

WYROK
z dnia 10 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Rudziniec, ul. Gliwicka 26, 44-160 Rudziniec,**

przy udziale wykonawcy **ASA Eko Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ASA Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu oraz nakazuje ponowną ocenę oferty tego wykonawcy w zakresie spełniania warunku określonego w pkt 8.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą – Prawo zamówień publicznych, w tym jej art. 26 ust.4 i ewentualnie art. 26 ust.3;
2. w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie nie podlega uwzględnieniu;
3. kosztami postępowania obciąża **Gminę Rudziniec, ul. Gliwicka 26, 44-160 Rudziniec** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Gminy Rudziniec, ul. Gliwicka 26, 44-160 Rudziniec** na rzecz wykonawcy **Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Rudziniec oraz opróżnianie koszy ulicznych z terenu Gminy Rudziniec” prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Gminę Rudziniec. Wykonawca - Remondis Gliwice sp. z o.o. [Odwołujący] wniósł w tym postępowaniu odwołanie od niezgodnej – jego zdaniem - z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na: naruszeniu:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na nieprawidłową ocenę wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty A.S.A. Eko Polska sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu („A.S.A. Eko Polska”), albowiem oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do

przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia nie spełniają wymagań z art. 90 ust. 1 - 3 Pzp, ewentualnie, że te wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niski;

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty A.S.A. Eko Polska, albowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
3. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uzkn z uwagi na zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień złożonych przez A.S.A. Eko Polska (wyjaśnienia z dnia 19 listopada 2015 r. w zakresie rażąco niskiej ceny), albowiem zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;
4. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania A.S.A. Eko Polska do udzielenia wyjaśnień (lub ewentualnego uzupełnienia dokumentów), potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem z dokumentów załączonych do oferty A.S.A. Eko Polska nie wynika, czy wykonawca ten spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia;
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

3

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert; (3) ujawnienia całości złożonych przez A.S.A. Eko Polska wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; (4) odrzucenia oferty A.S.A. Eko Polska; (5) w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty A.S.A. Eko Polska - wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień lub ewentualnie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w przypadku braku wyjaśnień lub braku uzupełnienia dokumentów - wykluczenia A.S.A. Eko Polska z postępowania; oraz (6) dokonania wyboru oferty Remondis, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i został sklasyfikowany na pozycji drugiej w rankingu ofert podlegających ocenie punktowej. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty A.S.A. Eko Polska, uniemożliwia Odwołującemu wybór jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej, a tym samym, naraża go na poniesienie szkody polegającej na nie uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Również zaniechanie ujawnienia całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez A.S.A. Eko Polska, uniemożliwia Odwołującemu pełną weryfikację poprawności działania Zamawiającego i ewentualnego skorzystania w tym zakresie z przysługujących mu środków ochrony prawnej. W uzasadnieniu zarzutów podał, co następuje:

I. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji.

1. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, iż „Dla ustalenia faktu wystąpienia ceny rażąco niskiej konieczne jest zdefiniowanie tego typu pojęcia. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisów odnoszących tego typu cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną

rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.” (sygn. akt: KIO 1562/11).

2. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców: Odwołujący, A.S.A. Eko Polska oraz Tonsmeier Południe sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, dalej „Tonsmeier”. Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że na realizację przedmiotu zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1 193 273 zł brutto. Cena oferty złożonej przez A.S.A. Eko Polska w sposób drastyczny odbiega od ww. kwoty (stanowi zaledwie ok. 58% jej wartości), jak również od średniej cen złożonych ofert - jak wskazał Zamawiający w wezwaniu - o ok. 30%. Powyższe okoliczności zaktualizowały obowiązek wezwania A.S.A. Eko Polska do udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
3. A.S.A. Eko Polska wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny w przedmiotowym postępowaniu w dniu 16 listopada 2015 r. zobowiązany był do udowodnienia, że zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, że zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zaniżenie ceny oferty. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. W treści wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z dnia 16 listopada 2015 r., Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
4. Obowiązkiem Zamawiającego była prawidłowa ocena wyjaśnień, z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. w sprawie o sygn. akt: KIO 2185/14. Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny bardziej zbliżone do poziomu rynkowego. Niewystarczające przy tym jest jedynie ogólne stwierdzenie, że dany czynnik obniża koszty, ale konieczne jest, co najmniej, wskazanie, w jakim stopniu lub o jaką wartość zostają zmniejszone obiektywne koszty

wykonawcy, i jakie przełożenie znajduje to na zaoferowaną w postępowaniu cenę. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych rozpatrujących skargi na wyroki KIO (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Ponadto, wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

5. Zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał skuteczność zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa całości złożonych przez A.S.A. Eko Polska wyjaśnień, tj. dowodów do nich załączonych, bowiem nie jest możliwe, aby całość zastrzeżonych dokumentów zawierała w swojej treści tylko i wyłącznie informacje kluczowe dla przedsiębiorstwa tego wykonawcy, które spełniałyby wszystkie przesłanki wymagane dla skutecznego wyłączenia zasady jawności postępowania. Dlatego, Odwołujący nie ma możliwości odniesienia się bezpośrednio do ich treści.
6. Z treści wyjaśnień, które zostały udostępnione Odwołującemu wynika, że A.S.A. Eko Polska

nie sprostął ciężarowi wykazania, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest ceną realną, bowiem wyjaśnienia nie zawierają obiektywnych i właściwych tylko temu wykonawcy czynników, które pozwoliłyby na tak drastyczne obniżenie ceny (około połowy kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia). W tym stanie rzeczy, powoływane przez A.S.A. Eko Polska w wyjaśnieniach czynniki powinny obiektywnie wyróżniać wykonawcę na tle pozostałych oferentów i być na tyle istotne, aby umożliwić zaoferowanie ceny tak znacznie odbiegającej od rynkowego poziomu ceny za realizację zamówienia. Tymczasem, wyjaśnienia A.S.A. Eko Polska są lakoniczne, ogólnikowe, jak również - co wynika z ich treści - niekompletne bowiem wykonawca ten wprost przyznał, że oprócz „czynników” wskazanych w treści wyjaśnień należy również wziąć pod uwagę „inne obiektywne, a niewyszczególnione czynniki. Zamawiający nie ma obowiązku domyślać się, jakie czynniki oprócz wymienionych w odpowiedzi na wezwanie wykonawca mógł potencjalnie wziąć przy kalkulacji ceny oferty. Wskazywanie, że przy ocenie wyjaśnień należy wziąć pod uwagę inne okoliczności niż wskazane przez samego wykonawcę nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w treści art. 90 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym to na wykonawcy składającym wyjaśnienia spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

6

-
7. Odnosząc się bezpośrednio do treści wyjaśnień, Remondis wskazuje poniższą argumentacją przemawiającą za tym, że wyjaśnienia A.S.A. Eko Polska nie mogą być uznane za wystarczające.
- a. W treści wyjaśnień A.S.A. Eko Polska wskazała, że główną część realizacji przedmiotu zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy - podmiotowi rynku lokalnego, nieposiadającego rozbudowanej struktury organizacyjnej, co w ocenie A.S.A. Eko Polska pozwoliło na znaczne obniżenie ceny oferty i osiągnięcie zysku. Na dowód powyższego, wykonawca ten przedstawił ofertę handlową podwykonawcy, która została zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przedstawienie jedynie oferty, jaka została złożona przez podwykonawcę jest niewystarczające, bowiem w takim przypadku, A.S.A. Eko Polska powinna przedstawić kalkulację kosztów dla wykonawcy. Abstrahując od powyższego, posiadanie podwykonawcy, nawet jeśli jest to niewielka firma lokalna, nie może stanowić czynnika obniżającego koszty. Realizacja zamówienia za pomocą podwykonawcy generuje wyższe koszty, niż w przypadku, gdy A.S.A. Eko Polska wykonywałby przedmiot zamówienia samodzielnie. Podwykonawca w wynagrodzenie wlicza nie tylko koszty, jakie poniesie w związku z realizacją zamówienia, ale również dolicza jego marżę. W konsekwencji, czynnik mający obniżyć cenę oferty A.S.A. Eko Polska jest czynnikiem, który de facto przysporzy dodatkowych kosztów temu wykonawcy oraz zwiększy koszty realizacji usługi.
- b. Jako czynnik racjonalizujący cenę oferty wykonawca A.S.A. Eko Polska wskazał „prowadzenie własnej (tj. przez spółkę z grupy kapitałowej)” instalacji mającej status RIPOK dla Rejonu województwa śląskiego. Instalację RIPOK, na którą powołuje się A.S.A. Eko Polska prowadzi Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze. Fakt, że te podmioty są powiązane kapitałowo nie oznacza w żaden sposób, że ceny, po jakich przyjmowane są od A.S.A. Eko Polska odpady są niższe niż ceny rynkowe dla innych podmiotów niepowiązanych kapitałowo, a na pewno nie oznacza, jak pisze ten wykonawca w wyjaśnieniach, że rzeczona instalacja stanowi jego własność. Spółki należące do tej samej grupy kapitałowej są oddzielnymi podmiotami, mają obowiązek rozliczania wzajemnie świadczonych usług, jak również konkurują ze sobą na rynku właściwym. Cena za odbiór odpadów z Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. wynosi 268, 00 zł/Mg netto. Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego jest to cena bardzo atrakcyjna, i którą można uzyskać dopiero po wynegocjowaniu specjalnych warunków. Zakładając tę korzystną cenę należy stwierdzić, że przy wskazanej przez Zamawiającego ilości odpadów oferta złożona przez A.S.A. Eko Polska przekracza już z tytułu kosztów zagospodarowania odpadów kwotę zaoferowaną. Niezależnie od powyższego, A.S.A. Eko Polska poza ogólnym powołaniem się na „prowadzenie” instalacji

7

RIPOK nie przedstawiła, w jaki sposób czynnik ten wpływa na cenę oferty. Twierdzenia tego wykonawcy w przedmiotowym zakresie należy uznać za gołosłowne.

