Sygn. akt: KIO 93/16

WYROK
z dnia 12 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2016 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, 2) A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu - adres do korespondencji: ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **Gminę Tarnobrzeg reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Tarnobrzega, ul. Kościuszki 32, 39-400 Tarnobrzeg,**

przy udziale wykonawcy – **Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o., ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**
- **a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
- **b) odrzucenie oferty wykonawcy – Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o., ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2, pkt 6 oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- **c) odtajnienie wyjaśnień wykonawcy Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o., ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola, z dnia 8 stycznia 2016 r. wraz z załącznikami;**

1.2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego,** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 93/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tarnobrzeg reprezentowana przez Prezydenta Miasta Tarnobrzega – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 4 listopada 2015 r., pod nr: 2015/S 213-389452.

W dniu 25 stycznia 2016 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, 2) A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu zarzucając Zamawiającemu:

1. błędną ocenę ofert, a w konsekwencji bezprawny wybór oferty złożonej przez wykonawcę Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli („MZK Stalowa Wola") jako oferty najkorzystniejszej,
2. błędną ocenę zasadności objęcia przez MZK Stalowa Wola zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawarte w piśmie z dnia 30 grudnia 2015 r. w zakresie ustalenia, czy zaoferowana przez tego Wykonawcę w Postępowaniu cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji bezpodstawną odmowę udostępnienia treści tych wyjaśnień Odwołującemu,
3. zaniechanie odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola, pomimo iż:
   3.1. oferta MZK Stalowa Wola jest niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp);
   3.2. treść oferty MZK Stalowa Wola nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („SIWZ") (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp);

   3.3. złożenie oferty MZK Stalowa Wola stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp);
   3.4. oferta MZK Stalowa Wola zawiera błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp);
   3.5. oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp)

ewentualnie

4. zaniechanie odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola, pomimo iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp).

Powyższym czynnościom oraz zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 8 ust. 1-3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust, 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK"), art. 89 ust, 1 pkt 6 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 96 ust, 3 Pzp; art. 58 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp oraz ewentualnie art. 87 ust. 1 Pzp, a także innych przepisów przywołanych w odwołaniu. *Ewentualnie* także naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1-4 Pzp.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert − w zakresie objętym niniejszym odwołaniem,
odtajnienia wyjaśnień MZK Stalowa Wola udzielonych w odpowiedzi na wezwanie − Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2015 r. i udostępnienia ich Odwołującemu,
dokonania ponownego badania i oceny ofert, −

odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola. −

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z listy Prezesa właściwego sądu okręgowego z dziedziny „księgowość, finanse, ekonomia, rachunkowość, ekonomika" na okoliczność ustalenia, czy cena zaoferowana przez MZK Stalowa Wola w Postępowaniu (w tym ceny jednostkowe wskazane w formularzu ofertowym tego wykonawcy, w szczególności ceny ujemne oraz cena 0 zł) obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w SIWZ i pokrywa wszystkie koszty niezbędne do poniesienia celem należytego wykonania zamówienia objętego Postępowaniem, a także osiągnięcie zysku oraz na okoliczność ustalenia, jaka jest przewidywana wysokość ewentualnego zysku lub straty w przypadku przedmiotowej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 15 stycznia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty MZK Stalowa Wola jako najkorzystniejszej. Odwołujący podniósł, że czynność ta została dokonana z naruszeniem ww. przepisów prawa, ponieważ oferta MZK Stalowa Wola powinna zostać odrzucona. Ponadto, Odwołujący podniósł, że przed wyborem oferty najkorzystniejszej, Zamawiający zwrócił się do MZK Stalowa Wola pismem z dnia 30 grudnia 2015 r. o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pismem z dnia 20 stycznia 2016 r. znak BZP-I.271.77.2015 Zamawiający odmówił ujawnienia treści wyjaśnień MZK Stalowa Wola złożonych w odpowiedzi na ww. pismo, wskazując na *„trudność oddzielenia elementów pisma objętych tajemnicą od elementów jawnych oraz ze względu na fakt, że poszczególne elementy pisma tworzą jedną, spójną całość...".*

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola, mimo iż zawiera ona ceny ujemne i cenę 0 zł, co skutkuje niezgodnością oferty z ustawą, niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ oraz błędem w obliczeniu ceny, Odwołujący podniósł, że:

Zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny SIWZ (pkt 1) cenę oferty stanowi suma wszystkich jej elementów, zawierająca wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia. Zamawiający dwukrotnie podkreślił w postanowieniach tego rozdziału SIWZ (pkt 1 zdanie 2 oraz pkt 6), że *„...wszystkie ceny określone przez wykonawcę są obowiązujące w okresie ważności umowy i nie ulegną zmianie, poza przypadkami określonymi w umowie "* (podkr. Odwołującego).

Zgodnie z § 6 wzoru umowy (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ) wynagrodzenie wykonawcy składa się z: (a) wynagrodzenia ryczałtowego za odbiór i transport odpadów w całym okresie obowiązywania umowy oraz (b) wynagrodzenia kosztorysowego za zagospodarowanie odpadów komunalnych, wyliczonego na podstawie podanych przez wykonawcę cen za zagospodarowanie 1 Mg poszczególnych rodzajów odpadów (zmieszanych, zebranych w sposób selektywny, zebranych w sposób selektywny z PSZOK). W § 6 wzoru umowy wyraźnie zostało przesądzone, iż *„...wynagrodzenie miesięczne wykonawcy jest wynagrodzeniem kosztorysowo ryczałtowym, tj. sumą wszystkich cen kosztorysowych zagospodarowania odpadów oraz ryczałtem odbioru odpadów ujętych w Formularzu Ofertowym do SIWZ."*

W zakresie rozumienia pojęcia „cena" na potrzeby niniejszego Postępowania Zamawiający odesłał w pkt 1 rozdziału XIV SIWZ do rozumienia ceny zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach, czyniąc zawartą w tym przepisie definicję elementem SIWZ. W myśl tej definicji przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar

lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług, jeżeli sprzedaż towaru lub usługi podlega temu podatkowi.

Również w świetle definicji ceny przyjętej w art. 3 ust 1 pkt 1 obecnie obowiązującej ustawy z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług, do której to definicji odsyła art. 2 pkt 1 Pzp, przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę.

MZK Stalowa Wola zaoferował ceny niezgodnie z zasadami wynikającymi z SIWZ i

ww. przepisów prawa. Jak wynika ze złożonego przez tegoż wykonawcę Formularza Ofertowego, jako ceny za:
• zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych w sposób selektywny,
• zagospodarowanie zużytych baterii i akumulatorów,
• zagospodarowanie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego,
• zagospodarowanie papieru i tektury,
• zagospodarowanie tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych, metali,
• zagospodarowanie szkła i opakowań szklanych
MZK Stalowa Wola wskazał wartości ujemne, zaś jako cenę zagospodarowania zużytych opon MZK Stalowa Wola wskazał kwotę 0 zł.

W świetle definicji ceny zawartej w SIWZ, jak również w świetle definicji, do której odsyła art. 2 pkt 1 Pzp, liczby te nie mogą być uznane za wymierne wartości, które to Zamawiający miałby zapłacić wykonawcy za świadczoną usługę zagospodarowania danego rodzaju odpadów. Ponadto zgodnie z definicją ceny, na którą powołał się w SIWZ Zamawiający oraz zgodnie z wzorem formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ) i § 6 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ) cena zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów komunalnych powinny zawierać podatek od towarów i usług (który nie może być ujemny). W konsekwencji oferta MZK Stalowa Wola jest niezgodna z ustawą i jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zaś wyrażenie ceny kwotą mniejszą lub równą 0 świadczy o błędnym skalkulowaniu ceny oferty.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, jak i art. 3 ust. 1 pkt 1 obecnie obowiązującej ustawy z dnia 9 maja 2014 roku o informowaniu o cenach towarów i usług, ceną jest bowiem wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający wymagał podania zarówno ceny brutto oraz netto za wykonanie całości przedmiotowego zamówienia, jak i ceny brutto oraz netto za odbiór i transport za 1 miesiąc oraz ceny brutto i netto za zagospodarowanie 1 Mg określonej ilości poszczególnych rodzajów odpadów, przewidując jednocześnie, iż kwoty podane przez wykonawców w

Formularzu Ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ) zostaną następnie zawarte w § 6 umowy (jej wzór stanowi Załącznik nr 2 do SIWZ), która zostanie podpisana pomiędzy zamawiającym a wyłonionym w przetargu wykonawcą. Tak więc cena za zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów wyliczona zostanie w oparciu o cenę podaną w ofercie i stanowi istotny element przyszłej umowy. Wskazuje to na istotne znaczenie cen zagospodarowania 1 Mg odpadów dla ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy - por. również wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 447/10, w którym KIO stwierdziła, że *„...w sytuacji, gdy ceny jednostkowe służą do realnych rozliczeń stron, umowy w trakcie wykonywania zamówienia za zrealizowany zakres* świadczeń, *stanowią one istotną treść oferty."*

Niezgodność z ustawą w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnieść należy zatem przede wszystkim do pojęcia ceny jako wartości wyrażonej w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za usługę (ponadto - w myśl powołanej w SIWZ definicji ceny - w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług) oraz charakteru zamówienia publicznego jako odpłatnej umowy zawieranej między zamawiającym a wykonawcą, które należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w art. 2 Pzp. Jak wskazano w orzecznictwie, z definicji zamówienia publicznego (art. 2 pkt 13 Pzp) wynika, że świadczenie zamawiającego ma co do zasady charakter pieniężny, zaś oferta, która - niezależnie od rozmiaru świadczenia wykonawcy - nie pozwala na wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z naturą tego stosunku (art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 Pzp) jako umowy odpłatnej, jest niezgodna z ustawą (por. wyrok KIO z dnia 31 maja 2013 r., KIO 1153/13).

Jednocześnie należy wskazać, że odniesienie się przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie definicji ceny jedynie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach nie oznacza, że powyższa argumentacja nie może mieć zastosowania do cen jednostkowych. Definicję legalną ceny jednostkowej zawiera art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach, jak i art. 3 ust. 1 pkt 2 obecnie obowiązującej ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług i jest ona powiązana ściśle z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ww. ustaw.

