prawnym. Jednocześnie choć przepis literalnie odnosi się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy uznać, że w razie pojawienia się takich informacji w związku z dalszymi czynnościami, nie podlegają

ujawnieniu na analogicznej zasadzie, tzn. wraz z ich złożeniem wykonawca musi wykazać, że mają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa.
7. Wykonawca musi wykazać, iż przedkładane dane są przez niego chronione w sposób szczególny co do zasady tj. nie wyłącznie dla potrzeb toczącego się postępowania w trybie PZP. Konsorcjum R. sp. z o.o. z siedzibą w W. i R. S. sp. z o.o. z siedzibą w C. nie wypełniło w toku postępowania o Zamówienie ustawowych przesłanek ograniczenia jawności postępowania w stosunku do danych przedkładanych Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.
„Nie można uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, co do których wykonawca jedynie oświadczył, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podejmując działań, mających na celu ochronę tych informacji. „ (wyrok KIO z dnia 4.02.2016 r., sygn. akt: KIO 84/16).
Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazuje, iż poza formalnym złożeniem wniosku przez Konsorcjum o objęcie tajemnicą wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny nie zostały spełnione pozostałe ustawowe warunki ograniczenia jawności postępowania we wnioskowanym zakresie.
Konsorcjum nie wykazało i nie przedstawiło (poza ogólnym i opisowym uzasadnieniem wniosku) żadnych dowodów na okoliczność faktycznego i rzeczywistego podejmowania działań mających na celu objęcie tajemnicą danych i informacji przedkładanych w wyjaśnieniach.
Jakiekolwiek próby wykazania i przedłożenia dowodów w powyższym zakresie są już spóźnione i niedopuszczalne.
„Wyjaśnienia, iż zastrzeżona tajemnicą część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, składane przez wykonawcę na rozprawie nie mogą stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej wskazanej w przepisie art 8 ust 3 zd. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm,), skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.”

Sygn. akt KIO 1177/17

„Wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić, a więc nie jakiekolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Wykazanie winno nastąpić poprzez sprecyzowanie i szczegółowe opisanie konkretnych faktów czy okoliczności uzasadniających w tym postępowaniu objęcie wskazanych załączników tajemnicą przedsiębiorstwa."(wyrok KIO z dnia 13.06.2016 r., sygn. akt: KIO 856/16)
Powyższe wykazanie musi nastąpić nie później niż z chwilą złożenia wniosku o ograniczenie jawności postępowania.
„Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może być dokonane, jednakże nie później niż w terminie składania ofert. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w dokumencie stanowiącym część wyjaśnień, jest nieskuteczne.”(wyrok KIO z dnia 8,06.2016 r., sygn. akt: KIO 879/16)
Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazuje, iż brak jest ustawowych przesłanek do zastosowania ograniczenia zasady jawności postępowania. Zamawiający obejmując tajemnicą wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny postąpił wbrew art. 8 PZP jednocześnie dopuszczając się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, pozbawiając Odwołującego możliwości dokonania oceny i analizy czynności towarzyszących toczącemu się postępowaniu i obrony swoich praw i interesów.
Co do zarzutów złożonych w zakresie działań i zaniechań Zamawiającego dotyczących Części II i III Zamówienia tj. dotyczących rażąco niskiej ceny
Ad zarzut 10,16

1. za ofertę z rażąco niską ceną w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, zgodnie z ugruntowanymi poglądami orzecznictwa i piśmiennictwa należy uznać taką, której cena pozostaje w znaczącej dysproporcji: do wartości szacunkowej obliczonej przez zamawiającego, do poziomu cenowego ofert złożonych w danym postępowaniu, czy znanego poziomu cen rynkowych usług z danej branży. Można mówić o cenie rażąco niskiej, wówczas jeżeli cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, w sposób oczywisty narzucający takie wnioski - biorąc pod uwagę aktualne uwarunkowania rynkowe oraz racjonalne kalkulacje wykonawców składających oferty - umożliwiające należyte wywiązanie się z podjętych zobowiązań.

Sygn. akt KIO 1177/17

2. W przedmiotowym postępowaniu szacunkowa wartość zamówienia netto ustalona przez Zamawiającego wyniosła odpowiednio dla II i III części Zamówienia:
Część II - 3.069.494,91 zł netto przy oferowanej przez Konsorcjum cenie 1.168.151,26 zł (38% wartości Zamówienia)
Część III * 3.340.183,35 zł netto przy oferowanej przez Konsorcjum cenie 1.082.522,88 zł (32% wartości Zamówienia)
Dokonując zatem analizy oferowanej ceny Konsorcjum w stosunku do przedmiotu (wartości przedmiotu) zamówienia co jest jednym z podstawowych kryteriów oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę nie ulega wątpliwości, iż już na pierwszy rzut oka cena ta jest rażąco niska.
3. Drugi z oferentów złożył ofertę w kwotach;
Część II - 2.688.302,08 zł netto przy oferowanej przez Konsorcjum cenie 1.168.151,26 zł (43 % ceny S.)
Część III - 2.502.010,00 zł netto przy oferowanej przez Konsorcjum cenie 1.082.522,88 zł (43% ceny S.)
Dokonując zatem analizy oferowanej ceny Konsorcjum w stosunku innych ofert co jest kolejnym z podstawowych kryteriów oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę również nie ulega wątpliwości, iż już na pierwszy rzut oka cena ta jest rażąco niska.
4. Kolejnym argumentem przemawiającym za uznaniem, że oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę jest zestawienie podstawowych kosztów realizacji zamówienia na terenie Miasta. Wskazać bowiem należy, że Odwołujący nadal realizuje usługę odbioru odpadów z miasta C., których to odbiór za jedną tonę wynosi 179,00 zł/Mg netto wobec zaoferowanych przez Konsorcjum 55,62 zł/Mg netto za odpady remontowo - budowlane oraz 53,65 zł/Mg netto za odpady zielone.
Co do ceny rażąco niskiej zobacz m.in. wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1549/13, z dnia 1 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1424/13, z dnia 2 lipca 2013 r., sygn. KIO 1515/13, z dnia 30 grudnia 2014r. sygn. KIO 2657/14)
5. Regulacja art. 90 Ustawy ma na celu ochronę zamawiającego przed praktykami zaniżania przez wykonawców cen kosztem jakości zamówienia, ochroną należytego wykonania zamówienia w przyszłości, a ponadto wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak również dbałość o efektywne wydatkowanie środków publicznych. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia dysponuje możliwością zwrócenia się do wykonawcy o

---

Sygn. akt KIO 1177/17

udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny co w świetle celu art. 90 Ustawy jest kwestią niezwykle istotną.
6. Ustęp 2 przytoczonego artykułu wskazuje na rozkład ciężaru dowodu w udowodnieniu prawidłowości ceny ofertowej w przypadku wezwania Wykonawcy o udzielenie określonych wyjaśnień. Wszczęcie procedury z art. 90 ustanawia

domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i w związku z tym oferta Wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu w przypadku braku konwalidacji takiego stanu rzeczy. Złożenie przez wezwanego Wykonawcę wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar udowodnienia zamawiającemu okoliczności wskazujących na brak zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa w całości na wykonawcy, do którego skierowano wezwanie. Zatem ciężar udowodnienia poprawności zaoferowanej ceny spoczywa w całości na wykonawcy (zob. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2011 r. KIO 657/11).
7. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Jednocześnie wyjaśnienia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 stanowi o „dowodach" na ich potwierdzenie (tak m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 2 lipca 2007 r. UZP/ZO/0-765/07).
8. Złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaoferowanej ceny jest zrównane w skutkach prawnych z nie złożeniem wyjaśnień w ogóle - prowadzi do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 Pzp prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2010 r. KIO 2338/10.
9. Ze względu na okoliczność, iż Konsorcjum objęło tajemnicą wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny stron nie ma na tym etapie możliwości odniesienia się do niego (zobacz zarzuty 9,15 Odwołania}. Niemniej jednak Odwołujący stoi na stanowisku, że Konsorcjum nie uczyniło zadość wymaganiom wezwania do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny i nie obalił domniemania jej wadliwości. Wykonawca w szczególności nie wykazał obiektywnych czynników

---

wpływających na cenę, w tym oszczędnych metod wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy oraz wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W ocenie Odwołującego nie można, uznać, że w/w pismem wskazano i udowodniono obiektywne czynniki wpływające na cenę, która w sposób zasadniczy różni się od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego oraz oferowanej przez S.. Przedmiotowe pismo zawiera wyłącznie ogólne twierdzenia, nie wskazuje żadnych konkretnych faktów, które w sposób bezsprzeczny i jednoznaczny dowodzą, iż zaoferowane przez Konsorcjum ceny są cenami rzeczywistymi i dającymi gwarancję należytego wykonania Zamówienia.
10. Z uwagi na ograniczenie jawności postępowania i pozbawienie Odwołującego możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny złożonymi przez Konsorcjum, Odwołujący zastrzega zgłaszanie dalszych zarzutów, argumentów w niniejszym zakresie stosownie do uzyskiwania informacji w ww. zakresie, w szczególności po odtajnieniu wyjaśnień Konsorcjum przez Krajowa Izbę Gospodarcza i umożliwieniu Odwołującemu zapoznania się z pełną dokumentacją postępowania.
czynności tj. już w odwołaniu. Odmowa przeprowadzenia dowodu skutkować będzie uniemożliwieniem Odwołującemu dochodzenia swych słusznych praw przez Izbą.
3. Dodatkowo S. wskazuje, że art. 190 ust. 4 PZP przyznaje składowi orzekającemu KIO kompetencję do powołania z urzędu lub na wniosek biegłego, wpisanego na listę biegłych sądowych ustanowionych przy sądach okręgowych. Konieczność powołania przedmiotowego środka dowodowego wystąpi wtedy, gdy

ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (por. wyr. SO we W. z 15.1.2010 r., X Ga 380/09, niepubl.). Podobnie jak w postępowaniu cywilnym, status dowodu z opinii biegłego uzyskuje jedynie opinia wydana przez biegłego powołanego przez skład orzekający KIO (za wyr. KIO z 19.3.2013 r., KIO 462/13).
Uzasadnienie przeprowadzenia dowodów w postaci opinii oraz podjęcia działań przez Izbę w ramach art 190 usŁ 4 PZP
1. Zgodnie z zasadą kontradyktoryjności wyrażoną w art. 190 ust 1 PZP gromadzenie i przedkładanie materiału dowodowego należy do stron i uczestników postępowania. Strony pod rygorem negatywnych konsekwencji w wydanym przez Izbę orzeczeniu, co do podnoszonych zarzutów, powinny

---

Sygn. akt KIO 1177/17

przytoczyć odpowiednie okoliczności faktyczne, mogące być podstawą rozstrzygnięcia. Przyjęte rozwiązanie wynika z obowiązującej w prawie cywilnym zasady, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 KC), rozwinięciem zaś jest właśnie art. 190 ust. 1 PZP. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. W postępowaniu odwoławczym nie mamy do czynienia z zamkniętym katalogiem dowodów. Wskazany katalog dowodów ma charakter przykładowy i strona lub uczestnik postępowania są uprawnieni do udowadniania swoich twierdzeń dowolnymi środkami dowodowymi (por. wyr. KIO z 8.6.2009 r., KIO/UZP 662/09). Skład orzekający KIO może odmówić przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeśli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone przy pomocy innych dowodów lub powołano je jedynie dla zwłoki. Prawo zamówień publicznych nie wymienia, jakie dowody należy uznać za powoływane dla zwłoki, w związku z czym należy się w tej kwestii odnieść do regulacji dotyczących procesu cywilnego. Dla zwłoki powoływane są więc dowody, które nie wnoszą nic do sprawy, dotyczą kwestii ubocznych i zbędnych dla rozstrzygnięcia (por. wyr. KIO z 16.12.2009 r., KIO/UZP 1553/09P
2. Odwołująca podnosi, iż wskazane dowody są istotne dla sprawy, nie są powołane w celu przedłużenia postępowania chociażby z tego względu, że zostały powołane przy pierwszej czynności.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie pismem z dnia 28 czerwca 2017roku.
Odpowiadając na pismo z dnia 8 czerwca 2017 r. (data wskazana na piśmie - odwołania) wniesione przez Odwołującego (Wykonawcę) - S. P.Sp. z o.o. w C. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługę punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych" (nr sprawy 07/2017) wniósł o oddalenie odwołania w całości.
Ustosunkowując się do wszystkich zarzutów podniesionych w przedmiotowym odwołaniu wskazał, iż nie znajdują one uzasadnienia prawnego ani faktycznego i stąd nie ma podstaw do uznania, iż w sprawie zachodzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a więc odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Sygn. akt KIO 1177/17

Jednocześnie odnosząc się do okoliczności formalnych wniesionego odwołania wskazał, że zarzut oznaczony nr 4 (Co do działań i zaniechań Zamawiającego w zakresie części I Zamówienia) dotyczący naruszenia art. 31 ust. 1 PZP, art. 34 ust. 1 pkt 1) i ust. 2 PZP, a także art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP, art. 90 ust. 1, 2, 3, 4 PZP, art. 35 ust. 1 PZP oraz art. 7 ust. 1
PZP „poprzez dokonanie oszacowania w oparciu o nieaktualne dane, niedochowanie należytej staranności przy oszacowaniu zamówienia, co

doprowadziło do wskazania błędnej wartości szacunkowej Zamówienia i jego poszczególnych części, a w konsekwencji zaniechania wezwania Konsorcjum firm R. Sp. z o. o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o. o. z siedzibą w C. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty w/w Konsorcjum pomimo iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia " został zgłoszony po terminie zakreślonym w art. 182 §1 pkt. 1 i jako taki nie może być przedmiotem rozpatrywania przez Izbę.
Nie wniósł zastrzeżeń formalnych odnośnie przystąpienia do postępowania Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielanie zamówienia zgodnie z art. 23 ust. 1 Pzp, tj. R. Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum ul. (...) , 02-981 W. R. S. Sp. z o.o. - Członek Konsorcjum ul. (…) (dalej zwani R. lub Przystępującą) po stronie zamawiającego. Przystąpienie wpłynęło w przewidzianym prawem terminie.
Ponadto wniósł o oddalenie dowodu z opinii biegłego/biegłych ewentualnie instytutu naukowego lub naukowo-badawczego, o który odwołująca wnioskuje w pkt. III części wstępnej odwołania. Ustalenie okoliczności wskazanych przez odwołującą nie wymaga wiadomości specjalistycznych. zamawiająca wskazuje, że zawnioskowany dowód zmierza do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania oraz dotyczy okoliczności, co do których dowody znajdują się w aktach sprawy. W ocenie zamawiającego dla ustalenia czy doszło do naruszenia przepisów postępowania, których dotyczą wywiedzione zarzuty nie jest konieczne zasięganie opinii biegłego. Zamawiający w ramach niniejszego odwołania wyjaśnił wszystkie wątpliwości dotyczące oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Odpowiedzi udzielone przez Przystępującego co do rażącej niskiej ceny - w sposób dostateczny wyjaśniają w jaki sposób zrealizuje on zamówienie zgodnie z warunkami SIWZ. Zamawiający wskazał również w niniejszej odpowiedzi na odwołanie z czego wynikają różnice pomiędzy wartością oszacowania w ramach II i III części a ofertą Przystępującego. Jednocześnie z uwagi na zbieżność oszacowania wartości zamówienia w ramach części I i ofertą Przystępującego nie ma żadnych podstaw do kwestionowania przyjętych założeń finansowych.
Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 1177/17

I Ad. Zarzut nr 1 (Cześć I Zamówienia), Zarzut nr 6 (Część II Zamówienia), Zarzut nr 12 (Część III Zamówienia)
1.1. Odwołująca podnosi, że oferta złożona przez Przystępującą nie była należycie zabezpieczona wadium wniesionym w formie gwarancji ubezpieczeniowych wystawionych z osobna w zakresie Części I, II i III zamówienia. Zdaniem Odwołującej wadium w ogóle nie było wniesione albo wniesiono je w sposób wadliwy.
1.2. Odwołująca podnosi, że ubezpieczeniowe gwarancje wadialne nie zostały wystawione wobec, żadnego z wykonawców składających ofertę tj. ani wobec R. Sp. z o. o. w W., jako Lidera Konsorcjum ani wobec R. S. Sp. z o. o. w C. - Członka Konsorcjum. Zgodnie bowiem z treścią złożonych gwarancji nr …, …, … (dalej w skrócie „gwarancje" - podmiotem składającym wniosek o wystawienie gwarancji i zobowiązanym z tych dokumentów był R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. przy ul. (...) Oddział C. ul. (…)
1.3.Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującej jakoby, tak wystawione i złożone gwarancje nie dotyczyły i nie były wystawione wobec Przystępującego, a przez to nie zabezpieczały oferty albo wzbudzały wątpliwości, co do możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu wadium. Zdaniem Zamawiającego zachodzi pełna tożsamość pomiędzy podmiotem oznaczonym jako Lider konsorcjum tj. R. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, a podmiotem na którego wniosek wystawiono gwarancje i który jest zobowiązanym z tejże gwarancji, a więc widniejącym w ich treści R. Sp. z o. o. z siedzibą(…) , przy ul.(…), oddział C. ul. (…)
1.4. Zgodnie z art. 432 Kodeksu cywilnego przedsiębiorca działa pod firmą. Firma pełni funkcję identyfikującą przedsiębiorcę. Firmą przedsiębiorcy - osoby prawnej - jest nazwa, która dodatkowo winna zawierać oznaczenie formy prawnej (art. 435 KC). Bez wątpienia pomiędzy Liderem konsorcjum, a podmiotem

wskazanym w treści gwarancji jako zobowiązanym zachodzi pełna tożsamość, co wynika właśnie z nazwy tj. R. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Dodatkowo w obu przypadka wskazano tę samą siedzibę - W.. Faktem jest, iż w przypadku gwarancji po nazwie Zobowiązanego dodatkowo dookreślono, wskazano również -„... oddział C. ul. (…) C.". To dodatkowe oznaczenie wskazuje, iż czynności wystąpienia z wnioskiem o wydanie dokumentu gwarancyjnego R. Sp. z o.o. zrealizował w ramach oddziału C.. Przedsiębiorcy w tym zakresie często w dokumentach stanowiących później podstawę rozliczeń finansowych i podatkowych dodają do dodatkowe oznaczenia związane z

---

oddziałem w celu prawidłowego przypisania i zakwalifikowania kosztów. Nie oznacza to jednak, iż dokument gwarancyjny nie dotyczy Lidera konsorcjum. Zgodnie z art. 5 pkt. 4) Ustawy z dnia 2 lipca 2014 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. 2016 poz. 1828 z późn. zm.) przez oddział należy rozumieć wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. Oddział nie jest więc samoistnym podmiotem, mimo że jest to struktura wyodrębniona i samodzielna. Jest on częścią działalności wykonywanej przez wyodrębnioną przedsiębiorcę organizacyjnie, ale nie podmiotowo. Nie ma osobowości prawnej i w sensie podmiotowości prawnej nie jest innym bytem niż sam przedsiębiorca, który go utworzył. Sprzeciwić się należy poglądom, które utożsamiają utworzenie oddziału przedsiębiorcy krajowego z utworzeniem jakby nowego przedsiębiorcy (tak. Postanowienie SN z dnia 8 maja 2013 sygn. akt ICZ 34/13).
Wskazanie w treści gwarancji dodatkowego oznaczenia poprzez odwołanie do oddziału oznacza więc jedynie, że gwarancja ta została uzyskana w związku z działalnością Lidera konsorcjum realizowaną w ramach oddziału w C., co z racji na miejsce w którym zamówienie ma być realizowane - wydaje się oczywistym. Fakt posiadania takiego oddziału wynika z odpisu KRS Lidera konsorcjum załączonego do akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego gdzie figuruje w rubryce 3 poz. 5.
Należy podnieść, że Oddział może działać (także w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) wyłącznie w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy. Oznacza to, że każde działanie podejmowane przez oddział przedsiębiorcy, tak samo jak każde oświadczenie woli składane przez taki oddział, o ile jest dokonane przez osoby prawidłowo umocowane do reprezentowania przedsiębiorcy w oddziale, należy uznać za czynność bądź oświadczenia samego przedsiębiorcy. Czynności dokonywane przez oddział odbywają się w ramach szeroko pojętej podmiotowości spółki. Zgodnie z orzeczeniem KIO/UZP 163/09 nie jest uprawnione jakiekolwiek przypisywanie oddziałowi przedsiębiorcy (w przypadku stanu faktycznego w tym orzeczeniu -oddziałowi zagranicznego przedsiębiorcy - przy czym status prawny oddziału polskiego przedsiębiorcy jest identyczny, a więc stanowisko to powoływane jest per analogiam) odrębności zobowiązaniowej, w wyniku której oddział zaciąga inne zobowiązania niż sam przedsiębiorca.
1.8. Pismem z dnia 19 czerwca 2017 roku Konsorcjum złożyło do niniejszego postępowania oświadczenie pisemne I. T. SA z dnia 13 czerwca 2017 r. w którym ubezpieczyciel (wystawca gwarancji) potwierdził, że ponosi