- c. Druga z instalacji wskazanych przez A.S.A. Eko Polska (podana w ofercie) położona w Dąbrowie Górniczej znajduje się w odległości ponad 70 km od Gminy Rudziniec. Podmiot prowadzący wskazaną instalację przyjmuje odpady po cenie zbliżonej do instalacji Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., tj. 260,00 zł/Mg netto. Zważywszy jednak, że w rejonie II województwa śląskiego działają również inne instalacje RIPOK (np. MZIO Sosnowiec) wskazanie instalacji zastępczej nie powinno być brane przez A.S.A. Eko Polska pod uwagę podczas kalkulacji ceny.
- d. Argument przyjęty w wyjaśnieniach A.S.A. Eko Polska, że posiadane przez tego wykonawcę instalacje są dobrze skomunikowane z autostradą A4 jest całkowicie chybiony. Pozostałe RIPOK i, takie jak Sosnowiec, czy Dąbrowa Górnicza, nie posiadają bezpośredniego połączenia z autostradą A4. Również brak jest bezpośredniego połączenia autostrady A4 z RIPOK w Zabrze. Powołany przez tego wykonawcę czynnik, mający obniżyć koszty ma charakter odwrotny, tj. zwiększa koszty realizacji usług, bowiem droga przejazdu autostradą A4 jest znacznie dłuższa, niż w przypadku wyboru dróg alternatywnych. Ponadto, gdyby wziąć pod uwagę fakt przejazdu autostradą A4, to okoliczność ta generuje dodatkowe koszty w postaci opłaty autostradowej oraz systemu viaTOLL.
- e. A.S.A. Eko Polska wskazał, że niezasadne jest porównywanie ceny przez nią zaoferowanej z ceną zaproponowaną przez Remondis, gdyż Odwołujący zadeklarował dwa razy częstszy odbiór odpadów od mieszkańców nieruchomości z terenu Gminy Rudziniec. Należy jednak wskazać, że argument wysuwany w tym zakresie przez A.S.A. Eko Polska jest nietrafny bowiem, fakt odbioru odpadów z częstotliwością, co 2 tygodnie wskazany w ofercie Odwołującego nie ma wpływu na ilość odebranych odpadów. W przedmiotowym postępowaniu to ilość odebranych odpadów ma zasadnicze znaczenie dla wysokości ceny oferty. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że ilość odpadów z terenu Gminy Rudziniec wynosi ok. 3.000 Mg i ta ilość - niezależnie od częstotliwości ich odbioru - nie ulegnie zmianie podczas wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- f. A.S.A. Eko Polska wskazał również, że „dokonując kalkulacji ceny ofertowej opieramy się na stosowanych metodach wykonania zamówienia polegających na selektywnej zbiórce odpadów oraz odzysku materiałów wtórnych, stosowanych rozwiązaniach technicznych i logistycznych możliwościach. Wymienione przez A.S.A. Eko Polska okoliczności nie mogą być uznane za czynniki nadzwyczajne i dające przewagę konkurencyjną temu wykonawcy nad innymi podmiotami występującymi na rynku. Abstrahując od tego, że są to stwierdzenia bardzo ogólne i nieposiadające wartości merytorycznej, wskazać trzeba, iż każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego „opiera się na metodach wykonania zamówienia polegających na selektywnej zbiórce

odpadów” (m.in. tego dotyczy przedmiot zamówienia), czy też stosuje określone rozwiązania techniczne i logistyczne. Odnosząc się do twierdzeń A.S.A. Eko Polska dotyczących potencjalnego zysku ze sprzedaży surowców wtórnych, Odwołujący stwierdza, że przychód z tego tytułu nie pokrywa nawet kosztów odbioru surowców przy średnich cenach rynkowych: opakowania z tworzyw sztucznych - 55,00 Mg x 650,00 zł netto = 35 000,00; opakowania z papieru i tektury - 46,00 Mg x 350,00 zł netto = 16 366,00 zł; szkło - 134,00 Mg x 77,00 zł netto = 10 318,00. Wskazane ceny są cenami rynkowymi i wynikają z ofert, jakie średnio może uzyskać wykonawca. Jeśli A.S.A. Eko Polska posiada oferty w tym zakresie bardziej korzystne, powinna to wykazać Zamawiającemu w wyjaśnieniach ceny. Zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 7 OPZ) Zamawiający do selektywnej zbiórki odpadów wymaga, aby wykonawca wykazał, iż dysponuje lub będzie dysponował: „d) samochód przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych - 2 szt.” oraz „e) samochód bez funkcji kompaktującej do odbioru selektywnie zebranych odpadów w workach - 2 szt.”. Ponadto „2. Pojazdy powinny być w pełni sprawne, posiadać aktualne badania techniczne, być dopuszczone do ruchu oraz oznakowane widoczną nazwą przedsiębiorcy i numerem jego telefonu. Zamawiający wymaga, aby każdy pojazd do odbierania odpadów posiadał system pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów, umożliwiający weryfikację danych zarówno przez Wykonawcę jak i przez Zamawiającego.” Biorąc pod uwagę, że wszystkie rodzaje surowców wtórnych odbierane są w systemie