Co więcej, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach, do której odwołuje się Zamawiający w SIWZ, w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług. Z

treści oferty MZK Stalowa Wola jednoznacznie wynika, że w ww. sześciu pozycjach formularza ofertowego cenie usługi zagospodarowania odpadów wykonawca przyporządkował ujemne wartości podatku VAT.

Dodatkowo podnieść należy, iż zarówno zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy o cenach, jak i art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, pod pojęciem "usługi" rozumie się czynność świadczoną odpłatnie, co koresponduje z art. 2 pkt

13 ustawy Pzp zawierającym definicję zamówienia publicznego. Oznacza to, iż wszystkie pojęcia, do których odsyła art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a także SIWZ (szczególnie w rozdziale XIV) oraz § 6 projektu umowy należy rozumieć zgodnie z powyższą definicją, co przesądza o tym, iż zaoferowanie jednostkowej ceny danej usługi o wartości równej lub poniżej zera jest sprzeczne z przepisami ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, do której odsyła art. 2 pkt 1 Pzp, jak i przepisami ustawy o cenach, do której odsyła rozdział XIV SIWZ.

Wobec powyższego treść oferty MZK Stalowa Wola jest niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1), jej treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) i zawiera błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp), co skutkuje koniecznością odrzucenia tej oferty.

Powyższe potwierdza obszerne orzecznictwo KIO (por. przykładowo wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013 r., KIO 1549/13, wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2013 roku, KIO 1287/13, KIO 1332/13, wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2013 roku, KIO 1386/13, wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2013 roku, KIO 1290/13, KIO 1299/13, wyrok KIO z dnia 31 maja 2013 r., KIO 1153/13).

W zakresie zarzutu zaniechania oferty MZK Stalowa Wola, mimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący podniósł, że:

Złożenie przez MZK Stalowa Wola oferty z cenami ujemnymi oraz ceną 0 zł, a także zróżnicowane traktowanie przez MZK Stalowa Wola kontrahentów wyczerpuje również przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, zarówno w świetle art. 3 ust. 1, jak i art. 15 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 UZNK, a tym samym oferta podlega odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Nie odrzucając ofertę MZK Stalowa Wola, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Zamawiający zignorował fakt, iż proces udzielania zamówień publicznych ma na celu otwarcie publicznych środków na konkurencję i że obowiązkiem uczestników tego procesu jest eliminowanie czynów nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp). Zamawiający nie może dopuścić do wyboru oferty - chociażby dla niego najkorzystniejszej – stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji (np. Mikulska-Nawacka M., Czyn nieuczciwej konkurencji jako podstawa odrzucenia oferty, Lex.). Podkreślenia przy tym wymaga, iż zarówno unijny, jak i polski ustawodawca coraz bardziej dostrzegają wpływ nieuczciwych zachowań na funkcjonowanie rynku zamówień publicznych. W nowych dyrektywach w sprawie zamówień publicznych szczególny nacisk kładzie się na obowiązek aktywnego uczestnictwa instytucji zamawiających w ujawnianiu i zwalczaniu czynów nieuczciwych, takich jak między innymi zmowy przetargowe, konflikty interesów i inne antykonkurencyjne zachowania (por. np. art. 26 ust. 4 in fine, art. 57 dyrektywy 2014/24). Na istotny jurydycznie i faktycznie charakter tych kwestii zwracają także uwagę

odpowiednie instytucje, jak TSUE, Komisja Europejska, Krajowa Izba Odwoławcza (por. np. KIO 2173/15, KIO 2174/15, KIO 2193/15, KIO 2194/15), Urząd Zamówień Publicznych, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, czy jednostki kontrolujące wydatkowanie środków unijnych.

Zamawiający wybierając ofertę będącą przejawem nieuczciwości rynkowej, sam narusza art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym należy odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślić należy, że celem zastosowania art. 15 ust. 1 UZNK w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowanie, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji. Pojęcie "dostęp do rynku zamówień publicznych” należy rozumieć szeroko, w tym jako możliwość

oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych (por. np. M. Sieradzka, Utrudnianie dostępu do rynku innym wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako podstawa odrzucenia oferty wykonawcy, Lex.). Utrudnianiem dostępu do tego rynku jest stwarzanie przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego, niekoniecznie poprzez eliminację z postępowania (wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r., KIO 1565/12). Jednocześnie stany faktyczne objęte hipotezą art. 15 ust. 1 UZNK zawsze skutkują utrudnieniem dostępu do tynku (brak potrzeby dowodowej w tym zakresie) - wyrok SN z dnia 25 października 2012 r., I CSK 147/12: wyrok SA w Warszawie z dnia 2 października 2012 r. I ACa 601/11, niezależnie od tego czy utrudniający posiada pozycję dominującą na rynku (wyrok SN z dnia 24 lipca 2003 r., I CKN 477/01).

Utrudnienie dostępu do rynku może przybrać postać: eliminacji innych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; stworzenia niekorzystnych warunków (barier, przeszkód, utrudnień) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w celu uniemożliwienia wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu lub też np. w celu utrudnienia mu złożenia konkurencyjnej oferty (por. np. M. Sieradzka, Utrudnianie dostępu do rynku innym wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako podstawa odrzucenia oferty wykonawcy, Lex.).

W realiach obecnego Postępowania zarówno poszczególne elementy oferty MZK Stalowa Wola, jak i w konsekwencji oferta tego Wykonawcy jako całość i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK, jak i w rozumieniu art. 15 ust 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK.

Zaniechanie odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola, mimo iż złożenie oferty z cenami ujemnymi i 0 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Podanie przez MZK Stalowa Wola cen ujemnych oraz 0 zł w odniesieniu do wskazanych powyżej usług zagospodarowania odpadów komunalnych całkowicie jest oderwane od rzeczywistych kosztów ich świadczenie, wynikających z konieczności przeprowadzenia szeregu czynności związanych z zagospodarowaniem odpadów.

Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z selektywnej zbiórki nie oznacza pozyskiwania u źródła surowców mogących służyć recyklingowi i przygotowaniu do ponownego użycia. Aby odpady odbierane jako frakcje selektywnie gromadzone mogły służyć jako surowiec do dalszego recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, konieczne jest przeprowadzenie procesu odzysku, polegających w głównej mierze na ich odpowiednim:

a) sortowaniu,

b) belowaniu,

c) przygotowaniu do dalszego transportu do miejsc ich recyklingu lub miejsc ich ponownego przetworzenia.

Czynności te dokonywane są w wyspecjalizowanych instalacjach odzysku surowców, takich jak np. zakłady segregacji odpadów. Morfologiczny skład odpadów odbieranych w ramach selektywnej zbiórki i dostarczanych do zakładów segregacji to mieszanka przyszłych surowców oraz tzw. balastu, czyli odpadu, który nie nadaje się do dalszego przetworzenia i musi zostać poddany procesom utylizacji.

Proces sortowania odpadów zbieranych selektywnie wymaga ich rozładunku i umieszczenia poszczególnych frakcji na specjalnych liniach sortowniczych. Na liniach tych następuje oddzielenie przyszłych surowców od balastu oraz segregacja przyszłych surowców na poszczególne frakcje zgodnie z wymogami późniejszych procesów recyklingu lub przygotowania do ponownego użycia. I tak dla przykładu w przypadku strumienia tworzyw sztucznych oddzielane są osobno tworzywa typu pet z kolejnym podziałem na kolory tego tworzywa, tworzywa pochodzące z opakowań po chemii gospodarczej, folia również w podziale na kilka jej rodzajów oraz tworzywa pochodzące z opakowań spożywczych. Wysegregowane w ten sposób tworzywa są poddawane belowaniu bądź innym procesom w celu przygotowania ich do transportu i przekazania podmiotom prowadzącym recykling lub przygotowanie do ponownego użycia. Szkło można segregować na białe i kolorowe. Papier i makulatura segregowana jest minimum na dwie frakcje w zależności od jej twardości.

W zależności od frakcji udział balastu, który należy poddać utylizacji, wynosi odpowiednio: tworzywa sztuczne około 55%, papier i tektura około 35% i szkło około 10%.

Przeprowadzenie ww. opisanych procesów odzysku związane jest z kosztami ich dokonania, na które składają się koszty osobowe, koszty utylizacji balastu koszty maszyn i urządzeń oraz pozostałe koszty związane z funkcjonowaniem zakładu segregacji. Zysk z odzysku surowców ze strumienia odpadów odbieranych selektywnie pochodzi z opłat za surowiec uzyskiwanych od podmiotów prowadzących recykling bądź przygotowanie do ponownego użycia oraz w przypadku niektórych surowców z dopłat pochodzących z DPR i DPO. Bilans kosztów i zysków osiąganych w procesie odzysku surowców od dłuższego już czasu w związku z uwarunkowaniami rynkowymi nawet w przypadku dużych grup sprzedażowych, mających możliwość działania na bardzo szerokim rynku pozyskiwania odpadów oraz ich odsprzedaży, dysponujących dużą ilością odzyskanego surowca, a więc posiadających możliwości negocjowania korzystnych cen, takich ja np. Grupa FCC (do której należy Odwołujący) zamyka się bardzo niskimi wartościami dodatnimi w stosunku do 1 Mg odzyskanego surowca. Wobec powyższego nie jest możliwe, w związku z przesłankami ekonomicznymi wynikającymi z sytuacji rynkowej, oferowanie zagospodarowania frakcji odpadów selektywnie odbieranych w cenach 0 zł, a tym bardziej przy zastosowaniu cen ujemnych ponieważ nie pokrywa to nawet samych rzeczywistych kosztów ich świadczenia.

W konsekwencji, nawet gdyby hipotetycznie cena oferty rozpatrywana jako całość nie była ceną rażąco niską (choć w przypadku oferty MZK Stalowa Wola wydaje się to bardzo wątpliwe) i nawet gdyby hipotetycznie przyjąć dopuszczalność stosowania cen ujemnych (z czym Odwołujący się nie zgadza), to zaniżenie cen jednostkowych w tym przypadku — jak potwierdza orzecznictwo KIO - stanowi działanie kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż wycena poszczególnych elementów / jednostek wycenianych jest poniżej rzeczywistych kosztów wytworzenia produktu lub świadczenia usługi i nie jest rzetelna.