---

odpowiedzialność z tytułu wszystkich ubezpieczeniowych gwarancji wadialnych. Oświadczenie to potwierdza, iż gwarancja została wystawiona prawidłowo, a zobowiązanym z gwarancji jest R.
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
Zamawiający uznając powyższe uwarunkowanie prawne, doszedł więc do konstatacji, iż ubezpieczeniowe gwarancje wadialne załączone do oferty Przystępującego, zabezpieczają złożoną ofertę albowiem zostały wystawione w

odniesieniu do Lidera konsorcjum i w przypadku gdyby spełniły się przesłanki wynikające z treści gwarancji, Zamawiający miałby pełne prawo dochodzenia roszczeń wadialnych z tychże gwarancji.
1.9. W odniesieniu do tej części wywodów Odwołującej, które dotyczą wystawienia gwarancji wadialnych wyłącznie w odniesieniu do Lidera konsorcjum, czyli tylko jednego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, Zamawiający także nie podziela wynikających z nich zarzutów.
1.10. Zamawiającemu, który dokonywał oceny ofert, znane są orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, a także sądowe, w ramach których wskazuje się, że gwarancje wadialne winny w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, odnosić się wprost do wszystkich wykonawców, co ma wpływać na pewność egzekucji wadium. Zamawiający wskazuje jednak, iż w tym zakresie można przywołać równie wiele orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej a także sądów, które wyrażają zdanie przeciwne. Z uwagi bowiem na abstrakcyjny oraz oderwany od stosunku podstawowego i przyczyn dla których gwarant udzielił gwarancji - charakter zobowiązania gwarancyjnego, nie jest wymagane wskazanie w treści gwarancji wadialnej wszystkich członków konsorcjum - tak np. Sąd Okręgowy w W. w wyroku z dnia 14 października 2015 roku XXIII Ga 1313/15 lub Sąd Okręgowy w S. z dnia 23 lipca 2015 roku IV Ca 357/15 z żadnego przepisu PZP ani innego przepisu prawa powszechnie zobowiązującego nie da się wywieźć wniosku wskazania w treści gwarancji wadialnej wszystkich członków konsorcjum. Jeżeli jeden z uczestników konsorcjum nie wykonuje świadczenia, może być ono spełnione przez innego uczestnika, w tym zwłaszcza lidera konsorcjum. Niespełnienie zaś świadczeń przez któregokolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, będzie oznaczać niewykonanie go przez każdego z uczestników z osobna, a więc będzie umożliwiać zamawiającemu zaspokojenie się z gwarancji wadialnej, w której treści, jako wykonawca został wymieniony jedynie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tak za wyrokiem KIO z dnia 13 listopada 2015 roku sygn. KIO 2362/15). Stanowisko powyższe podziela również

Sygn. akt KIO 1177/17

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii dotyczącej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt. ustawy PZP (https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacia-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/warunki-udzialu-w-postepowaniu.-dokumenty-skladane-przez-wykonawcow-oraz-ich-wykluczenie-z-udzialu-w-postepowaniu/interpretacia-art.-24-ust.-2-pkt-2-ustawy-pzp-w-kontekscie-przedlozenia-gwarancii-bankowei-lub-ubezpieczeniowei-wystawionei-na-iednego-z-wykonawcow-wspolnie-ubiegaiacych-sie-o-udzielenie-zamowienia-publicznego). Prezes Urzędu wskazał przy tym, iż treść gwarancji wadialnej powinna odpowiednio zabezpieczać interes mu zamawiającego, umożliwiając zaspokojenie się z niej bez przeszkód w przypadku zaistnienia warunków zatrzymania wadium. Cel ten zostaje osiągnięty także w przypadku, gdy gwarancja bankowa jest wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który został prawidłowo umocowany do działania na rzecz pozostałych konsorcjantów, nawet jeżeli w treści gwarancji nie ma wprost odwołania do działania przez niego na rzecz pozostałych członków konsorcjum. W takim przypadku należy uznać, że wadium w postaci gwarancji zostało prawidłowo wniesione.
Należy bowiem zauważyć, że umocowany pełnomocnik prawidłowo konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadialnej, podobnie jak każdy inny członek tego, konsorcjum ponosi odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum (odpowiedzialność solidarna zgodnie z art. 369 KC w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp), które mogą być powodem zaistnienia przesłanek do zatrzymania wadium.
1.11. Zamawiający podziela stanowisko prawne wskazane w powyższych - niektórych tylko rozstrzygnięciach - i stąd dokonując oceny ofert uznał, złożone ubezpieczeniowe gwarancje wadialne wystawione wobec Lidera konsorcjum jako należycie zabezpieczające jego interes prawny na wypadek konieczności dochodzenia roszczeń gwarancyjnych. Zamawiający zapoznając się z treścią

przedłożonych gwarancji uznał
bowiem, że:
- dokumenty gwarancyjne zostały wystawione w odniesieniu do przedmiotowego postępowania przetargowego,
- mają charakter bezwarunkowy i nieodwołalny,
- aktualizują się na wypadek przewidziany we właściwych przepisach PZP,
- do wypłaty świadczenia wystarczające jest złożenie stosowanego pisma do gwaranta ze wskazaniem przypadku (ust. 1 gwarancji), który stał się podstawą żądania.

Sygn. akt KIO 1177/17

Jednocześnie w ramach SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby ubezpieczeniowa gwarancja wadialna posiadała inne cechy lub pochodziła od wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie zamówienie.
1.12. Ponadto w przywołanym powyżej piśmie z dnia 13 czerwca 2017 roku gwarant I. T.SA w W. potwierdził, iż odpowiada wobec Beneficjenta bez względu na to, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o zmówienie wspólnie z R. Sp. z o.o. w W. odpowiada za wystąpienie przesłanki aktualizującej gwarancje. Pozostałe uwagi odwołującej dotyczące możliwości zmiany nazwy, sugerowania jakoby podmiotem ubiegającym się o zamówienie był „R. C." należy uznać, za pozbawione jakiegokolwiek znaczenia w sprawie. Ewentualne zmiany nazwy podmiotu nie stanowią, żadnej przeszkody w możliwości dochodzenia roszczeń od Gwaranta.
II. Ad zarzut 2 (Część I Zamówienia), 7 (Część II Zamówienia), 13 (Część III Zamówienia) Zawsze wybór jednego oferenta uniemożliwia realizacje zamówienia przez innego.
2.1. Odwołujący podnosi, że złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jako delikt z art. 15 ust. 1 pkt. 1) Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 Nr. 153 Poz. 1503 z późn. zm.) dalej u.z.n.k. lub w ramach klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Zamawiający zaprzecza takiemu twierdzeniu wskazując w pierwszym rzędzie za Krajową Izbą Odwoławczą, która w wyroku z dnia 11 maja 2009 r. KIO/UZP 532/09 stwierdziła, że cyt. „Działaniem w ramach dozwolonej konkurencji, zgodnym z prawem i dobrymi obyczajami jest złożenie przez przedsiębiorcą oferty - w celu uzyskania danego zamówienia pomimo, że zawiera one konkurencyjne warunki wykonania zamówienia w postaci np. ceny niższej od cen zaoferowanych przez konkurencją (czasem nawet ceny niższej od kosztów produkcji), korzystnych warunków płatności, warunków dostawy towarów itp. w tym również krótkich terminów realizacji, tak jak w niniejszym postępowaniu, które mogą w pewnym stopniu decydować o uzyskaniu zamówienia przez danego przedsiębiorcę." Zamawiający w dalszej części niniejszej odpowiedzi na odwołanie wskazuje, iż ceny zaoferowane przez przystępującego odpowiadają przedmiotowi zamówienia, zabezpieczają jego wykonanie zgodnie z zapisami SIWZ i gwarantują temu wykonawcy zysk. Ceny te odbiegają od tych zaproponowanych od odwołującego, nie można jednak tej okoliczności traktować jako uzasadniającej twierdzenia, iżby złożona oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku albo na zasadzie ogólnej jej złożenie było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Zamawiający

---

Sygn. akt KIO 1177/17

wskazuje, iż przed ogłoszeniem postępowania przetargowego dokonał analizy postępowań o zamówienie publiczne w zakresie odbioru i transportu odpadów a także ich zagospodarowania wśród gminy I Regionu Gospodarki Odpadami Województwa Ś. w którego skład wchodzi także Gmina Miasto C.. Z uzyskanych ze stron internetowych rozstrzygnięć wynika, iż odwołujący wziął udział w, co najmniej pięciu tego typu postępowaniach. W żadnym jednak jego oferta nie była najkorzystniejsza, a wprost przeciwnie w większości przypadków oferty