workowym, do realizacji usług potrzebnych jest minimum dwóch kierowców oraz dwóch pomocników. Do samochodu bez funkcji kompaktującej również potrzebnych jest minimum dwóch kierowców oraz dwóch pomocników, co oznacza, że wpływy ze sprzedaży surowców wtórnych - wbrew twierdzeniom A.S.A. Eko Polska - nie zrekompensują samych kosztów osobowych obsługi tego zadania.

- g. Odwołujący nie zgadza się, że doświadczenie wykonawcy może mieć wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty w przypadku A.S.A. Eko Polska. Doświadczenie w realizacji podobnych w stosunku do przedmiotu zamówienia usług nie stanowi okoliczności, która wyróżniałaby tego wykonawcę na tle pozostałych podmiotów biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. W szczególności, nie sposób twierdzić, że doświadczenie tego wykonawcy wyróżnia go na tyle, aby być czynnikiem umożliwiającym mu obniżenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia chociażby w stosunku do Odwołującego, który ma największe rozeznanie co do kosztów, które należy ponieść w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, zdobyte jako podmiot, który obecnie świadczy usługi odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy Rudziniec.

9

-
8. Cena zaoferowana przez A.S.A. Eko Polska w niniejszym postępowaniu wskazuje na to, iż ma ona charakter rażąco niski. Zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie umożliwia pokrycia wszystkich kosztów świadczonej usługi, co świadczy zarówno o rażąco niskim charakterze ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również o niedopuszczalnym oferowaniu usług poniżej kosztów ich świadczenia.
9. Cena zaoferowana przez A.S.A. Eko Polska, wskazuje, że wykonawca ten nie uwzględnił wszystkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania usług zgodnie z wymaganiami SIWZ. W szczególności wskazujemy, iż rażąco niska cena zaoferowana przez A.S.A. Eko Polska może wynikać z zaniżenia kosztów: a. wynagrodzeń dla pracowników, bądź też przyjęcia do kalkulacji ceny zbyt małej liczby osób niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia; b. paliwa; c. amortyzacji pojazdów i sprzętu; d. napraw pojazdów i sprzętu; e. nie uwzględnienia w cenie kosztów pośrednich.
10. Konieczność poniesienia ww. kosztów wynika wprost z przedmiotu zamówienia, zatem nieuwzględnienie lub nienależyte uwzględnienie przez A.S.A. Eko Polska wskazanych elementów kosztowych uniemożliwia uznanie wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę za odpowiadające wymogom przepisu art. 90 Pzp i wykazujące rzetelność zaoferowanej ceny.
11. Złożenie przez A.S.A. Eko Polska oferty zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia (również w przypadku cen jednostkowych za świadczenie poszczególnych usług w ramach zamówienia), stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- a. Przedstawione stanowisko Odwołującego potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w której to opinii UOKiK napisał m. In., że „Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. ”

10

-
- b. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w

postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07: „Niewątpliwie w procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców, jednocześnie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej.”

II. W zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

1. Zamawiający w sposób nieuprawniony odmówił Odwołującemu ujawnienia części złożonych przez A.S.A. Eko Polska wyjaśnień z dnia 19 listopada 2015 r. (dotyczących rażąco niskiej ceny) - w szczególności w zakresie oferty podwykonawcy oraz - jeśli została złożona - kalkulacji ceny.
2. Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, że dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.
3. W myśl art. 11 ust. 4 znk 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
4. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie

11

przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest wystarczające przy tym jedynie twierdzenie wykonawcy, iż dana informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę. Za reprezentatywny w powyższym zakresie należy uznać wyrok o sygn. akt: KIO 297/13, KIO 300/13: „W ocenie Izby, tak wyartykułowane uzasadnienie utajnienia informacji, a przede wszystkim zawartość informacyjna pisma z dnia 21 stycznia 2013 r. nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby

zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanymi im informacji.