Jak już wskazano, zawarta w ofercie MZK Stalowa Wola wycena pozycji opisanych powyżej jest nierealna i oderwana od jakichkolwiek realiów rynkowych. Zaoferowane w ofercie MZK Stalowa Wola ceny jednostkowe ujemne i 0 zł nie tylko - co jest oczywiste - nie pozwalają na osiągniecie jakiegokolwiek zysku, ale przede wszystkim są cenami poniżej kosztów świadczenia tych usług. Wyczerpuje to znamiona takiego działania przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Podkreślić przy tym należy, że w sytuacji, w której ilości odpadów do zagospodarowywania podane w SIWZ są ilościami jedynie szacunkowymi (podanymi wyłącznie na potrzeby porównania ofert wykonawców), a rozliczenie stron umowy będzie odbywać się na podstawie cen za zagospodarowanie 1 Mg odpadów przemnożonych przez faktycznie zagospodarowywaną ilość odpadów, podanie przez wykonawcę nierzetelnych cen całkowicie oderwanych od realiów rynkowych godzi również w interesy Zamawiającego.

Wskazać także należy, że obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów, w których mieści się dokonywanie rzetelnej i uczciwej wyceny swoich produktów lub usług za cenę uwzględniającą ponoszone koszty i zakładającą osiągnięcie pewnego zysku, nałożył sam ustawodawca w art. 17 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej, zaś ubieganie się o zamówienie publiczne mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej (por. wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 roku, KIO 216/14).

W konsekwencji Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Cena zagospodarowania 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych – zaniechanie odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Regionalne instalacje przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) jako monopoliści mają nałożony obowiązek stosowania równych i niedyskryminacyjnych warunków zawierania umów z podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (art. 9 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumenta). W konsekwencji koszt zagospodarowania odpadów przez instalację posiadającą status RIPOK musi być co do zasady taki sam dla wszystkich podmiotów

gospodarczych, a stosowanie różnych cen dla podmiotów prowadzących działalność o tym samym charakterze wypełnia znamiona czynu ograniczającego konkurencję, co potwierdzają wyniki kontroli Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta („UOKiK") - por. przykładowo decyzja Prezesa UOKiK w sprawie wyników kontroli: http://decvzie.uokik.gov.pl/bp/dec prez.nsf/0/990F 1 EDF8465B6FCC1257EC6007BA848/$file/RKR-312014.pdf - a tym samym czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz. Art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK,

Z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji. Zakazane są zatem szeroko rozumiane praktyki dyskryminacyjne, stosowane przez podmiot dominujący, który nierównoprawnie traktuje uczestników rynku i stwarza im przez to zróżnicowane warunki konkurencji, a tym samym przeciwdziała rozwojowi konkurencji. Z ww. regulacji wynika, że kontrahenci przedsiębiorcy dominującego muszą być traktowani w porównywalny sposób, przy czym *„... z dyskryminacja mamy do czynienia wtedy, gdy podmioty znajdujące się w identycznej (porównywalnej) sytuacji traktowane są niejednakowo. Jednocześnie w tym wypadku nie ma obiektywnego uzasadnienia dla*

opisanego powyżej traktowania kontrahentów (tak decyzje Prezesa UOKiK: z dnia 27 czerwca 2003 r. nr RWA 7/2003, wyrok SOKiK z dnia 1 grudnia 2004, sygn. akt: XVII Arna 70/03, wyrok SOKiK z dnia 23 października 2014r., sygn. akt: XVII AmA 6/13)P (decyzja Prezesa UOKiK Nr RKR- 31 /2014 z dnia 29 grudnia 2014 roku, www.uokik.gov.pl).

W przedmiotowym Postępowaniu MZK Stalowa Wola w swojej ofercie jako cenę jednostkową zagospodarowania zmieszanych 1 Mg odpadów komunalnych podał 183 zł netto, wskazując jednocześnie jako instalację do zagospodarowania tych odpadów swoją instalację – Zakład Mechaniczno-Biologicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Stalowej Woli. Jednocześnie w korespondencji prowadzonej z innymi podmiotami, o czym Odwołujący zawiadomił Zamawiającego, MZK Stalowa Wola zaoferował za zagospodarowanie 1 Mg odpadów cenę 210 zł netto, co skutkowało zmniejszeniem konkurencji w tym Postępowaniu - podkreślenia przy tym wymaga, iż różnica pomiędzy zastosowaną przez MZK Stalowa Wola ceną zagospodarowania wymaganej SIWZ ilości zmieszanych odpadów komunalnych a ceną zaoferowaną innym przedsiębiorcom wynosi aż 540.000 zł netto. Zamawiający bezpodstawnie zignorował powyższą okolicznością, co więcej nie wszczął w stosunku do oferty MZK Stalowa Wola nawet żadnego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Działanie takie nie zasługuje na ochronę prawną. Należy zwrócić uwagę, iż zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych stanowi największy zakres usług objętych Postępowaniem (przewidywana ilość to 20.000 Mg).

Powyższa praktyka podmiotu świadczącego usługi publiczne ograniczająca konkurencję wyczerpuje znamiona czynu niedozwolonego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK, a tym samym złożenie oferty przez MZK Stalowa Wola z ceną inną niż oferowana innym podmiotom (konkurentom) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Bezzasadne zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty, mimo świadomości takich działań MZK Stalowa Wola, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Nadużycie pomocy publicznej otrzymanej przez MZK Stalowa Wola - zaniechanie odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Jak wynika z publicznie dostępnych informacji (zob. np. opracowanie dostępne pod adresem: http://gospodarkapodkarpacka.pl/news/view/9293/rusza-inwestvcia-mieiskiego-zakladu-komunalnego-w-stalowei-woli: adres internetowy aktualny na dzień złożenia niniejszego odwołania), budowa Zakładu Mechaniczno-Biologicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Stalowej Woli została w większości sfinansowana ze środków stanowiących pomoc publiczną. Przy wartości wspomnianej inwestycji na poziomie około PLN 111 mln MZK Stalowa Wola otrzymała dotację ze środków unijnych w wysokości 60 mln

oraz pożyczkę inwestycyjną w kwocie PLN 19 min z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej.

Zgodnie z prawem unijnym (w tym zgodnie z art. 107 oraz art. 108 TFUE, w świetle utrwalonej praktyki Komisji oraz orzecznictwa sądów unijnych) w przypadku udzielenia pomocy publicznej na infrastrukturę przeznaczoną do realizacji zadań w interesie publicznym (której RIPOK stanowi szczególnie trafny przykład) jednym z warunków dopuszczalności takiej pomocy jest udostępnianie tej infrastruktury przez operatora zainteresowanym podmiotom na otwartych, transparentnych i niedyskiyminacyjnych warunkach. Niedochowanie tego obowiązku skutkuje także naruszeniem wspomnianych art. 107 oraz art. 108 TFUE, a w konsekwencji niezgodnością powyższej pomocy publicznej z rynkiem wewnętrznym, w tym nadużyciem tej pomocy wynikającym z jej wykorzystania w sposób niezgodny z przeznaczeniem oraz warunkami udzielania.

W konsekwencji, w związku z otrzymaniem znaczących kwot pomocy publicznej na budowę Zakładu Mechaniczno-Biologicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych MZK Stalowa była i pozostaje zobowiązana umożliwić korzystanie z usług oferowanych przez ten obiekt wszystkim zainteresowanym przedsiębiorcom bez wprowadzania pomiędzy nimi jakiegokolwiek nieuzasadnionego zróżnicowania, w tym także w przypadku, gdy sama jest jednym z tych przedsiębiorców.

Niemniej, w niniejszej sprawie MZK Stalowa Wola naruszył ten obowiązek w sposób rażący ustalając w przypadku Odwołującego cenę za przetwarzanie 1 Mg odpadów we wspomnianym RIPOK na poziomie znacząco wyższym niż cena, którą MZK Stalowa Wola podał Zamawiającemu dla potrzeb postępowania przetargowego jako cenę przetwarzania 1 Mg odpadów w RIPOK w przypadku wyboru MZK Stalowa Wola w tym postępowaniu. W ten sposób MZK Stalowa Wola wykorzystała swoje szczególne uprawnienia właściciela infrastruktury REPOK objętej pomocą publiczną w celu pogorszenia warunków udziału swoich konkurentów, w tyry Odwołującego, w postępowaniu przetargowym.

Jak wspomniano, działanie takie skutkuje niezgodnością powyższej pomocy publicznej z rynkiem wewnętrznym, a zatem stanowi działanie sprzeczne z prawem (nie wspominając już o dobrych obyczajach). Co więcej, narusza ono także ewidentnie interes innych przedsiębiorców (w tym Odwołującego) oraz, potencjalnie (w przypadku zaakceptowania ceny MZK Stalowa Wola przez innych uczestników przetargu), odbiorców końcowych (mieszkańców ponoszących pośrednio zawyżone koszty usług związanych z przetwarzaniem odpadów). Z tego względu opisane działanie MZK Stalowa Wola stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK.