Odwołującego zajmowała ostatnie lub przed ostatnie miejsca.
Dowód:
Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 października 2015 roku - Gmina H.;
Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 maja 2016 roku – Gmina P.;
Informacja o wyborze ofert z dnia 4 kwietnia 2017 roku - Gmina K.; Polska
Powiadomienie o wyborze oferty z dnia 27 czerwca 2017 roku - Miasto i Gmina Ż.
Powyższe wyniki postępowań przetargowych każą przyjąć, iż oddwołująca nie była w stanie z żadnym z przypadków złożyć oferty najkorzystniejszej.
Nie jest rolą zamawiającego podejmowanie ocen z jakiego powodu oferty te nie okazują się najkorzystniejsze. Nie może jednak obecnie odwołująca przypisywać przystępującej, iż podejmując starania rynkowe o pozyskanie danego zamówienia jednocześnie naruszyła zasady uczciwej konkurencji, przepisy prawa lub dobre obyczaje. Odwołująca upatruje takiego działania w zaniżeniu cen zaoferowanych w ramach oferty. W wyroku o sygn. akt 610/10 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zaoferowanie wykonania usług po cenie znacznie odbiegającej od cen pozostałych wykonawców nie wywoła skutku w postaci utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej przez innych
Zdaniem KIO takiej w jednym przedsiębiorców. złożenie oferty
czynność) trudno uznać za postępowaniu (jednorazowa utrudnianie prowadzonej działalności gospodarczej i ograniczanie dostępu do rynku.
Współzawodnictwo gospodarcze polega na tym właśnie, że przedsiębiorca stara się pozyskać określoną część rynku oraz zwiększyć swoją efektywność w danym obszarze, co zawsze odbywa się kosztem konkurentów. Sąd Apelacyjny w K. wskazał w orzeczeniu z dnia 30 marca 2009 roku (VACA 42/09, LEX nr 519343), że „Pojawienie się konkurenta z reguły wiąże się z poniesieniem przez innego przedsiębiorcę uszczerbku w postaci mniejszego zysku, a w każdym razie - ryzyka utraty dotychczasowej pozycji i jest to wpisane w zasadę konkurencyjności". 2.2. Zamawiający wskazuje ponadto, iż obwołująca mylnie

---

definiuje pojęcie rynku, o którym mowa w art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Nie jest w żadnym stopniu uprawnione twierdzenie, że rynkiem na którym konkuruje odwołująca jest Gmina Miasto C. a już z olbrzymim zadziwieniem zamawiająca przyjmuje, iż twierdzenia że wykreowała w ramach postępowania dwa rynki tj. odpadów zielonych i odpadów remontowo budowlanych. Pomimo, iż u.z.n.k. nie zawiera pojęcia rynku, to większość komentatorów każe utożsamiać je z pojęciem rynku właściwego, zdefiniowane w art. 4 ust. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U z 2015 poz. 184 ze zm.), gdzie przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę i właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty, oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji. Jednocześnie ustawa ta zrównuję pojęcie towaru z usługę. Z zacytowanej definicji rynku właściwego wynika, że przedmiotem analizy muszą być usługi, a w tym ich podobieństwo, rola substytucyjna, zbliżona jakość i cena. Liczy się także obszar ich występowania. Tym samym rynek właściwy określa się nie tylko na podstawie samego produktu. Dokonuje się tego także pod względem geograficznym jako wskazanie obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych usług, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. W tym więc zakresie należy wskazać, iż przedmiotem postępowania jest odbiór odpadów komunalnych, transport i ich częściowym zagospodarowaniem. Usługa w tym zakresie nie jest kreowana wyłącznie przez Gminę Miasto C..
Przywoływana przez odwołującą zmiana ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wprowadzająca tzw. „rewolucje śmieciową" powierzyła władztwo nad odpadami komunalnymi gminom wskazując jednocześnie w ramach jakich instalacji dane odpady mogą być przetwarzane. Istotna cechą nowych

rozwiązań jest ustalenie obszarów -regionów gospodarki odpadami, w ramach których realizowane są czynności odbiorowe, transportowe i te związane z zagospodarowaniem. Regiony liczą, co do zasady od kilkunastu do kilkudziesięciu gmin. W ramach regionu wyznaczone są instalacje do zagospodarowania odpadów, do których muszą trafić zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone. W tych okolicznościach zasadnym jest wiec twierdzenie, że pojęcie rynku nie może być utożsamiane z jednym tylko zamawiającym jak chce tego odwołująca. Ustawodawca wprowadzając regionalizację sam dookreślił rynki konkurencyjne tworząc regiony gospodarowania odpadami komunalnymi. W tamach tych regionów funkcjonują podobne usługi, o zbliżonej jakości i cenie oraz

---

przy tych samych warunkach konkurencyjnych związanych choćby z koniecznością przetwarzania odpadów na określnych, tych samych instalacjach. Pomimo, iż zakres zapotrzebowania na te usługi w ramach gmin może się różnić, to bez wątpienia w ramach regionu gospodarowania odpadami komunalnymi zakres odbioru odpadów od mieszkańców czy z punktów selektywnej zbiórki i konieczność ich dostarczenie do danej instalacji, pozostaje cechą wspólną - pozwalającą na uznanie tożsamości usługi.
2.3. Fakt działania odwołującej na rynku odpadowym Regionu I Gospodarki Odpadami Województwa Ś. jest niezaprzeczalny i wynika choćby z fakty brania udziału przez nią w postępowaniach przetargowych wskazanych powyżej w pkt. 2.1. Nie może więc odwołująca twierdzić, iż oferta przystępującej eliminuję ja z rynku lub uniemożliwia prowadzenie przez nią działalności gospodarczej. Odwołująca przy posiadanej bazie sprzętowej i osobowej może z powodzeniem brać udział w innych postępowaniach przetargowych i w ramach nich realizować zamówienia. Odwołująca realizuje już takie zamówienia w ramach innych rynków gospodarowania odpadami. Przykładem jest tu choćby wspólne z przystępującym wykonywanie zamówienia na terenie Miasta T. w ramach postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.
Dowód: Ogłoszenie wyników postępowania z dnia 28 grudnia 2016 roku - Urząd Miasta T.
III. Ad. Zarzut nr 3, (Część I zamówienia), Zarzut 8 (Część II zamówienia), Zarzut 14 (Część III Zamówienia.
3.1. Zamawiający wskazuje, iż w zakresie ustalenia uprawnienia osób podpisujących ofertę złożoną przez Przystępującego dokonał wszelkich wymaganych przez niego aktów staranności. W oparciu o dokumenty jakimi dysponował Zamawiający oraz jakich może
domagać się w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zapisami PZP, stwierdził iż podpisany pod ofertą, dokumentami załączonymi do oferty, klauzulą za zgodność z oryginałem podpisał się Pan G. D. ustanowiony pełnomocnikiem konsorcjum przez jego Lidera tj. R. Spółka z ograniczona odpowiedzialnością w Warszawie. Pełnomocnictwa dla Lidera konsorcjum udzielił R. S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C..
3.2. W przypadku obu pełnomocnictw załączonych do oferty, jako osoby reprezentujące Lidera Konsorcjum oraz Uczestnika konsorcjum - podpisy złożyli: Pan M. G. i Pan L. P. Obie te osoby figurują w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego jako osoby uprawnione do reprezentacji odpowiednio: R. Sp. z o. o. w W. i R. S. Sp. z o. o. w C.. Wykonawca załączył

---

przedmiotowe odpisy z rejestru pismem z dnia 25 maja 2017 roku. Odpisy zachowywały aktualność wymaganą przepisami PZP.
3.3. Zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 10 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (tj. Dz.U. 20017 r. poz. 700) domniemywa się, że dane wpisane do Krajowego Rejestru Sądowego są prawdziwe. W ramach tego domniemania należy uznać, iż informacje wynikające z rejestru są tożsame z

rzeczywistym stanem prawnym. Zamawiający nie posiadał żadnego dokumentu ani oświadczenia, które domniemanie to mógłby obalić. Odwołujący także takiego dokumentu nie przedłożył ani w trakcie procedury oceny ofert ani po zapoznaniu się z ofertą Przystępującego ani obecnie w toku postępowania przez Izbę. W tym zakresie oparł się jedynie na własnych twierdzeniach i wywodzonej z umowy spółki zasadzie kadencji łącznej. Okoliczność ta nie przełamuje domniemania wynikającego z art. 17 ustawy o KRS. Nawet jeśli odwołujący po zapoznaniu się z aktami rejestrowym R. Sp. z o. o. w W. i R. S. Sp. z o. o. w C. - czego Zamawiający jedynie się domyśla - nie doszukał się w nich uchwał przedłużających kadencję osób uprawnionych do reprezentacji Lidera i Uczestnika konsorcjum, to nie oznacza, jeszcze że uchwał tych nie podjęto i nie są przechowywane w siedzibie obu spółek. Skoro w ramach takich uchwał nadal umocowane są osoby widniejące we wpisie do KRS to nie było obowiązku przedłożenia tychże uchwał do akt rejestrowych, a nawet jeśli, to ich nie przedłożenie nie ma wpływu na uprawnienie do reprezentacji.
IV. Ad Zarzut 4 (Część I zamówienia)
4.1. Zamawiający w pierwszym rzędzie podnosi, iż zarzut naruszenia art. 32 ust. 1 PZP art. 34 ust. 1 pkt. 1) i ust 2 PZP jest zarzutem spóźnionym i jako taki - wobec braku instytucji częściowego odrzucenie odwołania lub niektórych jego zarzutów - nie powinien być w ogóle rozpatrywany. Odwołujący wskazuje bowiem, ze Zamawiający dokonał nieprawidłowego oszacowania wartości zamówienia skutkiem czego nie zastosował wobec Przystępującego instytucji wyjaśnień „ceny rażąco niskiej" określonych art. 90 ust. 1, 2, 3, 4 PZP, a w konsekwencji nie doprowadził do jego odrzucenia oferty jako zawierającej ceny rażąco niskiej - zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP.
4.2. Tak sformułowany zarzut przesądza, iż został on wniesiony z naruszeniem art. 182 ust. 1pkt 1) PZP. Odwołujący został bowiem poinformowany o wartości oszacowania zamówienia pismem z dnia 22 maja 2017 roku, które zostało mu doręczone w formie korespondencji email oraz listem poleconym. Dowód: Pismo Zamawiającego do Odwołującego z dnia 22 maja 2017 roku.