5. Nie jest dopuszczalne całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem Wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ujawnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp.
6. W odniesieniu do zastrzeżenia przez A.S.A. Eko Polska dołączonej do wyjaśnień oferty handlowej, odwołujący wskazuje, że zastrzeżenie tego rodzaju informacji nie może być skuteczne jedynie w oparciu o deklarację wykonawcy, ale wymaga uzasadnienia i

12

udowodnienia, iż zostały spełnione wszystkie przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa - tak stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. KIO 1535/14. Biorąc pod uwagę fakt, że oferta handlowa stanowi dokument podmiotu trzeciego należy zbadać czy wolą podmiotu trzeciego jest zachowanie jego w poufności. Na powyższe zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt: KIO 1185/15, KIO 1189/15, KIO 1191/15, KIO 1199/15, KIO 1208/15, KIO 1209/15, KIO 1211/15, w którym stwierdzono: " Ponadto, wraz z wyjaśnieniami wykonawca przedłożył oferty handlowe uzyskane od podmiotów trzecich. Podmioty te nie zastrzegły (za wyjątkiem oferty na str. 152 wyjaśnień) w żaden sposób przekazanych wykonawcy informacji co do oferowanych cen za wykonanie określonych elementów zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w ofertach handlowych potencjalnych dostawców lub podwykonawców są właśnie te podmioty trzecie, nie zaś wykonawca B. Skoro podmiot trzeci składa ofertę handlową i ma wolę nieujawnienia informacji w niej zawartych do wiadomości publicznej, to winien to odzwierciedlić w treści dokumentu tak, aby inne podmioty z wolą tą mogły się zapoznać (...) Gołosłowne i niczym niepoparte twierdzenia wykonawcy nie są, w ocenie Izby, wiarygodnym narzędziem do wykazania spełnienia warunków koniecznych do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa".

7. Na ochronę nie zasługują te informacje, które są publicznie dostępne lub powszechnie znane, jak również - nie stanowią o przewadze konkurencyjnej A.S.A. Eko Polska ani nie przedstawiają wartości gospodarczej. Nie jest zatem zasadne podtrzymywanie utajnienia wskazanych w ewentualnej kalkulacji opisów pozycji kosztowych wynikających wprost z opisu przedmiotu zamówienia lub oczywistych dla każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu (np. zysk, koszty pracy itp.).
8. Nie jest zasadne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa ogólnie całości dokumentu, jedynie ze względu na fakt, iż niektóre zawarte w nim informacje mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa - wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie konieczne jest w odniesieniu do każdej z pojedynczych informacji zawartych w przedmiotowym dokumencie.

III. Zarzut dotyczący niewykazania przez A.S.A. Eko Polska warunku udziału – pkt 8.2. siwz.

1. A.S.A. Eko Polska nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w związku z czym, wykonawca ten powinien zostać wezwany do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia stosownych dokumentów zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.
2. Zgodnie z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt 8.2 SIWZ) „0 zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których wiedza i doświadczenia pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, to znaczy którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli

13

okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują usługę polegającą na odbiorze odpadów komunalnych o wartości wykonanych usług nie mniejszej niż 1 000 000 zł brutto". Treść przytoczonego powyżej warunku jest jasna i nie powinna budzić wątpliwości interpretacyjnych - Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał

posiadanie doświadczenia w odbiorze odpadów.

3. W wykazie usług stanowiącym załącznik do oferty, A.S.A. Eko Polska wskazał na usługę polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Bochnia na kwotę ponad 1 000 000 zł. Również w treści poświadczenia należytego wykonania usługi wskazanej w wykazie, wystawca dokumentu poświadczył, że prace wykonane przez A.S.A. Eko Polska obejmowały odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.
4. Jednoznaczne brzmienie pkt 8.2 siwz, wskazuje, że usługa przedstawiona w wykazie przez A.S.A. Eko Polska nie odpowiada treści warunku, albowiem Zamawiający żądał, aby wykonawca wykazał się usługą polegającą na odbiorze odpadów komunalnych o wartości powyżej 1 000 000 zł brutto, podczas, gdy wykonawca w wykazie usług wskazała usługę polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów na kwotę powyżej 1 000 000 zł brutto.
5. Zamawiający pozostaje związany sformułowanym przez siebie opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w takim samym stopniu, co wykonawcy. Wszelkie wątpliwości dotyczące spełniania przez wykonawcę wskazanych w SIWZ warunków powinny być wyjaśnione w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W tym stanie rzeczy, konieczne i zasadne jest wezwanie A.S.A. Eko Polska do udzielenia wyjaśnień czy część usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych była wyższa niż 1 000 000 zł brutto (a w przypadku braku potwierdzenia ww. okoliczności - wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności, co następuje:

- I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na rażąco niską cenę f czyn nieuczciwej konkurencji jest niezasadny, albowiem Zamawiający wszczął procedurę wyjaśniania rażąco niskiej ceny zarówno w stosunku do oferty Przystępującego, jak i Odwołującego wzywając, pismami z dnia 16.11. 2015 r.- do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny Przystępujący A.S.A. Eko Polska złożył wyjaśnienia wskazując na następujące okoliczności: ofertę podwykonawcy obejmującą główną część realizacji przedmiotu zamówienia, prowadzenie instalacji mającej status RIPOK dla Regionu II województwa śląskiego przez spółkę należącą do grupy kapitałowej, dysponowanie własną

14

stacją segregacji odpadów, korzystne skomunikowanie Gminy z instalacjami

w które należy właścicieli Przystępującego, posiadanie

pojemników, wyposażyć

nieruchomości na terenie gminy Rudziniec, pochodzących z zakończonych w ostatnim czasie przez przystępującego kontraktów. Przystępujący wskazał również, na fakt, że zaoferował dwa razy „rzadszą”, częstotliwość Odbioru odpadów w stosunku do pozostałych wykonawców, co wiąże się ze zmniejszeniem kosztów odbioru i transportu odpadów oraz zmniejszeniem ilości worków na odpady zielone i „biodegradowalne”. Komisja przetargowa dokonała analizy przedstawionych wyjaśnień, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności związane z realizacją, zamówienia oraz dokonała szczegółowej analizy kosztów na podstawie wyjaśnień zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Analiza ta stanowi załącznik do protokołu prac komisji z dnia 20.11.2015 r. Dokonana analiza wyjaśnień nie potwierdziła zarzutu rażąco niskiej ceny jak również czynu nieuczciwej konkurencji.

- II. Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień Przystępującego także nie jest zasadny, albowiem w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca, jako dowód przedłożył ofertę Cenową podwykonawcy dotyczącą realizacji usług będących przedmiotem. zamówienia, Wraz z wyjaśnieniami Przystępujący wskazał, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa [wartość gospodarczą], nie były wcześniej podawane do publicznej wiadomości oraz że wykonawca podjął wszelkie niezbędne' działania, w celu zachowania ich w poufności. Jego zdaniem informacje o kontrahentach Przystępującego, oferowanych przez nich cenach oraz warunkach, współpracy mają wartość gospodarczą. Ich ujawnienie zaś mogłoby narazić wykonawcę na szkodę. Ze względu na zakres informacji zawartych w zastrzeżonym załączniku do wyjaśnień Zamawiający nie znalazł podstaw do odtajnienia całości, a nawet części oferty cenowej podwykonawcy. Wskazał, że Odwołujący także zastrzegł całość wyjaśnień powołując się na analogiczne okoliczności, co Przystępujący.
- III. Odnoszącą się do zarzutu nie wykazania spełnienia przez Przystępującego warunku udziału

w postępowaniu z pkt 8.2 specyfikacji stwierdził, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie, w tym Odwołujący wykazali doświadczenie obejmujące zarówno odbiór jak i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Żaden wykonawca nie odniósł się w celu potwierdzenia warunku do wykazania tylko kwoty za odbiór odpadów komunalnych - żaden nie zażądał wyjaśnień w tym zakresie przed otwarciem ofert. W związku z powyższym, warunek zastał zinterpretowany przez wykonawców jako obejmujący odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgodnie z przedmiotem zamówienia. Celem opisanego sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu jest zagwarantowanie, aby zamówienie było realizowane przez wykonawcę zdolnego: do realizacji zamówienia, w tym posiadającego odpowiednie doświadczenie. Wykonawcy, w tym Przystępujący wykazali usługi, polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów. Żaden wykonawca nie wyodrębnił w ramach przedstawionych wykazów wyłączenie usług związanych z odbiorem,

15

co świadczy o tym, że opisany przez Zamawiającego sposób spełniania warunku udziału w postępowaniu zgodnie z przedłożonymi wykazami rozumiany był, jako wykazanie się usługami obejmującymi odbiór, jak również inne związane z tą czynnością, w tym zagospodarowanie odpadów.