W odniesieniu do zasada bliskości – zarzutu zaniechania odrzucenia oferty mimo niezgodności jej treści z SIWZ i nieważności na podstawie odrębnych przepisów, Odwołujący podniósł, że:

Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach statuuje obowiązek przetwarzania odpadów, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności w miejscu ich powstania (art. 20 ust. 1). Zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach jedynie odpady, które nie mogą bvć przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Powyższe przepisy ustawy o gospodarce odpadami, korespondujące z celami gospodarki odpadami wyznaczonymi ustawą o odpadach, to jest ochroną środowiska oraz życia i zdrowia ludzi oraz zapobieganiem negatywnemu wpływowi wytwarzania i gospodarowania odpadami na środowisko oraz zdrowie ludzi (por. art. 1 oraz art. 16 ustawy o odpadach), mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a tym samym odstępstwo od ich stosowania skutkuje nieważnością czynności prawnej jako sprzecznej z ustawą na mocy art. 58 § 1 k.c. Na znaczenie tej zasady wskazuje również ustawodawstwo unijne - por. art. 16 ust. 3 dyrektywy 2008/98 („Sieć powinna umożliwiać unieszkodliwianie odpadów lub odzysk odpadów (...) w jednej z najbliżej położonych instalacji...") oraz motyw 20 rozporządzenia nr 1013/2006 („W przypadku przemieszczeń odpadów do unieszkodliwienia państwa członkowskie powinny przestrzegać zasady bliskości (...) na poziomie wspólnotowym i krajowym."). Również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się, iż Jeden z najważniejszych środków, jakie powinny podjąć państwa członkowskie (...), polega na dążeniu do przetwarzania odpadów jak najbliżej miejsca ich wytwarzania, w szczególności gdy chodzi o zmieszane odpady komunalne, tak aby ograniczyć ich transport w największym

możliwym stopniu.” (por. wyrok z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie C-297/08, pkt 64, 66, 67, przywołany w sprawie C- 292/12),

Ustawowe zasady zostały przez Zamawiającego transponowane do SIWZ - w pkt 21 rozdziału III SIWZ oraz zgodnie z § 1 ust. 21, a także § 4 ust. 2 pkt 19 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ) wykonawca został zobowiązany do przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych do instalacji posiadających status regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych wskazanych w Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego, zgodnie z zasada bliskości, o której mowa w ustawie o odpadach. Zamawiający trzykrotnie w powyższych postanowieniach SIWZ nałożył na wykonawcę obowiązek przestrzegania tej zasady.

15

MZK Stalowa Wola wskazał jako instalację do zagospodarowania odpadów komunalnych, do której będzie kierował zmieszane odpady komunalne, jedynie Zakład Mechaniczno-Biologicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Stalowej Woli (s. 3 Formularza Ofertowego). Naruszył tym samym zasadę bliskości wynikającą z art. 20 ustawy o odpadach i powołaną w SIWZ, gdyż na miejscu powstania odpadów, tj,. na terenie Gminy Tarnobrzeg funkcjonuje instalacja A.S.A. Tarnobrzeg sp. Z o.o. Zakład Segregacji i Kompostowania Odpadów, którą - zgodnie z wymogami ustawy o odpadach i SIWZ - podali pozostali dwaj wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym Postępowaniu.

Tym samym treść oferty MZK Stalowa Wola nie odpowiada treści SIWZ, jak również jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, co uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 20 ust. 1 i ust. 2 ustawy o odpadach w zw. z art. 58 § 1 k.c.

Powyższe potwierdza również orzecznictwo KIO - por. przykładowo wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2015 roku, KIO 1666/15: *“Zamawiający obowiązany jest zbadać odległość pomiędzy miejscem powstania odpadów a zadeklarowaną przez wykonawcę instalacją, w której zamierza on utylizować odpady. Oferty, w których zadeklarowano instalacje położone dalej niż najbliższe miejsca, w których mogą być przetworzone, nie spełniają ustawowego wymogu zasady bliskości. W związku z tym, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązał wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ustawy o odpadach, brak gwarancji takiego wykonania zamówienia zamawiający zasadnie uznał za niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z i odrzucił ofertę odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.*

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez MZK Stalowa Wola w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie ustalenia, czy zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny, Odwołujący podniósł, że:

MZK Stalowa Wola zaoferowała wykonanie zamówienia za cenę 5.710.325,04 zł. Jest to kwota niższa o ponad 30% od wartości zamówienia. W takich okolicznościach Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do MZK Stalowa Wola o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

W dniu 19 stycznia 2016 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień MZK Stalowa Wola w zakresie rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 20 stycznia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odmowie udostępnienia wyjaśnień MZK Stalowa Wola, argumentując, iż *„ze względu na trudność oddzielenia elementów pisma objętych tajemnica przedsiębiorstwa od elementów jawnych oraz ze*

16

---

względu na fakt, że poszczególne elementy pisma tworzą jedną spójna całość, takie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne”.

Jednocześnie z akt Postępowania wynika, iż Zamawiający, w odpowiedzi na pismo MZK Stalowa Wola z dnia 31 grudnia 2015 r., udostępnił tylko temu wykonawcy szczegółowe wyliczenia stanowiące podstawę oszacowania przedmiotu zamówienia, które to szczegółowe kalkulacje miały posłużyć MZK Stalowa Wola przy formułowaniu wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny oraz które nie były przekazane innym wykonawcom.

Tym samym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 8 ust. 1-3 Pzp w zw. z art.

11 ust. 4 UZNK oraz art. 96 ust. 3 Pzp.

Jednocześnie należy podkreślić, iż zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych (art. 8 ust. 1 Pzp zawarty w Rozdziale 2 zatytułowanym ,»Zasady udzielania zamówień"). Przejawem zasady jawności jest regulacja wynikająca z art. 96 ust. 3 Pzp, która ustanawia zasadę, iż załączniki do protokołu (a taki charakter mają wyjaśnienia, do których dostępu odmówił Odwołującemu Zamawiający) udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą (art. 8 ust. 2 Pzp). Odmowa udostępnienia może nastąpić zatem wyłącznie wtedy, gdy informacje zastrzeżone rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz o ile wykonawca we właściwym czasie wykazał to Zamawiającemu, Odwołującemu nie zostały udostępnione żadne wyjaśnienia MZK Stalowa Wola w zakresie wykazania spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa przez informacje zawarte w treści pisma co do rażąco niskiej ceny. Jeżeli więc takie wyjaśnienia nie były złożone lub też, jeśli miały charakter ogólnikowy i nie wykazały zaistnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 UZNK, to Zamawiający miał prawny obowiązek udostępniania Odwołującemu wyjaśnień MZK Stalowa Wola w zakresie rażąco niskiej ceny. Nawet bowiem, jeżeli obiektywnie dana informacja mogłaby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to w przypadku gdy wykonawca nie dochowa obowiązku wykazania tej okoliczności (płynącego z art. 8 ust. 3 Pzp), zamawiający ujawnia tę informację.

Jeżeli nawet MZK Stalowa Wola przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to nieprzekazanie tego uzasadnienia Odwołującemu stanowi naruszenie ww. przepisów Pzp o jawności postępowania. Trudno bowiem uznać, iż same uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby być za taką tajemnicę uznane. Już z tego tytułu odwołanie powinno zostać uwzględnione.

Niezależnie od tego, w odniesieniu do samych wyjaśnień MZK Stalowa Wola co do rażąco niskiej ceny, odnieść należy się do definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa (art.

---

11 ust. 4. UZNK), zgodnie z którą przez pojęcie to rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wskazane w tym przepisie przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., ICKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59).

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być uznana informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, w tym także taka, która może być uzyskana w zwykłej dozwolonej drodze (por. np. wyrok SN z 3 października 2000 roku, sygn. akt ICKN 304/2000).

Biorąc pod uwagę ww. stabilną wykładnię w zakresie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, nie sposób przyjąć, aby MZK Stalowa Wola udowodniła w korespondencji z Zamawiającym (nie udostępnionej Odwołującemu), iż wszystkie informacje tam wskazane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa MZK Stalowa Wola. Za taką konkluzją przemawiają w szczególności następujące okoliczności:

1. Sam Zamawiający przyznał w piśmie z dnia 20 stycznia 2016 r. do Odwołującego (w którym odmówił dostępu do wyjaśnień MZK Stalowa Wola), iż ma „trudność" w oddzieleniu elementów pisma stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa od elementów jawnych - Zamawiający zatem przyznaje, że Odwołującemu nie udostępniono jawnych informacji (fakt przyznany, więc nie wymagający dowodu). Jednocześnie istnieją - i są często stosowane w praktyce zamówień publicznych - możliwości technicznego oddzielenia informacji różnie kwalifikowanych prawnie zawartych w tym samym piśmie (np. skopiowanie i przekazanie niektórych stron pisma, zasłonięcie wrażliwych informacji, np. z użyciem korektora, itd.).
2. MZK Stalowa Wola w piśmie do Zamawiającego z 31 grudnia wskazuje: „w związku z faktem, iż musimy odnieść się w wyjaśnieniach dotyczących naszej ceny ofertowej do kwoty, którą to Państwo przyjęliście jako wartość szacunkową w postępowaniu, logicznym jest, iż

prosimy o informacje w jaki sposób została ona wyliczona i na jakiej podstawie przyjęliście Państwo kwotę 9.149.033, 00 jako wartość szacunkowa zamówienia". W odpowiedzi MZK Stalowa Wola, jak wskazano powyżej, otrzymała szczegółowe kalkulacje Zamawiającego co do podstaw oszacowania przedmiotu zamówienia. Kalkulacje te (mimo, iż nie przekazane innym wykonawcom wbrew zasadzie równego traktowania) stanowią informację publiczną.

Odniesienie się do nich w wyjaśnieniach MZK Stalowa Wola nie może być więc zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.
3. Powoływanie się na informacje powszechnie znane branży odpadów, w tym na przykład na koszty wynagrodzeń pracowniczych, podatki i opłaty, koszty związane z zagospodarowaniem odpadów komunalnych, przyjęte do kalkulacji ilości worków do selektywnego zbierania odpadów komunalnych, koszty nabycia, eksploatacji i amortyzacji pojazdów na ceny oferowane w innych przetargach tego typu, porównanie do cen zaoferowanych w tym Postępowaniu przez innych wykonawców, itp. nie wypełnia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.
4. Ogólne wywody co do sposobu kalkulowania ceny za usługi odbioru i zagospodarowania odpadów oraz odwoływanie się do czynników cenotwórczych właściwych większości wykonawców działających w tej branży, także nie mogą być uznane za prawnie chroniona tajemnice przedsiębiorstwa.

Podkreślenia wymaga, iż obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu, w celu oceny prawidłowości zastrzeżenia (por. np. uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05). Zamawiający, który wraz z zastrzeżoną informacją nie otrzyma od wykonawcy jednoznacznego i wyczerpującego wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, ma obowiązek „odtajnić" te informacje. Ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia spoczywa w tym przypadku na wykonawcy.

Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, musi być bowiem interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób (tak trafnie wyrok KIO z 21 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 457/12, wyrok KIO z 5 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 223/12; KIO 248/12; KIO 261/12, wyrok KIO z 5 listopada 2010 r. o sygn.. akt KIO 2308/10). Również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości stwierdza się, że odstępstwa od podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy interpretowany ściśle (por. wyrok TS z 17 listopada 1993 r. w sprawie C-71/92 Komisja v. Hiszpania, punkt 36 uzasadnienia, wyrok TS z 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja v. Hiszpania, punkt 15 i 16 uzasadnienia, a także wyrok z 2 października 2008 r., C-157/08, Komisja v. Włochy).

Reasumując, bezprawne zaniechanie odtajnienia wyjaśnień co do elementów oferty MZK Stalowa Wola mających wpływ na wysokość ceny, utrudnia Odwołującemu zweryfikowanie, czy oferta ta została prawidłowo zbadana i oceniona przez Zamawiającego i czy nie podlega odrzuceniu. Dlatego zasadne jest żądanie odtajnienia tych informacji, w tym także samego uzasadnienia utajnienia wyjaśnień (o ile takie zostało przedstawione przez MZK Stalowa Wola). Dopiero po zapoznaniu się z treścią tych wyjaśnień Odwołujący będzie

mógł dokonać pełnej weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego w zakresie oceny oferty w odniesieniu do aspektu rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 Pzp, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, Odwołujący podniósł, że:

Bezprawne zaniechanie odtajnienia wyjaśnień MZK Stalowa Wola w zakresie rażąco niskiej ceny praktycznie uniemożliwia Odwołującemu weryfikację prawidłowości oceny Zamawiającego dokonanej na podstawie art. 90 ust 1-4 Pzp. Doznało przez to uszczerbku konstytucyjne prawo do sądu oraz ustawowe i unijne prawo do odwołania się od decyzji instytucji zamawiającej. Dlatego też w niniejszej sprawie Odwołujący postawił zarzut bezprawnego nieodtajnienia wyjaśnień MZK Stalowa Wola. Uwzględnienie tego zarzutu powinno skutkować udostępnieniem Odwołującemu przedmiotowych wyjaśnień, po

się z którymi powinien mieć możliwość zapoznaniu Odwołujący ewentualnego zakwestionowania nieodrzucenia oferty MZK Stalowa Wola na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (oczywiście jedynie w sytuacji, gdyby pozostałe zarzuty niniejszego odwołania, skutkujące odrzuceniem oferty MZK Stalowa Wola, nie zostały uwzględnione).

Z powyższych przyczyn, zarzut zaniechania odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola na podstawie art. 90 ust, 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Odwołujący formułuje jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa powyżej. Nawet bowiem gdyby uznać (z czym Odwołujący się nie zgadza), iż całość wyjaśnień MZK Stalowa Wola stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, nie jest możliwe aby wykazał w tych wyjaśnieniach, iż zaoferowana przez niego cena ofertowa nie jest rażąco niska. Obiektywnie nierealne jest wykonanie zamówienia objętego Postępowaniem za kwotę 5.710.325,04 zł. (brutto).

W pierwszej kolejności, należy odnieść się do ugruntowanego stanowiska definiującego ofertę z rażąco niską ceną jako ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacj i wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. W komentarzach do prawa europejskiego ofertę rażąco niską definiuje się zwykle przez pryzmat podejrzenia, iż wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia na zaoferowanych warunkach lub też w trakcie realizacji będzie poszukiwał dodatkowych płatności, względnie korzysta z bezprawnej pomocy publicznej. Stąd

---

weryfikacja ceny jako rażąco niskiej odnosi się zwłaszcza do rzeczywistych kosztów realizacji danego zamówienia. Jeśli bowiem wysokość oferowanej ceny nie zapewni dostatecznego pokrycia wszystkich kosztów realizacyjnych, wykonawca chroniąc się przed stratą transakcyjną, posuwa się zazwyczaj do niedopuszczalnych oszczędności ilościowo-jakościowych, ze szkodą dla interesu publicznego oraz uczciwej konkurencji. Unijny i polski ustawodawca podkreśla negatywny wpływ rażąco niskich cen na konkurencyjność postępowań przetargowych, sytuację pracowników (znane przypadki obniżania kosztów pracy) czy jakość wykonania zamówienia.

Z powyższych przyczyn Pzp przewiduje obligatoryjną procedurę wyjaśniającą w przypadku podejrzenia ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 1 Pzp). Takie podejrzenie miało miejsce w Postępowaniu, skutkując odpowiednim wezwaniem Zamawiającego, przez co na MZK Stalowa Wola spoczął ciężar udowodnienia iż, jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 2 Pzp). Jak wyraźnie wynika z art. 90 ust. 1 Pzp, przy ocenie czy wykonawca dowiódł poważnego charakteru swojej oferty, zamawiający ma obowiązek opierać się na pisemnych dowodach przedstawionych we właściwym czasie. Tymczasem nie sposób aby MZK Stalowa Wola przedstawił takie dowody.

Minimalne koszty wykonania usług objętych Postępowaniem w połączeniu z niewielkim chociażby zyskiem przekraczają bowiem cenę MZK Stalowa Wola. Jednocześnie w orzecznictwie podnosi się przykładowo, iż nieskuteczne jest powoływanie się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę .

W okolicznościach sprawy należy szczególnie zwrócić uwagę na następujące okoliczności:

1. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 9,149,033,00 zł netto, co daje kwotę brutto 9,880,955,6 zł. Cena MZK Stalowa Wola jest zatem blisko o połowę niższa od szacunków zamawiającego. Jednocześnie z pisma Zamawiającego adresowanego do MZK Stalowa Wola z dnia 5 stycznia 2016 r. przedstawiającego bazę do kalkulacji wynika, iż Zamawiający dokonując analizy rynku w celu wyliczenia wartości przedmiotu zamówienia ustalił, że koszty zagospodarowania odpadów selektywnych są wartościami dodatnimi (tymczasem MZK Stalowa Wola zaoferował ceny ujemne za blisko 2 (dwa) miliony złotych).
2. Tak więc duży wpływ na nierealny charakter ceny MZK Stalowa Wola mają zastosowane przez tego wykonawcę „ceny ujemne” za niektóre rodzaje odpadów - łącznie - (minus) 1.922.400 zł. Jest to niebagatelna kwota stanowiąca jedną trzecią ceny ofertowej.

zysku z zagospodarowania tych odpadów (przy czym zysk jest podstawowym wskaźnikiem ekonomicznym funkcjonowania każdej firmy), lecz będzie musiała dopłacać do realizacji zamówienia.
3. Przedmiotem zamówienia jest dwuletnia kompleksowa usługa odbioru, transportu i zagospodarowania zmieszanych i segregowanych odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg (ok 48 tys. mieszkańców), w skład w której wchodzi szereg obowiązków, w tym m.in. odbiór 16 rodzajów odpadów komunalnych (różnymi samochodami dla poszczególnych frakcji w sposób zapobiegający ich zmieszaniu) z określonymi częstotliwościami; odpowiednie zagospodarowanie odpadów; zapewnienie odpowiednich pojemników oraz worków; monitorowanie mieszkańców w zakresie wykonywania obowiązków, porządkowania terenu, naprawy szkód, zapewnienia pojazdów o określonych specjalistycznych parametrach (w tym z tzw. systemem pozycjonowania satelitarnego oraz spełniających określone wymagania środowiskowe) oraz posiadania bazy magazynowo- transportowej z tytułem prawnym; zatrudnienie odpowiedniego personelu; szkolenie personelu Zamawiającego; organizacja i prowadzenie Gminnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK); organizacja zbiórki i zagospodarowania niektórych rodzajów odpadów; działania informacyjne i wiele innych obowiązków (pkt III SIWZ oraz wzór umowy - w aktach). Kalkulując cenę świadczenia tak określonej usługi należy wziąć pod uwagę wiele czynników, gdy tymczasem kalkulacja MZK Stalowa Wola nie wypełnia nawet podstawowych minimalnych kosztów jej świadczenia.
4. Obecnie rynek odpadów oraz surowców wygląda odmiennie niż w 2013 r., tj. w czasie kształtowania się nowego systemu gospodarki odpadami. Wyraźnie widoczny jest spadek cen surowców z materiałów segregowanych przy jednoczesnym wzroście liczby podmiotów prowadzących działalność w tej branży. Niska jakość odpadów zbieranych selektywnie uniemożliwia wykorzystanie go jako surowca w procesach recyklingu. Surowce pozyskiwane z odpadów komunalnych są różnej jakości, która to jakość jest uzależniona od sposobu ich pozyskania, tj. czy pochodzą z selektywnej zbiórki, czy ze zmieszanych odpadów komunalnych. Jest to szczególnie istotne w przypadku np. papieru, szkła czy plastiku, których jakość znacząco spada w odpadach komunalnych. Ważny jest również poziom czystości surowca, który osiągany jest w procesie sortowania. Paradoksalnie czystość surowca jest niższa przy sortowaniu mechanicznym niż przy prostym sortowaniu ręcznym, kiedy pracownik wyciąga ze strumienia odpadów żądaną frakcję surowcową. Inaczej jest w przypadku sortowania mechanicznego, kiedy automaty potrafią odzyskać większość surowców ze strumienia odpadów, ale są one znacznie zanieczyszczone i konieczna jest praca ludzka, dzięki której zostaną usunięte niepożądane zanieczyszczenia. Jednak „podwójny" proces segregacji (mechaniczny i ręczny) powoduje znaczny wzrost kosztów.

Jakość zależy od wielkości obsady sortowaczy i rzetelności ich pracy. Te elementy wpływają znacząco na uzyskiwaną za surowiec cenę. Należy zauważyć, że wraz ze wzrostem ilości surowca pozyskanego z odpadów często obniża się jego jakość, a tym samym maleje zainteresowanie recyklerów surowcem. Wysegregowane odpady komunalne nie stały się jeszcze na tyle pożądanym surowcem, żeby przychody z jego sprzedaży mogły skompensować koszty ich doczyszczania na sortowniach i przygotowania do przetwarzania. Administracyjny nakaz segregacji odpadów komunalnych nie przynosi wymiernych efektów, bowiem - co prawda ludzie segregują odpady - tyle że czynią to w taki sposób, że w odpadach zbieranych selektywnie znajduje się do 70% zanieczyszczeń. Zanieczyszczenia te trafiają jako tzw. „balast" na składowisko i są obciążone opłatą od składowania, (źródło: Logistyka odzysku nr 2/2015).
5. Podkreślenia wymaga, że MZK Stalowa Wola nie ma dostępu do korzyści i oszczędności, które wynikają z dokonywania zakupów w ramach grupy kapitałowej, i to nie tylko towarów, ale również ubezpieczeń, czy też np. usług bankowych.
6. Koszty pracownicze ponoszone przez tego Wykonawcę nie będą też niższe, gdyż koszt pracy (wynagrodzeń) innych wykonawców z uwagi na fakt, iż mają one siedziby w tym samym w województwie podkarpackim.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył

wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Trzeba zaznaczyć, że składanie wyjaśnień nie może być traktowane jako czynność pro forma .