Sygn. akt KIO 1177/17

W piśmie tym wskazano wartości 21.707.268,56 zł netto (Część I), 3 069 494,91 zł netto (Część II), 3 340 183,35 zł netto (Część II). Pismem z dnia 31 maja 2017 roku, o którym wspomina Odwołujący zostały mu przekazane załączniki do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu niegraniczonego - tj. dokumenty w ramach których dokonano wyliczeń i oszacowano wartość zamówienia.
4.3. W tym kontekście podniesiony zarzut nieprawidłowego oszacowania winien być podniesiony przez Odwołującego w terminie 10 dni od dnia kiedy dowiedział się on o kwocie oszacowania, a nie sposobie jej wyliczenia. Dla zastosowania procedury z art. 90 ust. 1 z przymusem przewidzianym w art. 90 ust. 1a PZP nie jest przecież istotne w jaki sposób Zamawiający dokonał oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, ale jaka jest finalna kwota takiego oszacowania czyli wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego. Odwołujący więc już w dniu 22 maja 2017 roku powziął informację o rzekomych nieprawidłowościach w oszacowaniu i błędnym ustaleniu wartości zamówienia, która to informacja miała być dla niego przydatna w kontekście późniejszych czynności zamawiającego, które miałby on podjąć w odniesieniu do badania ceny rażąco niskiej w ramach Części I zamówienia.
4.4. Należy wskazać również, iż rozpatrywanie na tym etapie naruszenia art. 32 ust. 1 PZP, 34 ust. 1 pkt. 1) i ust 2) PZP czy też art. 35 ust. 1 PZP jest bez przedmiotowe i nie mające żadnego wpływu na rozstrzygnięcie postępowania przetargowego. Rzekome przywoływane błędy w oszacowaniu w ocenie Odwołującej winny doprowadzić do ustalenia wartości wyższej niż ta którą ustalił Zamawiający. Zakładając że do takiego ustalenia by doszło to nie wpłynie to na wybór właściwego sposobu postępowania tj. nie doprowadzi do zmiany ustalenia, iż procedura zamówienia przekracza tzw. progi unijne. Nawet przy zwiększeniu wartości należy bowiem uznać, że zamawiający prawidłowo dokonał publikacji

ogłoszeń o zamówieniu, ustalił odpowiednie dla procedury terminy oraz właściwe wymogi jakie winni spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Podsumowując należy wskazać, iż z uwagi na zapoznanie się przez Odwołującego z kwotą oszacowania Części I zamówienia w dniu 22 maja 2017 roku oraz mając na względzie, że błędnie wyliczona wartość zamówienia dla Części I (a nie sposób jej ustalenia i błędy założeniowe i kalkulacyjne) ma wpływ na ewentualne wady w postępowaniu, związane
z niewezwaniem Przystępującego do wyjaśnień w ramach procedury z art. 90 PZP i nie odrzucenie jego oferty w ramach art. 89 ust 1 pkt 4) PZP,

---

Sygn. akt KIO 1177/17

Odwołujący powinien wnieść odwołanie w terminie 10 dni od dnia kiedy dowiedział się o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, a więc o kwocie oszacowania i termin ten powinien być liczony od dnia 22 maja 2017 roku.
4.5. Z ostrożności Zamawiający kwestionuje również wszelkie twierdzenie jakoby dopuścił się naruszenia przywołanych art. 32 ust 1, PZP 34 ust. 1 pkt. 1) i ust. 2 PZP, art. 35 ust 1PZP. Zamawiający zastosował wszelkie wymagania staranności przy dokonywaniu oszacowania przedmiotu zamówienia. Zamawiający prawidłowo określił przedmiot
zamówienia, a następnie przystąpił do ustalania cen rynkowych w celu oszacowania jego wartości. Zamawiający w tym celu uwzględnił dane wynikające z badania rynku. Zapoznawał się z ofertami składanymi w innych postępowaniach Regionu I Gospodarki Odpadami Województwa Ś., zbierał dane dostępne na stronach internetowych, oparł się także na cenach z poprzednich okresów(z uwzględnieniem wpływu okresu jaki upłynął od ich nabycia na ceny obowiązujące w chwili szacowania wartości).
4.6. Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 34 ust. 1 pkt. 1) PZP albowiem nie dokonywał szacowania wartości zamówienia w odniesieniu do tego samego rodzaju zamówień udzielonych w terminie 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym.
Reguła wynikająca z tego przepisu nie mogła być stosowną wprost w niniejszym postępowaniu albowiem zostało podzielone na części związane z rodzajami odbieranych odpadów przez co usługi świadczone w każdej z tych części nie są tą samą usługą co usługa świadczona w całości w okresie 2015-2017. Ponadto w obecnym postępowaniu wyłączono obowiązki związane z wyposażeniem nieruchomości w pojemniki oraz zarządzaniem tymi pojemnikami. Inaczej rzecz ujmując, zmiana przedmiotu zamówienia
nie miała tylko charakteru ilościowego.
4.7. W odniesieniu do zarzutu błędnego przyjęcia stawki 169,35 zł/Mg wskazuje, iż zamawiający w tabeli „przyjęta metodologia" kalkulacji wskazał w wierszu 1, że jako podstawę oszacowania przyjęto wartość usługi świadczonej do dnia 30.06.2017r. na podstawie zawartej umowy. W drugim wierszu tabeli z przyjętą metodologią, zamawiający wskazał również, że sposób kalkulacji kosztów tej usługi i założenia do tej kalkulacji dokonane w 2015 r są poprawne, co potwierdziła zbieżność wartości tego oszacowania oraz wartości najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przetargowym. Dalszy sposób sporządzania kalkulacji w 2017r. wskazuje że zamawiający posługiwał się

Sygn. akt KIO 1177/17

kalkulacją dokonaną w 2015r i korygował uzyskiwane wartości uwzględniając zmiany SIWZ z 2017r. Ponadto Zamawiający uznał, iż nie może jako wiarygodnej dla kalkulacji zastosować jako podstawy - stawki wynikającej z realizowanego kontraktu z Odwołującej tj. 179 netto. Jak wskazano powyżej Odwołująca w latach 2016 - 2017 stosuje na terenie gmin Regionu I stawki ofertowe nie pozwalające jej na uzyskiwanie zamówień, a co więcej takiej które plasują ją na ostatnich miejscach.

Zamawiający uznał więc, że stawka 179 zł netto nie ma obecnie charakteru stawki rynkowej i z tego względu przyjął jako właściwą stawkę obniżoną wynikającą z kalkulacji z 2015 roku tj. 169, 35 zł/Mg.
4.8. Odwołująca również w przypadku pojemników dokonuje niewłaściwej oceny stanu faktycznego (Pkt. 3.1. odwołania). Powołuje się w tym przypadku na postępowanie w 2015r. i odrębną wycenę w formularzu ofertowym (załącznik nr 10) pozycji pojemników. Pozycja ta dotyczyła jednak kosztów jakie Zamawiający musiał ponieść w związku z odkupieniem pojemników po zakończeniu umowy. Tymczasem analiza nr 3 dotyczy obniżenia wartości usługi w 2017r w związku z wyłączeniem obowiązku Wykonawcy zakupu pojemników na odpady. W 2017 r bowiem Zamawiający dysponuje już własnymi pojemnikami, które są rozstawione w zatokach śmietnikowych. Korekta stawki jednostkowej dotyczy zatem wyłącznie różnicy pomiędzy kosztem zakupu pojemników o określonej pojemności i przychodami z tytułu odkupienia pojemników przez Zamawiającego po zakończeniu kontraktu. Stanowisko Odwołującej o braku podstaw do dokonania korekty w tym zakresie jest zatem nieuprawnione.
4.9. W odniesieniu do pkt. 3.2. Odwołania, Zamawiający potwierdza, że w 2015r. w załączniku nr 10 określone zostały rodzaje pojemników. Zapisu tego dokonano w następstwie wskazanego wyroku KIO w trakcie postępowania przetargowego w 2015r. Nie miało to jednak wpływu na metodologię wykonanej kalkulacji w 2015r. Wyrok KIO z dnia 11 maja 2015 roku sygn. akt KIO 794/15 i KIO 800/15 zmieniał bowiem sposób rozliczenia za zakup pojemników, a nie wysokość kalkulacji, czyli cen poszczególnych pojemników. Taką samą metodologią posłużono się w 2017r. dokonując korekty kosztów. Odwołująca powtarza również tu błędne rozumienie pozycji kosztowej 3 222 469,80 zł. Nie jest to koszt związany z dostawą pojemników tylko różnica pomiędzy kosztem zakupu pojemników o określonej pojemności i przychodami z tytułu odkupienia pojemników przez Zamawiającego po zakończeniu kontraktu. Zamawiający wskazuje, że w postępowaniu przetargowym w 2013r. w cenie jednostkowej za odbiór odpadów były ujęte koszty związane z wyposażeniem nieruchomości w

---

pojemniki na odpady. W postępowaniu przetargowym w 2015r. w kosztach odbioru odpadów uwzględniono również wyposażenie nieruchomości w pojemniki z tą jednak różnicą, że po 2 - letnim kontrakcie pojemniki miały być odkupione przez Zamawiającego. W wyniku tego etapowego działania w postępowaniu przetargowym w 2017r. zamawiający dysponował już własnymi pojemnikami. Oznacza to, że Wykonawca w postępowaniu przetargowym w 2015r. z całą pewnością do kosztów odbioru odpadów doliczał tylko różnicę pomiędzy kosztem zakupu pojemników o określonej pojemności i przychodami z tytułu odkupienia pojemników przez Zamawiającego po zakończeniu kontraktu.
Koszty te w postępowaniu w 2017r już nie występowały zatem przy przyjętej metodologii oszacowania korekta była uzasadniona.
4.10. W zakresie zarzutu podniesionego w pkt. 3.3. odwołania Zamawiający wskazuje, że koszty związane z rozstawieniem pojemników w nieruchomościach, ich wymianą na skutek zmiany deklaracji mieszkańców, niezbędnych napraw Wykonawca musiał kalkulować w cenie jednostkowej za odbiór odpadów bowiem takie obowiązki były nałożone na Wykonawcę w warunkach kontraktu w 2015-2017. W postępowaniu w 2017r. obowiązki te zostały zdjęte z wykonawcy i przejął je zamawiający. Zatem przy przyjętej metodologii oszacowania korekta była uzasadniona.
W posiadanych danych odnośnie ilości wymienionych pojemników w okresie 2015-2017 wynika jasno, że Wykonawca ponosił istotne koszty z tym związane. Przejęcie zadania przez Zamawiającego obliguje go do dokonania zmniejszenia w oszacowaniu wartości zamówienia.
4.11. W odniesieniu do zarzutu podniesionego w pkt. 4 Odwołania, Zamawiający podnosi, że wskazana w oszacowaniu kwota: 31856 415,66 zł to koszt odbioru wszystkich odpadów 2015-2017 zestawiony na podstawie wystawionych faktur z prognozą do 30.06.2017r. dotyczącą komunalnych

odpadów zmieszanych, remontowo-budowlanych, zielonych. Ten rzeczywisty koszt odbioru wynikający z faktur jest wynikiem ilości wszystkich odebranych odpadów i ceny jednostkowej. Wyliczanie przez Odwołującą ceny jednostkowej na podstawie tych danych jest nieuprawnione bowiem w postępowaniu przetargowym w 2017r zakres odbioru podzielono na trzy rodzaje odpadów i ze strumienia odpadów wyłączono odpady zielone i remontowo budowlane. Ponadto Zamawiający uwzględnia obecną tendencję spadkową dot. odpadów zmieszanych. Wzrost ilości odpadów występuje jedynie na odpadach zielonych selektywnie zbieranych z kontenerów. Kwota wynikająca z faktur to przekroczenia