Reasumując, Zamawiający podtrzymał decyzję, o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej uznając, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, a Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podtrzymał również decyzję o nieodtajnieniu części, wyjaśnień złożonych przez przystępującego w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca A.S.A. Eko Polska sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze wnosząc także o oddalenie odwołania, zaprzeczając zarzutom odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp i tym samym w tym zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy z uwagi na zaniechanie wezwania A.S.A. Eko Polska do udzielenia wyjaśnień (lub ewentualnego uzupełnienia dokumentów), potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem z dokumentów załączonych do oferty A.S.A. Eko Polska nie wynika, czy wykonawca spełnia ten warunek. Stosownie do wskazanego punktu 8.2. specyfikacji: „O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których wiedza i doświadczenia pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, to znaczy którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują usługę, polegającą na odbiorze odpadów komunalnych o wartości wykonanych usług nie mniejszej niż 1.000.000 zł brutto”. Zgodnie zatem z tym warunkiem Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał posiadanie doświadczenia w odbiorze odpadów, wskazując na minimalną wartość dla tej usługi. W tym miejscu Izba wskazuje na ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i chociażby jej art. 6d ust.1, w którym ustawodawca niezależnie od usługi odbioru i zagospodarowania odpadów jednoznacznie wyodrębnił możliwość zlecenia także usługi

16

odbioru odpadów. Niewątpliwie przepisy wskazanej ustawy, z uwagi na przedmiot zamówienia, a mianowicie odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy, stanowią uzasadnioną wskazówkę dla interpretacji wymagania z pkt 8.2. specyfikacji. Wykonawca A.S.A. Eko Polska w Wykazie wykonanych usług bezspornie wskazał na usługę polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Bochnia na kwotę łączną ponad 1 mln zł. Również w treści dokumentu referencyjnego należytego wykonania tej usługi wystawca dokumentu poświadczyl, że prace wykonane przez A.S.A. Eko Polska obejmowały odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, o wartości przekraczającej

siedmiocyfrową wartość także w odniesieniu do usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Wobec brzmienia warunku pkt 8.2 specyfikacji nie jest możliwe przyjęcie argumentacji Zamawiającego, że dla jego oceny wiążąca jest interpretacja wykonawców, jako obejmująca odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgodnie z przedmiotem zamówienia, przejawiająca się w zamieszczeniu w Wykazie wykonanych usług - usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, oraz podanie jednej wartości bez wyodrębnienia kwoty wynagrodzenia za usługę odbioru odpadów. W stanie faktycznym sprawy, podnoszenie na tym etapie celu opisanego warunku, wobec jego literalnego brzmienia, powodowałoby w konsekwencji zmianę wymagania. Taka zmiana nie jest możliwa, albowiem Zamawiający pozostaje związany – tak jak podniósł Odwołujący - sformułowanym przez siebie opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w takim samym stopniu, co wykonawcy. Wszelkie wątpliwości dotyczące oceny spełniania wskazanych w specyfikacji warunków mogły być wyjaśnione przed upływem terminu składania ofert. Izba stwierdza także, że w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wykonawca A.S.A. Eko Polska nie udowodnił, że wskazana w Wykazie kwota 1.940.112 zł zawiera w sobie część usługi, polegającej na odbiorze odpadów komunalnych na kwotę nie mniejszą niż 1 mln zł brutto. Przedłożona dodatkowo przez Zamawiającego informacja o usłudze świadczonej przez A.S.A. Eko Polska, którą uzyskał od wykonawcy bez jego wezwania, nie mogła być przedmiotem oceny Izby, albowiem zawarte w tym dokumencie dane i wartości [kwota 3.911.033,92] nie wyodrębniły wymaganej kwoty wynagrodzenia za odbiór odpadów. Izba nie była uprawniona do hipotetycznych rozstrzygnięć procentowego udziału w kwocie wynagrodzenia za usługę odbioru i usługę zagospodarowania, albowiem w samych twierdzeniach Przystępującego, brak było konsekwencji w procentowym podziale kosztów. I tak, wykonawca z jednej strony w toku rozprawy marginalizował koszty za zagospodarowanie odpadów, ale z drugiej, w ofercie kosztom tym dał prymat, rzędu 60 %, w stosunku do kosztów odbioru odpadów. Reasumując Izba stwierdza, że w tym stanie rzeczy, zasadne było unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy A.S.A. Eko Polska oraz nakazanie Zamawiającemu przez Izbę ponownego badania oferty tego

17

wykonawcy w zakresie spełniania warunku z punktu 8.2 specyfikacji z zastosowaniem wezwania - odpowiednio procedury z art. 26 ust. 4 Pzp i ewentualnie z art. 26 ust.3 i 4 Pzp – wykonawcy A.S.A. Eko Polska do udzielenia wyjaśnień, czy część usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych, w pierwszej kolejności tej wskazanej w ofercie, była nie mniejsza niż 1 mln zł brutto, a w przypadku braku potwierdzenia tej okoliczności – wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu z obowiązkiem analizy dokumentu jak wskazano powyżej.