Skoro Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a Wykonawca te wyjaśnienia złożył, to Zamawiający winien był dokonać analizy wszechstronnej i skrupulatnej opartej na przedstawionych dowodach (por. np. wyrok SO w Warszawie z 9 kwietnia 2010 r., IV Ca 1299/09, niepubl.; KIO 637/15), Dla owego "wykazania" nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, odwoływanie się do orzecznictwa, cen pozostałych ofert czy ich średniej arytmetycznej. Nie wystarczy także odwołanie do okoliczności właściwych wielu wykonawcom.

W okolicznościach Postępowania nie sposób zatem przyjąć, że MZK Stalowa Wola udowodniła brak rażącego charakteru zaoferowanej ceny, co stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji i jest podstawą do jej odrzucenia, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 UZNK. W realiach sprawy, MZK Stalowa Wola usiłuje dokonać sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. stosuje tak zaniżone ceny, iż nie obejmują one wszystkich wymaganych kosztów usług. Działania te podejmowane są w celu eliminacji z rynku lokalnego innego przedsiębiorcy (tutaj konkurentów). Także i z tego powodu oferta tego Wykonawcy powinna być odrzucona.

W odpowiedzi, pismem z dnia 5 lutego 2016 r., Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się co do zarzutów zaniechania odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola mino, iż zawiera ona ceny ujemne i cenę 0 zl Zamawiający wyjaśnił co następuje:

Zaproponowanie ceny jednostkowej w wysokości 0 zł, jak też zaproponowanie ujemnych cen jednostkowych nie przesądza o konieczności odrzucenia oferty na podstawie an. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt. 1 ustawy Pzp, art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. 915). Zgodnie z ustawą z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Z kolei cena jednostkowa towaru bądź usługi to cena ustalona za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar. w rozumieniu przepisów o miarach. Zamawiający w SłWZ prawidłowo odniósł się w zakresie definicji ceny jedynie do art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy o cenach (obecnie obowiązująca - ustawa o informowaniu o cenach towarów i usług), gdyż brak jest odesłania w ustawie Pzp do art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915), który zawiera definicję ceny jednostkowej.

Bezsporne jest więc, że cena zaoferowana przez MZK Stalowa Wola za realizację zamówienia jest wartością, dodatnia, wyrażoną w złotych, a jedynie cześć cen jednostkowych została wyrażona jako ujemna, więc uznać należy, że cena oferty jest zgodna z powyższymi definicjami ustawowymi, a więc dopuszczalna. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 4 marca 2015 r. (sygn. akt. KIO/KD 12/15) uznała, że wartość ujemna podana w ofercie w danym stanie faktycznym stanowi jedynie element kalkulacji ceny i nie może przesadzać o niezgodności oferty z przepisami prawa, ponieważ w przepisach prawa brak jest regulacji zakazującej uwzględniania w cenie wszelkiego rodzaju obniżek mających wpływ na wysokość ceny. W tamtym stanie faktycznym wykonawca zaproponował ujemną cenę za odbiór segregowanych odpadów komunalnych. Izba zauważyła ponadto, że faktem powszechnie znanym jest to, że wykonawcy uzyskują przychody ze sprzedaży surowców wtórnych pochodzących z selektywnej zbiórki odpadów. W tym momencie należy podkreślić, iż bez wątpienia taki sam stan rzeczy jest w ofercie złożonej przez MZK Stalowa Wola, gdzie Wykonawca w formularzu ofertowym (zał. nr 1 do SIWZ.) wykazuje w pozycji „zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych w sposób selektywny" wartość

---

ujemną w kwocie - ,.-1 890 000.00"" zl. Tym samym Zamawiający potraktował ją, jako upust,

swoisty rabat jakiego Wykonawca udzielił Zamawiającemu w zakresie odebranych od zamawiającego segregowanych odpadów komunalnych. Na udzielenie powyższego rabatu wpływ ma również sprzedaż surowców wtórnych przez Wykonawcę i uzyskiwanie z tego tytułu przychodów. Wartość ujemna podana przez MZK Stalowa Wola w ofercie stanowi jedynie element kalkulacji ceny i nie może przesądzać o niezgodności oferty Wykonawcy z przepisami prawa.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, iż wynagrodzenie miesięczne za wykonanie przedmiotu umowy stanowi sumę cen kosztorysowych zagospodarowania odpadów oraz ryczałtu za odbiór i transport odpadów ujętych w formularzu ofertowym. Oznacza to, że rozliczenie wykonywania usług za zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych w sposób selektywny, za które wykonawca wskazał w formularzu ujemną kwotę nie będzie stanowić jedynej podstawy do rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy. Nie wystąpi zatem sytuacja, w której zamawiający otrzyma fakturę VAT opiewającą na 0.00 zł. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 kwietnia 2011 r. (sygn. akt. KIO 676/11) odniosła się do zaproponowania w ofercie kwot 0.00 zł za konkretne pakiety zamówienia dotyczącego wywozu i odbioru odpadów. Analizując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy, uznano, że wpisanie we wszystkich pakietach “0 zł" zarówno w tabeli kosztów wywozu odpadów, jak i tabeli kosztów dzierżawy pojemników, nie oznacza braku oferowania wywozu odpadów segregowanych, lecz zobowiązanie do uczynienia tego bezpłatnie. Nie oznaczało to jednak zdaniem Izby zaoferowania bezpłatnego wykonywania usług objętych zakresem zamówienia, ponieważ każdy z pakietów obejmował też co najmniej wywóz odpadów niesegregowanych, dla których to elementów zamówienia wykonawca wskazał ceny dodatnie, większe niż 0.00 zł. W konsekwencji Izba orzekła, że określenie ceny jednostkowej “0,00 zł" za niektóre ze świadczeń w żaden sposób nie uniemożliwiało dokonywania miedzy stronami wzajemnych rozliczeń na etapie rozliczeń umowy.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez MZK Stalowa Wola w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie ustalenia, czy zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny Zamawiający wyjaśnił co następuje:

W dniu 30.12.2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp óo udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert} mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W odpowiedzi Przystępujący przedłożył w wyznaczonym terminie stosowne wyjaśnienia, które zastrzegł, jako tajemnice przedsiębiorstwa. Zgodnie z przepisem art. 8 ust.I oraz ust.3 ustawy Pzp, a także z art. 6 Dyrektywy 2004/18/WE, (gdyż. również ten artykuł ustanawia ogólną zasadę zachowania w tajemnicy informacji

oznaczonych, jako poufne) instytucje zamawiające nie powinny ujawniać informacji przekazanych przez wykonawców i oznaczonych, jako poufne, jeśli obejmują one w szczególności tajemnice techniczne lub handlowe. Natomiast zgodnie z przepisem 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 gospodarcza, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności." Informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania. formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Z kolei za informacje organizacyjne przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych doprowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Przywołując stanowisko Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 3 października 2000 r. podał, że informacje nieujawnione do wiadomości publicznej to wiadomości nieznane ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane ich posiadaniem. Taka informacja sianowi tajemnicę przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kól odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Informacja nieujawniona traci ochronę prawna, gdy każdy przedsiębiorca dowiedzieć się o niej może zwykłą i dozwoloną drogą, natomiast nie zmienia jej statusu fakt, iż jest znana pewnej ograniczonej grupie osób zobowiązanych do dyskrecji w sprawie. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Zamawiający stwierdził, że Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnień

rażąco niskiej ceny wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w aspekcie posiadanej wartości gospodarczej. Ekonomiczna wartość informacji zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami.

Budowanie przewagi konkurencyjnej - w branży odbioru i zagospodarowania śmieci - polega przede wszystkim na wyszukiwaniu kontrahentów i wynegocjowaniu z nimi dogodnych warunków współpracy, w tym przede wszystkim ceny i zasad realizacji dostaw. Zdaniem Zamawiającego, jak i Przystępującego uzyskanie przez Odwołującego wiedzy o poziomie wynegocjowanych przez Przystępującego cen (rabatów), zniwelowałoby przewagę konkurencyjną. Odwołujący mógłby bowiem nawiązać współprace z tymi samymi, co Przystępujący dostawcami i uzyskać od nich takie same lub nawet korzystniejsze oferty