---

Sygn. akt KIO 1177/17

na tym rodzaju odpadów. Podział w przetargu odpadów na 3 rodzaje eliminuje przekroczenia i powoduje, że nie jest możliwe przyjęcie do kalkulacji kwoty 206 zł.
4.12. W odniesieniu do zarzutu podniesionego w pkt. 5 Odwołania, zamawiający wskazuje, że dokonane przez Odwołującą obliczenie wartości kontraktu w kwocie 29 303 360,07 zł i stawki jednostkowej 206 zł/Mg jest nieuprawnione, nie uwzględnia bowiem przyjętej metodologii ani korekt, których zasadność wykazywano w punktach powyżej. Tym samym podnoszone przez Odwołującą zastosowanie przez Konsorcjum rażąco niskiej ceny odbiegającej o 33% od "prawidłowo" ustalonej wartości zamówienia jest nadużyciem bowiem tak ustalona wartość zamówienia nie znajduje żadnego merytorycznego uzasadnienia.
4.13. Dane o ilości odpadów selektywnie zebranych w 2017-2019 przyjęto na podstawie sprawozdań jakie Odwołująca składała w okresie 2015-2017 wykonując samodzielnie usługę odbioru odpadów na terenie miasta C. Informacja o zyskach z tytułu sprzedaży odpadów z selektywnej zbiórki podmiotom trzecim jest znana na rynku odpadowym. Nie są to warunki stałe, są uzależnione od uwarunkowań rynkowych, jednak założenie o pokryciu kosztów odbioru odpadów z selektywnej zbiórki przychodami ze sprzedaży tych odpadów jest w pełni uzasadnione.
Takie same założenia zamawiający dokonał w postępowaniu przetargowym w 2015r., które to postępowanie rozstrzygnięte zostało na korzyść 0dwołującej i nie było kwestionowane przez żadnego z Wykonawców, uczestników tego postępowania przetargowego.
Analizując rynek odpadowy zamawiający ma świadomość cen rynkowych za surowce wtórne toteż wycena ich w przetargu jako samofinansujące wynika z doświadczeń zamawiającego jako kontrahenta zajmującego się obrotem odpadami selektywnie zebranymi.
Z uwagi na powyższe Zamawiający uznaje, iż w sposób prawidłowy skalkulował wartość przedmiotu zamówienia i nie naruszył norm - zasad ogólnych wynikających z art. 7 PZP. Z tej przyczyny nie był zobligowany do zastosowania procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 PZP ani odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 4) PZP.
V. Ad Zarzut 9 (Część II zamówienia) i Zarzut 15 (Część III zamówienia)
5.1. Odwołująca zarzuca Zamawiającemu nie dokonanie czynności odtajnienia oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego w ramach odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w ramach Części II i III Zamówienia.

Sygn. akt KIO 1177/17

Odwołująca w długim wywodzie - stanowiącym cytaty z wypowiedzi doktryny i orzecznictwa - wskazuje na rangę zasady jawności w procedurze udzielenia zamówienia publicznego. Nie przeceniając doniosłości tej zasady należy wskazać jednak, iż art. 8 ust 3 PZP wprowadza ograniczenie tej zasady z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości

publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności". Aby skorzystać z możliwości utajnienia określonych informacji wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zobowiązany jest zastrzec, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
5.3. Uwzględniając powyższe należy wskazać, iż Przystępujący spełnił przesłanki utajnienia i z tego względu Zamawiający nie dokonał czynności odtajnienia oferty w zakresie wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej.
5.4. W zakresie terminu złożenia oświadczenia Przystępujący dochował go składając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz ze złożeniem wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej - pisma z dnia 30 maja 2017 roku z osobna dla Części II i Części III.
Posłużenie się w treści art. 8 ust. 3 sformułowaniem „nie później niż w terminie składania ofert ..." w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej należy rozumieć w ten sposób, że terminem zastrzeżenia tajemnicy, jest właśnie moment złożenia tychże wyjaśnień. Jest to pierwszy możliwy termin, albowiem zastrzeżenia nie można było dokonać wraz ze złożeniem oferty gdyż w tym terminie Przystępujący nie wiedział jeszcze, że będzie wzywany do złożenia takich wyjaśnień ani nie znał zakresu żądania kierowanego przez Zamawiającego.
5.5. W zakresie uznania informacji wynikających ze złożonych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny należy stwierdzić, iż „(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)" (wyrok SO w

---

K. z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Wykonawca w treści utajnionych wyjaśnień wskazał:
5.5.1. założenia do kalkulacji ceny.
Ten element kalkulacji ma wymiar know how mający znaczenie gospodarcze. Bez wątpienia bowiem przyjmowane elementy cenotwórcze stanowią informację organizacyjną i techniczną przedsiębiorstwa. Założenia te wynikają bowiem ze znajomości (właściwego odczytania) topografii miasta, układu ulic, ustalenia czasu pracy osób realizujących zadanie, ilości i rodzajów pojazdów do realizacji określonych założeń przeznaczonych zadania. Przyjęcie dokonywane jest na bazie doświadczenia jakim dysponuje wykonawca, zdobytego w ramach realizacji podobnego typu zamówień, które to doświadczenie ma wymiar gospodarczy. Podstawą przyjmowania założeń są również analizy i symulacje prowadzone przez właściwe służby wewnętrzne wykonawcy oraz podmioty zewnętrzne.
5.5.2. koszty
W tym zakresie Wykonawca wskazał na poszczególne grupy kosztowe składające się na realizację zamówienia oraz podał jakie informacje i założenia pozwoliły mu na przyjęcie stawek jednostkowych o określonych wartościach. Wskazał jak dokonuje rozliczeń z dostawcami paliwa i z uwagi na co ma stosowane określone ceny (niższe, rabatowane). Podał także koszty jakie stosuje do utrzymania pojazdów oraz eksploatacji kontenerów (Część II zamówienia). Ponadto wskazał również wysokość wynagrodzeń jakie stosuje wobec osób wykonujących poszczególne zadania, co na obecnym rynku pracy - zwłaszcza kierowców - ma wyjątkowe znaczenie. Wysokość wynagrodzenia to jeden z elementów zachęty przy zatrudnieniu. Zważywszy, że rynek pracy kierowców ciągle zgłasza zapotrzebowanie na nowych pracowników, to ujawnienie informacji o wysokość wynagrodzenia jakie stosowane jest wobec pracowników, stawia wykonawcę w gorszej pozycji negocjacyjnej w procesie naboru i rekrutacji. Ponadto w informacji

znalazło się stwierdzenie jakiego rodzaju stosunek prawny będzie łączył Wykonawcę z osobami bezpośrednio wykonującymi zadania w ramach zamówienia. Wykonawca wskazał także współczynnik, jaki w oparciu o własne doświadczenie, stosuje do kosztów nieprzewidzianych.
5.5.3 kontrahentów
W wyjaśnieniach znalazły się także informacje indywidualizujące kontrahentów z którymi Wykonawca współpracuje, do których występuje o oferty oraz jakie stawki jednostkowe są wobec niego stosowane. Cena nabycia towarów i usług przez przedsiębiorcę, wpływa finalnie na stosowane przez niego stawki i jest bez

---

wątpienia elementem dającym przewagę na rynku konkurencyjnym, a przez to musi zostać zaliczona do danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.
5.5.4. dokumenty rozliczeniowe (faktury)
jako załączniki do wyjaśnień Wykonawca załączył m.in. dokumenty rozliczeniowe w postaci faktur i oświadczeń ofertowych. Dokumenty te zawierają dane wskazane powyżej, a wiec także są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.
Pomimo, iż wskazane powyższej dane i okoliczności zostały przez przystępującego wykorzystane do kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu to wg. oświadczenia dane te mają wymiar stałości, reprezentatywności i stabilności. Zasady i reguły przyjęte w kalkulacji są stosowane w innych postępowaniach, a ich ujawnienie może doprowadzić, do ustalenia cen jakie proponował będzie Przystępujący w innych postępowaniach, co finalnie może narazić go na szkodę.
W wyrokach KIO 1797/11; KIO 1801/11; KIO 1807/11; KIO 1808/11; KI01813/11; KIO 1817/11 wskazano, iż fakt wykazywania się zamówieniami zdobytymi na rynku zamówień publicznych, gdzie pewne informacje można uzyskać poprzez dostęp do publicznych ogłoszeń o zamówieniach i jawne umowy w sprawie zamówienia publicznego nie oznacza jeszcze, że dane te nie mogą stanowić tajemnicy handlowej.
Powyżej wskazane informacje nie zostały ujawnione do informacji publicznej. Z żadnych dostępnych publicznych baz danych, informacji które pojawiają się w przestrzeni publicznej (m.in. internet), zestawień statystycznych nie można ustalić ani dojść do informacji podanych przez Przystępującego w treści wyjaśnień. Jednocześnie również Wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności powyższych danych, czego wyrazem było złożenie zastrzeżenia ich tajemnicy. Z treści złożonych oświadczeń wynika, iż podejmowane są w tym zakresie inne również działania tj. wewnętrzne procedury obiegu dokumentów i dostępu do nich, zabezpieczenia technologiczne chroniące sieć informatyczną przed ewentualnym wyciekiem danych chronionych. Pracownicy spółki są zobowiązywanie w umowach o pracę do zachowania poufności. Także w umowach z są kontrahentami zastrzegane tajemnice przedsiębiorstwa.
Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa (tak za.: Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r., https://www....