Pozostałe zarzuty Izba uznała za niezasadne.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że zarzut ten nie jest zasadny. Wykonawca A.S.A. Eko Polska, w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako dowód przedłożył ofertę podwykonawcy dotyczącą realizacji usług będących przedmiotem, który to załącznik, odnoszący się do kosztów trzech istotnych pozycji w zakresie odbioru odpadów i warunków ich realizacji zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Część opisowa wyjaśnień nie podlegała takiemu zastrzeżeniu. W tym zastrzeżeniu wskazał, że informacje zastrzeżone, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa [wartość gospodarczą], nie były wcześniej podane do publicznej wiadomości oraz, że wykonawca podjął wszelkie niezbędne działania, w celu zachowania ich w poufności. Zdaniem Izby, oferowane przez podwykonawcę ceny oraz warunki współpracy, mają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Ich ujawnienie – w takim zakresie - mogłoby narazić wykonawcę na szkodę. Oczywiście nazwa firmy podwykonawcy nie może korzystać, z takiego zastrzeżenia, tym bardziej, że, jak wskazał A.S.A. Eko Polska jest to firma współpracująca z nim jako podwykonawca [niezastrzeżony] na innym kontrakcie, co z kolei wiąże się z przyjętą korzystniejszą kalkulacją oferowanej ceny w tym postępowaniu. Izba dodatkowo stwierdza, że nazwa tej firmy została ujawniona w toku rozprawy. Ponadto w toku rozprawy wykonawca A.S.A. Eko Polska przedstawił umowę współpracy z podwykonawcą z datą jej zawarcia przed upływem terminu składania ofert, w której zamieszczono klauzulę o zachowaniu w poufności danych przekazywanych w ramach tej współpracy przez obie firmy.

Izba na marginesie zwraca uwagę, że wbrew twierdzeniom odwołania, m.in. braku zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ogólnie całości dokumentu, Odwołujący składając wyjaśnienia zastrzegł w całości dokument obejmujący żądane – również w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp - wyjaśnienia.

Także za niezasadny, Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15

18

ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Mając na uwadze okoliczności faktyczne sprawy – Izba stwierdziła, że udzielone przez wykonawcę A.S.A. Eko Polska pozwały zamawiającemu na ustalenie, że oferta tego wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym przypadku Izba miała na uwadze nie tylko treść złożonych wyjaśnień, w tym oferty cenowej podwykonawcy, ale także podstawy szacowania wartości zamówienia przyjęte przez Zamawiającego, który to dokument datowany na 10.09.2015 r. stanowił załącznik do Protokołu postępowania. Izba miała także na uwadze analizę cen z ofert wykonawców A.S.A. Eko Polska oraz Remondis Gliwice dokonaną przez Komisję przetargową na bazie wyjaśnień tych wykonawców oraz treści ich ofert, w tym danych o Ripokach podanych w ofercie przez A.S.A. Eko Polska. Ta analiza stanowiła załącznik do Protokołu z dnia 20.11.2015 r., a którego jawność, z uwagi na zastrzeżenia poczynione w składanych wyjaśnieniach zarówno przez wykonawcę A.S.A. Eko Polska, jak i Remondis Gliwice, została wyłączona. Z ustaleń w sprawie wynika, że wykonawca A.S.A. Eko Polska złożył wyjaśnienia w przedmiocie kalkulacji ceny, wskazując na - istotne dla rozstrzygnięcia tej sprawy - następujące okoliczności: ofertę podwykonawcy obejmującą główną część realizacji przedmiotu zamówienia, prowadzenie instalacji mającej status RIPOK dla Regionu II województwa śląskiego przez spółkę należącą do grupy kapitałowej, dysponowanie stacją segregacji odpadów, korzystne skomunikowanie Gminy z instalacjami spółek [RIPOK], należących do grupy kapitałowej, co wykonawca, a także posiadanie pojemników, w które należy wyposażyć właścicieli nieruchomości na terenie gminy Rudziniec, pochodzących z zakończonych w ostatnim czasie przez wykonawcę kontraktów. Wskazał również, na fakt, że zaoferował odbiór odpadów z częstotliwością jeden raz na cztery tygodnie, a nie tak jak Odwołujący - jeden raz na dwa tygodnie, co wiąże się ze zmniejszeniem kosztów odbioru i transportu odpadów oraz innych kosztów m.in. za worki na odpady segregowane. Powyższe okoliczności i ich analiza przez Komisję przetargową, przedstawiona w załączniku do Protokołu nie potwierdziły zarzutu rażąco niskiej ceny, jak również zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby, częstotliwość odbioru odpadów z deklarowaną dla tej usługi pojemnością samochodu, niewymagającą dwukrotnych kursów miała niewątpliwie istotny wpływ na koszty odbioru. Taki wpływ miała także organizacja związana z odbiorem odpadów z udziałem podwykonawcy, świadczącego usługi na innym kontrakcie A.S.A. Eko Polska na terenie miasta Zabrze i przekazywaniem ich do Ripok – u z możliwością dalszego ich odzysku. Te okoliczności nie potwierdziły również argumentacji, co do sprzedaży usługi, będącej przedmiotem zamówienia poniżej jej kosztów świadczenia.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

19

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

20