---

cenowe. Ponadto zastrzeżone przez Przystępującego dokumenty zawierają szereg informacji na temat strategii budowania ceny ofertowej, w tym wskazują na wysokość zakładanego przez Przystępującego zysku, na koszty ponoszone przez Przystępującego w związku z wykonywaniem działalności gospodarczej. W ocenie Zamawiającego informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, zastrzeżone informacje nie są częścią domeny publicznej, a dostęp do nich ma ograniczony krąg osób po stronie Przystępującego. Przyczyną tego stanu rzeczy jest fakt, iż informacje te zawierają dane, które, w przypadku ich ujawnienia mogłyby stanowić źródło wiedzy dla podmiotów konkurencyjnych w odniesieniu do tego obszaru aktywności gospodarczej przedsiębiorcy, który stanowi o jego przewadze konkurencyjnej nad tymi podmiotami. Przystępujący podjął działania w celu zachowania informacji o poufności oraz wykazał Zamawiającemu, że do informacji zastrzeżonych ma dostęp poza Zarządem Spółki, ściśle wyznaczony krąg osób. Jak podkreślił Przystępujący osoby te zostały przy tym zobowiązane do zachowania informacji w poufności, przede wszystkim poprzez, zawarcie dodatkowych porozumień w sprawie zachowania poufności, które w połączeniu z ogólnym obowiązkiem lojalności pracownika względem pracodawcy, maja chronić interes Wykonawcy. Ponadto Przystępujący podjął również środki fizyczne ochrony informacji, związane z zapewnieniem odpowiedniego obiegu dokumentacji oraz wdrożeniem technologii zapewniających bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Przystępujący w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (a nie ogólnikowy jak to domniemywa Odwołujący) przedstawił wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia złożonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający bezkrytycznie przyjął zastrzeżenie przedłożonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechał ich odtajnienia. Ponadto Odwołujący zarzuca Zamawiającemu przekazanie tylko MZK Stalowa Wola kalkulacji Zamawiającego, co do podstaw oszacowania przedmiotu zamówienia. Zamawiający potwierdza powyższy fakt wyjaśniając, że informacje zostały przekazane tylko Przystępującemu gdyż to tylko Przystępujący zwrócił się o udzielenie takich wyjaśnień. Kompletnie bezzasadne jest twierdzenie Odwołującego, że owe informacje winny być przekazane innym Wykonawcom będących uczestnikami postępowania. Odwołujący zapewne myli udzielenie powyższych wyjaśnień z wyjaśnieniami jakich Zamawiający udziela w odpowiedzi na pytania Wykonawców przed terminem składania ofert i które rzeczywiście sa kierowane do wszystkich Wykonawców oraz zamieszczane na stronie internetowej Zamawiającego. Gdyby Odwołujący zwrócił się o udzielenie takowych informacji zapewne by je otrzymał, czego jednak nie uczynił, wiec najwyraźniej nie miał problemów z formułowaniem wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odnośnie zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wyjaśnił, co następuje:

Zgodnie z wypracowaną w orzecznictwie definicją rażąco niskiej ceny, za takową uznaje się cenę nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą realizację zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a zatem cenę nierynkowa. Jednocześnie w obowiązującym stanie prawnym brak

jest sztywnych wytycznych co do poziomu różnicy ofert. Zasadność ewentualnego odrzucenia oferty w uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny powinna być analizowana indywidualnie w każdym przypadku. Każdorazowo poddana badaniu cena powinna być odnoszona do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji nu rynku (por. wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r. sygn. akt: KIO 2308/14).

Zamawiający w trakcie badania ofert wezwał MZK Stalowa Wola do udzielenia wyjaśnień w trybie arl. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający biorąc pod uwagę okoliczność, że koszty ponoszone przez wykonawców mogą się różnić dla poszczególnych czynników uznał wyjaśnienia MZK Stalowa Wola i zawarte w nich kalkulacje za wiarygodne. Dodać należy, iż o nieprawidłowej ocenie wyjaśnień MZK Stalowa Wola nie mogą świadczyć twierdzenia Odwołującego o nieprawidłowościach poczynionych przez MZK Stalowa Wola przy kształtowaniu założeń ceny. Odwołujący opiera swe tezy tylko na domniemaniach ponieważ Wykonawca MZK Stalowa Wola w całości zastrzegł złożone wyjaśnienia jako „tajemnica przedsiębiorstwa" i dlatego na tym etapie nie może zarzucać zamawiającemu niepoprawność ich oceny gdyż nie zna ich treści. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż Odwołujący został również, wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ złożona oferta również była niższa o 30% od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego. Różnice bowiem między cenami ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu należy uznać, za naturalny rezultat konkurencji pomiędzy wykonawcami oraz rezultat pozostawionej wykonawcom dowolności w sposobie kalkulacji ceny.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 3 oferty z których 2 oferty znacznie odbiegały od wartości szacunkowej zamówienia. W takiej sytuacji zamawiający dokonał porównania cen pomiędzy złożonymi ofertami oraz wezwał do udzielenia wyjaśnień w trybie art 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający biorąc pod uwagę okoliczność, że koszty ponoszone przez wykonawców mogą się różnić dla poszczególnych czyników uznał wyjaśnienia MZK Stalowa Wola i zawarte w nich kalkulacje za wiarygodne. W związku z jednoznacznie brzmiącym przepisem an. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający miał obowiązek wysłać wezwanie do Wykonawcy w przypadku gdy warlość oferty będzie niższa o 30% od którejkolwiek z powyższych kwot, co nie oznacza, że zrobił to na podstawie własnych podejrzeń co do realności zadeklarowanej ceny. Różnica w cenie pomiędzy różnymi

Wykonawcami nie przesądza jeszcze o istnieniu rażąco niskiej ceny. Możliwe jest przecież, że to konkurencja zaoferowała cenę tak wysoką, że przy niej każda wydaje się rażąco niska. Nie można z faktu zaoferowania ceny niższej niż inni Wykonawcy wywodzić tezy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca przedłożył wiarygodne wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Okoliczności, wpływające na wysokość ceny usługi i argumenty przedstawione przez Wykonawcę zasługują na uwzględnienie. Bezzasadne jest zatem w ocenie Zamawiającego żądanie odrzucenia odrzucenia oferty Przystępujacego, gdy Odwołujący zarzuca, że nie jest możliwe aby Wykonawca MZK Stalowa Wola wykazał w tych wyjaśnieniach iż zaoferowana cena ofertowa nie jest rażąco niska i że wykonanie przedmiotowego zamówienia jest nierealne .

Odrzucając ofertę Zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. W niniejszym postępowaniu takiej pewności nie ma. Wykonawca wskazał okoliczności, które uzasadniają obniżenie ceny. Tym samym brak było podstaw do dokonania odrzucenia oferty Wykonawcy. Jeśli istniały dalsze wątpliwości, chociażby w zakresie przedstawiania konkretnej kalkulacji, Zamawiający miał możliwość wystąpić o taką kalkulację. Skoro jednak nie podjął dodatkowych działań oznacza, że wyjaśnienia Wykonawcy były przekonujące.

Zgodnie z wyrokiem KIO 1287/14 jeśli wyjaśnienia same w sobie są przekonujące, można na nich poprzestać. Warto za to poprzeć dowodami twierdzenia, co do których samo oświadczenie nie wygląda prawdopodobnie.

Wykonawca może poprzestać na samych szczegółowych i weryfikowalnych wyjaśnieniach, może też je poprzeć stosownymi dowodami, aby uczynić treść swoich wyjaśnień bardziej wiarygodnymi dla zamawiającego (KIO 2359/13).

Na powyższą decyzję miał również wpływ fakt świadczenia przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usługi w zakresie utrzymania terenów zieleni miejskiej dla Rejonu Parku Dzikowskiego w okresie ostatnich dwóch lat tj. (27.12.2013 r.- 26.12.2015r.) Zamawiający nie miał zastrzeżeń do obowiązków wykonywanych przez. Wykonawcę.

Dowodem staranności i jakości świadczonych usług są protokoły zdawczo - odbiorcze podpisywane bez żadnych uwag czy reklamacji. Oznacza to, że przy cenie zbliżonej do ceny zaoferowanej w przedmiotowym zamówieniu (o praktycznie tożsamym zakresie) Wykonawca był w stanie zapewnić realizację zamówienia na najwyższym poziomie. Zamawiający ocenia organizację pracy Wykonawcy jako bardzo dobrą, co przekłada się na szybkość i wysoką jakość świadczonych usług, które były wykonywane w sposób rzetelny i terminowy.

W art. 90 ust. 2 ustawy Pzp przewidziane zostały czynniki, które zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, wśród których wymienione

zostały w szczególności: oszczędność metody wvkonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w sprawie rażąco niskiej ceny w celu zapewnienia realizacji zasady zapewnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie publiczne.

Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 1989 r. w C-103/88 (Constanzo) czerwca sprawie niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Ponadto zgodnie z przyjęła linią orzeczniczą przy ocenie tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę cenę całego przedmiotu zamówienia nie zaś poszczególnych składników ceny (por. wyrok KIO z dnia 28 lutego 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 123/08, wyrok z dnia 28 grudnia 2007 r. sygn.akt: KIO/UZP 1453/07).

W zakresie zarzutu “zasady bliskości” i zaniechania odrzucenia oferty mimo niezgodności jej treści z SIWZ i nieważności na podstawie odrębnych przepisów, Zamawiający podniósł, co następuje:

Z racji rozbieżności w treści orzeczeń Krajowe] Izby Odwoławczej, które wynikają z odmiennych stanów faktycznych będących przedmiolem orzekania gmina Tamobrzeg dokonała analizy obowiązujących przepisów prawnych i odrzuca zarzuty stawiane przez Firmę A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. w przedmiocie ”zasady bliskości".

Zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż wykonawcy zobowiązani są gospodarować odpadami zgodnie z zasadą bliskości, oraz do przekazywania selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w ustawie z 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Należało by więc przyjąć, iż odpady wymienione w SIWZ ze względu na swój charakter powinny zostać przekazane przez wykonawcę do najbliżej zlokalizowanej instlacji położonej na obszarze regionu gospodarki odpadami konumalmirm.na obszarze regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone.

Ustawa o odpadach w art. 20 ust. 1 formułuje wymóg, aby odpady, w pierwszej kolejności przetwarzane były w miejscu ich powstania. Dopiero wtedy, kiedy jest to niemożliwe, mogą być przekazywane do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone z. uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz

najlepszej dostępnej techniki lub technologii, o której mowa w art 143 ustawy z 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska.

Czytając przepisy łącznie należałoby uznać, iż wykonawca składający ofertę w omawianym postępowaniu, ze względu na rodzaj odpadów, powinien przekazywać je do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone w obrębie regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone. Z tymi zapisami należałoby się zgodzić, gdyby w regionie istniała jednak instalacja RIPOK.

Ponieważ są w Polsce regiony gdzie funkcjonują dwie instalacje RIPOK ustawodawca znowelizował ustawę o utrzymaniu w czystości, wprowadził zmiany także w obowiązujących wówczas ustawie o odpadach, wprowadzając zakaz przetwarzania: zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych (o ile

są przeznaczone do składowania) oraz odpadów zielonych, poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone (obecny art. 20 ust. 7 nowej ustawy o odpadach). Zakazuje się także przywozu na obszar regionu gospodarki odpadami komunalnymi ww. odpadów, wytworzonych poza obszarem tego regionu (an.20 ust. 8). Jest to zatem przepis wykluczający możliwość wskazania instalacji położonej poza regionem.