Pomimo zarzutów odwołującego, zamawiający wskazuje, iż badając możliwość odtajnienia przedmiotowych wyjaśnień sprawdzał stopień szczegółowości przekazywanego uzasadnienia. Mając na względzie, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia spoczywa każdorazowo na wykonawcy, w ocenie zamawiającego nie poprzestał on na przywołaniu brzmienia przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożone zastrzeżenia wyczerpująco potwierdzają, że okoliczności uzasadniające uznanie informacji za wrażliwą faktycznie zaistniały. Zamawiający wykazał jaki jest charakter danych. Podał

dlaczego stanowią dla niego szczególną wartość. Oświadczył i opisał w jaki sposób chroni te dane zarówno w niniejszym postępowaniu jak i w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Ponadto zamawiający zważył, iż możliwość zastrzeżenia tajemnicy ma charakter wyjątkowy, jako wyjątek od zasady jawności postępowania. Informacje te ze swojej istoty muszą dotyczyć kwestii, „których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość) z wyłączeniem informacji, których upublicznienie wynika np. z przepisów prawa." (Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2014 r. sygn. I OSK 2112/13). Również i w tym zakresie Wykonawca wykazał w jaki sposób ujawnienie przedmiotowych informacji może negatywnie wpłynąć na funkcjonowanie jego przedsiębiorstwa.

Ad Zarzut 10 (Część II zamówienia) i Zarzut 16 (Część III zamówienia)

Odwołujący podnosi, iż oferty złożone przez przystępującego w ramach Części II i III stanowią oferty zawierające cenę rażąco niską i jako takie winna zostać z postępowania odrzucona. Wniosek ten jest wywodzony w odniesieniu do porównania ofert z wartością jaką oszacował zamawiający oraz kwotami wynikającymi z oferty przystępującego, a także z uwagi na obecną cenę stosowaną przy realizacji zamówienia na odbiór odpadów zielonych i remontowo-budowalnych.
Zamawiający po zapoznaniu się treścią przedłożonych ofert w zakresie Części II i III wszczął procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 PZP do czego był zobligowany na podstawie art. 91 ust. la pkt. 1) PZP. W przewidzianym terminie Przystępujący odpowiedzi udzielił, przy czym objął je klauzulą zastrzegającą tajemnicę przedsiębiorstwa (o czym powyżej). W ocenie Zamawiającego złożone odpowiedzi były na tyle przekonywujące, że pozwalały uznać iż Przystępujący zrealizuje przedmiot zamówienia w pełnym zakresie za zaoferowaną kwotę. Wyjaśnienia odpowiadały normie wynikającej z art. 90 ust. 2 PZP. Konsorcjum

---

Sygn. akt KIO 1177/17

przedłożyło wyjaśnienia wyczerpujące, dotyczące metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia (w tym korzystnych cen od poszczególnych dostawców towarów i usług), kosztów własnych, kosztów pracy. Wykonawca załączył do tychże wyjaśnień dowody a w tym dokumenty potwierdzające, że również inni wykonawcy wyspecjalizowani zwłaszcza w branży transportowej są zdolni do wykonania zamówienia za kwoty zbliżone do kwot zaproponowanych przez Przystępującego.
Zamawiający miał na względzie, iż obecny wykonawca - którym jest Odwołujący - realizuje odbiór i transport odpadów zielonych i remontowo-budowalnych w ramach kwoty 179 zł/Mg netto. Zważyć jednak należy, że w poprzednim postępowaniu przetargowym, zapisy SIWZ oraz formularza ofertowego zostały tak skonstruowane, że cena za odbiór i transport tych odpadów musiała zostać zrównana z ceną odbioru i transportu odpadów zmieszanych i innych. Pozwalało to wykonawcy na takie kształtowanie ceny - z uwzględnieniem ilości odpadów w ramach poszczególnych frakcji - że niektóre koszty lub nawet zysk - związane z odbiorem i transportem odpadów selektywnych i bio, mogły być przewidziane w cenie odbioru odpadów zielonych i remontowo budowalnych, których ilość w ramach umowy realizowanej w latach 2015 - 2017 sukcesywnie rosła.
Zamawiający dążąc do urealnienia tych cen (co z resztą udało mi się osiągnąć), zdecydował o podzieleniu zamówienia na części i stworzeniu możliwe szerokiego dostępu do tych części nawet dla przedsiębiorców nie posiadających zezwolenia na odbiór odpadów (tak w przypadku Części III). Takie rozwiązanie zamawiającego okazało się jak widać w pełni uzasadnione. W pkt. 4 na stronie 38 odwołująca podnosi, że zestawienie cen jednostkowych za odbiór odpadów zielonych czy też remontowo-budowlanych z ceną jednostkową za odbiór wszystkich odpadów jaką stosuje odwołująca aktualnie jest nieuprawnione. Również i odwołująca w zakresie tych odpadów zastosowała dużo niższe ceny niż stosuje obecnie: 128 zł/Mg odpady remontowo budowlane i 124 zł/Mg odpady

zielone. Oznacza to, że odbiór tych rodzajów odpadów generuje niższe koszty, które zamawiający oszacował na: 146,15 zł/Mg odpady remontowo budowlane oraz 165,54 zł/Mg odpady zielone
Należy również wskazać, iż zamawiający badając wyjaśnienia konsorcjum w kontekście własnej kalkulacji - oszacowania wartości zamówienia - uwzględnił następujące okoliczności:
6.4.1. Oszacowanie wartości zamówienia dla Części II - gruzy.
Wartość oszacowania zamawiającego 3 069 494,91zł wynika z kalkulacji kosztów rodzajowych. Istotnym kosztem mającym wpływ na wartość oszacowania jest

---

amortyzacja i koszty osobowe. Amortyzacja jest liczona dla 2 nowo zakupionych samochodów ciężarowych z zabudową typu HDS. Po wtóre zamawiający dokonał oszacowania kosztów osobowych i potrzeb zaangażowania pracowników z uwzględnieniem znanych mu typowych stawek rynkowych korygowanych przez pryzmat własnego przedsiębiorstwa, nie uwzględniających szczególnego know - how i doświadczenia logistycznego o którym wspomina przystępujący, a które znalazło odzwierciedlenie w różnicy ilości kilometrów dla jednego kursu oraz ilości odpadów przewożonych jednym kursem. Kolejna różnica dotyczy kosztów paliwa zwłaszcza kosztów nabycia jednego litra. Ponadto w oszacowaniu zamawiającego założone wysokie stawki ubezpieczenia dla samochodów nowych oraz serwis zewnętrzny z uwagi na konieczność utrzymania gwarancji producenta. Zamawiający przyjął również znaczny tj. 15% zysk na kilometrze.
6.4.2. Oszacowanie wartości zamówienia dla Części III - TPSZOZ odpady zielone.
Wartość oszacowania zamawiającego 3 340 183,35 zł wynika z kalkulacji kosztów rodzajowych w 3 grupach tj. Transport odpadów; zarządzanie transportem oraz ekipa sprzątająca. Istotnym kosztem mającym wpływ na wartość oszacowania jest amortyzacja i koszty osobowe. Amortyzacja jest liczona dla 4 nowo zakupionych samochodów ciężarowych z zabudową hakową. Po wtóre zamawiający dokonał oszacowania kosztów osobowych i potrzeb zaangażowania pracowników z uwzględnieniem znanych mu typowych stawek rynkowych korygowanych przez pryzmat własnego przedsiębiorstwa, nie uwzględniających szczególnego know - how i doświadczenia logistycznego o którym wspomina przystępujący, a które znalazło odzwierciedlenie w różnicy ilości kilometrów dla jednego kursu. Przystępujący w odniesieniu do grupy kosztowej związanej z załadunkiem odpadów powstałych wokół kontenerów zaproponował metodę inną od tej wyliczonej przez zamawiającego, co w szczególności znalazło przełożenie na koszty osobowe oraz koszty sprzętu. Zamawiający posłużył się także 8% stawką marży liczonej dla kosztów sprzątania i kosztów zarządzania transportem.
6.5. Ponadto należy zauważyć, iż zamawiający liczył koszty dla sytuacji gdyby poszczególne Części zamówienia realizowali inni przedsiębiorcy, który zmuszeni byliby do dysponowania osobną bazą sprzętową i bazą administracyjną. Odnosiło się to wiec do sytuacji gdyby do przetargu przystąpiła firma z branży np. transportowej, która musiałaby stworzyć od podstaw jednostki zajmujące się odbiorem odpadów z Części II i III. Tymczasem w przypadku przystępującego, złożona oferta obejmowała I, II, III Część zamówienia. Możliwe jest wiec, że

---

niektóre koszty zakładane przez zamawiającego - związane z utrzymaniem zaplecza administracyjnego, sprzętowego, usług obcych (czynszu), kosztów telekomunikacyjnych, występują w mniejszym wymiarze z uwagi na uwzględnienie efektu synergii, wymienności pracowników, możliwości organizacyjnych pozwalających na zaangażowanie czasowe tych samych osób i urządzeń do poszczególnych części zamówienia.
z uwzględnieniem znanych mu typowych stawek rynkowych korygowanych przez

pryzmat własnego przedsiębiorstwa, nie uwzględniających szczególnego know - how i doświadczenia logistycznego o którym wspomina przystępujący, a które znalazło odzwierciedlenie w różnicy ilości kilometrów dla jednego kursu oraz ilości odpadów przewożonych jednym kursem. Kolejna różnica dotyczy kosztów paliwa zwłaszcza kosztów nabycia jednego litra. Ponadto w oszacowaniu zamawiającego założone wysokie stawki ubezpieczenia dla samochodów nowych oraz serwis zewnętrzny z uwagi na konieczność utrzymania gwarancji producenta. zamawiający przyjął również znaczny tj. 15% zysk na kilometrze. Mając na uwadze powyższe zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego w sprawie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawnioskowanych dowodów przez strony i przystępującego Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie złożono w postępowaniu, którego zamówienie dotyczy przetargu nieograniczonego na „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługa punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych." Przy czym zamawiający podzielił zamówienie na trzy części.

Odwołujący zgłosił zarzuty do poszczególnych części zamówienia.
I tak

Co do działań i zaniechań zamawiającego w zakresie Części I zamówienia

---

Sygn. akt KIO 1177/17

1.Naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 7b PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. zwane dalej zamiennie „Konsorcjum" lub „Konsorcjum R." i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą pomimo, iż Konsorcjum wbrew obowiązującym przepisom prawa de facto nie wniosło skutecznie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a przynajmniej nie wniosło go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie, w szczególności w art. 46 PZP. Wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez R. Sp. z o.o. z siedzibą w W., Oddział C. z siedzibą w C., zaś oferta została złożona przez Wykonawcę – Konsorcjum R., co bezsprzecznie i jednoznacznie potwierdza fakt, iż Konsorcjum nie wniosło wadium dla zabezpieczenia złożonej przez Konsorcjum oferty.
2.Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1,2 i art. 15 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (w szczególności
sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców].
3.Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 98,104 kodeksu cywilnego oraz art 201,202 ksh i art. 7 ust 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę.
4.Naruszenie art. 32 ust. 1 PZP, art. 34 ust 1 pkt. 1) i ust. 2 PZP, a także art. 89 ust 1 pkt 4) PZP, art. 90 ust 1,2,3,4 PZP, art 35 ust. 1 PZP oraz art. 7 ust, 1 PZP poprzez, dokonanie oszacowania w oparciu o nieaktualne dane, niedochowanie należytej staranności przy oszacowaniu zamówienia co doprowadziło do wskazania błędnej wartości szacunkowej Zamówienia i jego poszczególnych części, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty w/w

Konsorcjum pomimo, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia.

Co do działań i zaniechań zamawiającego w zakresie Części II zamówienia

---

Sygn. akt KIO 1177/17

6.Naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 7b PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą pomimo, iż Konsorcjum wbrew obowiązującym przepisom prawa de facto nie wniosło skutecznie wadium w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, a przynajmniej nie wniosło go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący Zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie, w szczególności w art. 46 PZP. Wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało złożone w postępowaniu o udzielenie Zamówienia przez R. Sp. z o.o. z siedzibą w W., Oddział C. z siedzibą w C., zaś oferta została złożona przez Wykonawcę - Konsorcjum, co bezsprzecznie i jednoznacznie potwierdza fakt, iż Konsorcjum nie wniosło wadium dla zabezpieczenia złożonej przez Konsorcjum oferty.
7.Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1,2 art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (w szczególności sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców).
8.Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 98,104 kodeksu cywilnego oraz art. 201,202 ksh i art 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm R. Sp. z o.o, z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę
9.Naruszenie art. 8 ust. 1,2,2a, 3 w zw z art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. 2003r. Nr 153, poz. 1503) polegające na przeprowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady jawności czego wyrazem jest wyłączenie jawności dokumentów i informacji złożonych przez Konsorcjum w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, poprzez bezpodstawne i nieuprawnione przyjęcie, iż przedmiotowe wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. obejmują dane i informacje podlegające utajnieniu, poprzez ograniczenie jawności postępowania w ww. zakresie (tj. pisma z dnia 30 maja 2017r. oraz pisma z dnia 31 maja 2017r.) oraz odmowę ich ujawnienia pomimo, iż Konsorcjum nie wykazało, iż zastrzeżone w tych wyjaśnieniach informacje faktycznie są danymi chronionymi oraz zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy.

Sygn. akt KIO 1177/17

10.art. 90 ust 2 i 3 PZP, art. 89 ust 1 pkt. 4) PZP oraz art 7 ust 1 PZP poprzez uznanie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. w związku z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, jako uzasadniających istnienie obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (tj. jej rażąco niską wartość] oraz zaniechanie odrzucenia oferty w/w wykonawcy pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę.

Co do działań i zaniechań zamawiającego w zakresie Części III zamówienia

12.Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą pomimo, iż Konsorcjum wbrew obowiązującym przepisom prawa de facto nie wniosło skutecznie wadium w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, a przynajmniej nie wniosło go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący Zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych

roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie, w szczególności w art. 46 PZP. Wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało złożone w postępowaniu o udzielenie Zamówienia przez R. Sp. z o.o. z siedzibą w W., Oddział C. z siedziba w C., zaś oferta została złożona przez Wykonawcę - Konsorcjum, co bezsprzecznie i jednoznacznie potwierdza fakt, iż Konsorcjum nie wniosło wadium dla zabezpieczenia złożonej przez Konsorcjum oferty.
13.Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1,2 art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (w szczególności sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców].
14.Naruszenie art 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 98,104 kodeksu cywilnego oraz art. 201,202 ksh i art 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą mimo wadliwości oświadczenia woli stanowiącego ofertę w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę.
15.Naruszenie art. 8 ust 1, 2,2a, 3 w zw z art. 7 ust 1 PZP oraz art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. 2003r. Nr 153, poz. 1503) polegające na przeprowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady jawności czego wyrazem jest wyłączenie jawności dokumentów i informacji złożonych przez

---

Sygn. akt KIO 1177/17

Konsorcjum w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, poprzez bezpodstawne i nieuprawnione przyjęcie, iż przedmiotowe wyjaśnienia stanowią tajemnice przedsiębiorstwa tj. obejmują dane i informacje podlegające utajnieniu, poprzez ograniczenie jawności postępowania w ww. zakresie (tj. pisma z dnia 30 maja 2017r. oraz pisma z dnia 31 maja 2017r.) oraz odmowę ich ujawnienia pomimo, iż Konsorcjum nie wykazało, iż zastrzeżone w tych wyjaśnieniach informacje faktycznie są danymi chronionymi oraz zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy.
16.art. 90 ust 2 i 3 PZP, art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez uznanie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum firm R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. w związku z żądaniem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, jako uzasadniających istnienie obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (tj. jej rażąco niską wartość) oraz zaniechanie odrzucenia oferty w/w wykonawcy pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę.

Dokonując badania i analizy złożonych zarzutów odwołania na poszczególne części (trzy części) należy stwierdzić co do zasady ich tożsamość.

Tożsamość zarzutów we wszystkich trzech częściach zamówienia sprowadza się do kwestionowania przez odwołującego:

1. okoliczności złożenia wadium przez wykonawcę wybranego to jest Konsorcjum R./wykonawcę wybranego/Konsorcjum oraz
2. nieuczciwej konkurencji w związku z zaoferowaną ceną przez Konsorcjum a także
3. niewłaściwej reprezentacji Konsorcjum R. w zakresie złożonej oferty i
4. nieprawidłowego oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego co powoduje tolerowanie przez zamawiającego rażąco niskiej ceny Konsorcjum R..

Praktycznie rzecz biorąc różnice co do zgłoszonych zarzutów w poszczególnych częściach nie istnieją ale wynikają z okoliczności, że zamawiający tylko w części II i części III wezwał do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcę wybranego (Konsorcjum R.) i na wniosek Konsorcjum utajnił udzielone jemu wyjaśnienia. Natomiast w części pierwszej zamówienia zamawiający nie pytał wykonawcę wybranego o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ale odwołujący oparł zarzut o zaniżony szacunek wartości zamówienia i z niego wywiódł pośrednio również zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego (Konsorcjum).

Jak już wyżej zaznaczono zarzuty co do drugiej i trzeciej części zamówienia są zbieżne z pierwszą częścią oraz rozbudowane o zarzut nieprawidłowej oceny wyjaśnień w zakresie

rażąco niskiej ceny i o utajnienie tych wyjaśnień na wniosek Konsorcjum R..

Sygn. akt KIO 1177/17

W części wstępnej uzasadnienia Izba przytoczyła argumentację formalną i prawną odwołania oraz udzielonej odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego.
Izba rozpatrując powyższe zarzuty oraz uwzględniając powyżej przywołaną argumentację odwołania i odpowiedzi na odwołanie a także wyjaśnienia stron na rozprawie jak i przeprowadzone dowody w sprawie oraz uwzględniając odwołanie stwierdza naruszenie przepisu art.89 ust.1 pkt 7 b PZP to jest zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy a zamawiający na poszczególne części postępowania żądał wniesienia wadium, co miało wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust.2 PZP. W związku z powyższym Izba oceniając argumentację formalną i prawną odwołania uznała ją za prawidłową w związku z udzieloną gwarancją wadialną tylko dla jednego członka Konsorcjum, bez jakiegokolwiek w niej wskazania działania przez R. sp. z o.o. w W. oddział w C. za Konsorcjum. Tak więc Izba uznała w tym zakresie argumentację zawartą w odwołaniu za pełną, wyczerpującą i zasadną w zakresie przedstawienia nieprawidłowej gwarancji wadialnej przedstawionej przez wykonawcę wybranego zwanego również Konsorcjum R. czy też Konsorcjum. W związku z powyższym na podstawie stwierdzonego naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt 7b PZP Izba nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowny wybór po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego to jest Konsorcjum R..

W pozostałym zakresie Izba nie uznała za prawidłową argumentację odwołującego na poparcie podniesionych zarzutów odwołania przyznając za prawidłową argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie udzielonej przez zamawiającego, który wniósł o oddalenie odwołania w całości. W związku z powyższym pozostałe zarzuty odwołania nie zostały wykazane przez odwołującego czy to w odwołaniu, czy to na rozprawie również w zakresie przywołanych dowodów.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19.545 zł 87 gr jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz

---

Sygn. akt KIO 1177/17

wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00zł według załączonej faktury VAT oraz w tejże fakturze kosztów dojazdu na kwotę 945,87 złotych.

Przewodniczący: …….

Członkowie: ……

……..