Zgodnie z ustawową definicją regionem gospodarki odpadami komunalnymi jest obszar sąsiadujących ze sobą gmin liczących łącznie co najmniej 150 tys. mieszkańców i obsługiwany przez regionalne instalacje przetwarzania odpadów komunalnych. Za region gospodarki odpadami komunalnymi może być także uznany obszar gminy liczącej powyżej 500 tys. mieszkańców.

Dyrektywa 2008/98/WE w sprawie odpadów, poświęca szczególną uwaije zasadzie bliskości. Dyrektywa obliguje państwa członkowskie do podjęcia działań w celu stworzenia zintegrowanej sieci zakładów zajmujących się unieszkodliwianiem odpadów z wykorzystaniem najnowszych technologii, niepociągających nadmiernych kosztów, zgodnie ze szczególnymi założeniami (tj. unieszkodliwianie lub odzysk odpadów w jednej z najbliżej położonych odpowiednich instalacji), w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska oraz zdrowia publicznego. Warto przywołać w tym miejscu wyrok KIO 1398/11 z dnia 15 lipca 2011 r. wg. którego miejsca, w których odpady mają być unieszkodliwiane muszą spełniać obydwa kryteria, tj. techniczno-technologiczne oraz odległościowe, zaś obydwa kryteria mają znaczenie równorzędne.

• A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. ul. Strefowa 8.39-400 Tarnobrzeg jest instalacją mechaniczno - biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych - MBP,
• Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o. ul. Komunalna 1.37-450 Stalowa Wola- Instalacja mechaniczno - biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych

---

.MBP (w budowie) i Instalacja do składowania odpadów powstających w
- procesie mechaniczno biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych - składowisko (RIPOK).

Gmina ma do wyboru: jeśli ma własną regionalna instalacje przetwarzania odpadów komunalnych wówczas w siwz wskazuje odbierającemu odpady komunalne te instalację. (A.S.A. Tarnobrzeg Sp. zo. o. ul. Strefowa 8,39-400 Tarnobrzeg nie jest instalacja, gminy tylko prywatną) nalomiast jeśli nie posiada powinna ja wyłonić w trybie art. 3a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Jeżeli gmina ogłosi przetarg na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wówczas przedsiębiorca wyłoniony w drodze przetargu zobowiązany jest do kierowania odpadów do RIPOK w ramach regionu.

W przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, gmina nie wskazuje RIPOK w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, wyłoniony w drodze przetargu sam decyduje do której instalacji przekaże odpady, a więc zarówno zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, jak też odpady komunalne odbierane selektywnie.

Należy jednak pamiętać o zapisie art. 9e ust. 1 ww. ustawy zgodnie, z którym niezależnie od rodzaju przetargu stosowanego przez gminę - podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest zawsze zobowiązany do:

a) przekazania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania, przeznaczonych do składowania - do instalacji posiadającej status regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych i obsługującej region, w którym działa przedsiębiorca,

b) przekazywania selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach.

Wyłoniona przez Gminę firma spełnia wszystkie warunki.

Decydującym argumentem niewykluczenia ze względu na złamanie “zasady bliskości” był jednak fakt złamania zasady konkurencyjności w tym zakresie z uwagi na określenie w wojewódzkim planie gospodarki odpadami dwóch Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla Regionu.

Kierujący się tylko “zasadą bliskości” gmina Tarnobrzeg organizując obowiązek przetargowy wynikający z ustawy musiałaby za każdym razem dopuścić tylko jednego

wykonawcę, Firmę A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. posiadającą instalacje RIPOK w Tarnobrzegu. Gdyby gmina uznała zarzuty firmy A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. dotyczące "zasady bliskości" i odrzuciła z przetargu firmę MZK Stalowa Wola, RIPOK nie zostałby

wybrany z wykorzystaniem konkurencyjnych procedur przewidzianych przez przepisy p.z.p., przez co wyeliminowana zostaje możliwość wykorzystania potencjału MZK w Stalowej Woli. Takie działanie zamawiającego stanowiące zaniechanie stosowania procedur przewidzianych p.z.p. kwalifikuje się do wszczęcia postępowania w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Dlatego na bezpośrednie rozstrzygniecie w tej sprawie znaczenie miały przepisy o ochronie konkurencji (art. 9 i 10 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów) i klóre w zasadniczy sposób wpłynęły na rozumienie przepisów p.z.p. oraz u.e.p.g. na gruncie stanu faktycznego. Gmina nie może zaakceptować czynności, która naruszałaby imperatywne przepisy usuwy o ochronie konkurencji i konsumentów, jako jednocześnie pozostające w zgodzie z przepisami p.z.p. oraz u.e.p.g. Kłóci się to z podstawowymi regułami interpretacji systemowej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o., ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

W złożonym piśmie procesowym Przystępujący podniósł, co następuje:

W odniesieniu do ujęcia w ofercie Przystępującego ujemnych elementów rozliczeniowych:

Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 5.710.325,04 zł brutto. Wskazana cena jest wartością dodatnią i, o czym szerzej poniżej, jak najbardziej realną, rynkową, tj. ceną odpowiadającą kosztom, jakie wykonawca ponosiłby w związku z realizacją przedmiotu zamówienia oraz uwzględniającą rozsądny zysk. Na marginesie powyższego dodać należy, że Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 6,370.725,60 zl brutto, tj. cenę wyższą od ceny Przystępującego jedynie o ok. 660.000 zł.

Tak określona przez Przystępującego cena oferty odpowiada wymogom SIWZ, w szczególności wyrażonym w pkt XIV SIWZ. Zgodnie z pkt XIV ppkt 1 SIWZ: *„Cena -- należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U, Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.). Cenę oferty stanowi suma wartości wszystkich jej elementów, zawierająca wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia (...)".*

O tym, jakie elementy składają się na cenę w rozumieniu zapisów SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa, przesądza treść Formularza oferty. Zgodnie z Formularzem oferty, wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie mieli wskazać cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia (cena = A+B) oraz elementy, które składają się na tą

cenę, tj. cenę odbioru i transportu odpadów (A) oraz cenę zagospodarowania odpadów (B). Okolicznością bezsporną jest, że w przypadku Przystępującego zarówno wartość A, jak i B podana w jego ofercie jest wartością dodatnią (A =3.455.835,84 zł, B = 2.254.489,20 zł).

W tym dodać należy, że Zamawiający nie zawarł w zapisach SIWZ żadnych dodatkowych wymogów odnośnie sposobu kalkulowania, czy to ceny jako takiej, czy to cen podanych w Formularzu ofertowych jako ceny A i B. W pkt XIV ppkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał jedynie, że *„cena oferty* (a więc cena wyliczona jako A+B - przypis Przystępującego) *powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia (łącznie z ubezpieczeniem, podatkami, kosztami pracowniczymi, narzutami, zyskiem, ewentualnymi upustami, itp.). Oferowana cena musi zawierać wszystkie składniki kosztów wynikające z opisu przedmiotu zamówienia oraz uwzględniać wymagania i informacje Zamawiającego zamieszczone w SIWZ - musi zawierać także wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia".* Zapisy SIWZ nie przesądzały jednak, w jaki sposób wykonawca winien zawrzeć w ofercie wspomniane w SIWZ upusty. Nie zawierały także zapisów, które wykluczałby możliwość zastosowania ujemnych elementów rozliczeniowych będących wynikiem zastosowania przez wykonawcę tychże upustów.

W tej sytuacji bez znaczenia prawnego pozostaje okoliczność, iż Przystępujący dla potrzeb wyliczenia wartości B - cena zagospodarowania odpadów - przyjął wartości ujemne oraz wartość 0 zł (zagospodarowanie zużytych opon).

Wobec braku jednoznacznych zapisów SIWZ zakazujących taki sposób ujęcia ceny ofertowej, nie sposób postawić Przystępującemu zarzutu, że jego oferta pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ.

W orzecznictwie dotyczącym omawianej kwestii konsekwentnie przyjmowany jest bowiem pogląd, że stawiając zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ należy wskazać konkretny zapis SIWZ, z którym oferta wykonawcy pozostaje w sprzeczności. Co przy tym istotne, dla ustalenia „niezgodności" złożonej oferty z treścią SIWZ rozstrzygająca jest literalna treść zapisów SIWZ, na co zwraca uwagę chociażby Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 13 stycznia 2015 r., sygn. akt X1S Ga 731/14.

Za chybiony uznać należy także zarzut, iż przyjęcie przez Przystępującego ujemnych elementów rozliczeniowych przesądza o niezgodności treści jego oferty z ustawą. Odwołujący, stawiając ten zarzut, wskazuje, że wartości te winny być traktowane jako ceny jednostkowe, o których mowa w art, 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Jednakże stanowisko to nie znajduje oparcia w zapisach SIWZ, które wprost nie odwołują się ani do pojęcia ceny jednostkowej, ani do wskazanego przepisu. Nie czynią tego także przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, które z kolei odwołują się wyłącznie do pojęcia „ceny", zdefiniowanego w art. 3

ust. 1 pkt 1 ww, ustawy (zob. np. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2015r. sygn. akt KIO 1246/15). Nie jest więc w niniejszej sprawie tak, jak twierdzi Odwołujący, że obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie „dodatnich" oraz większych niż 0 cen jednostkowych.

Poprawność przyjętego przez Przystępującego do postępowania mechanizmu wyliczenia ceny ofertowej znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (Izby). I tak: w wyroku z dnia 12 lutego 2014r.; sygn. akt KIO 197/14, czytamy: *„Izba uznała, iż przywoływany przez Zamawiającego pojedynczy zapis w pkt 18.3 SIWZ nie uzasadniał twierdzenia, iż wskazanie w formularzu cenowym wartości "0,00" przez Wykonawcę stanowiło o sprzeczności oferty z ustawą. W ocenie Izby, dla uznania niezgodności oferty z definicją ceny przesądzające znaczenie mogłaby mieć jedynie cena oferty ogółem (za całość przedmiotu zamówienia), wskazana w podsumowaniu w formularzu cenowym i przeniesiona do formularza oferty w pkt 1, co pozostaje w zgodzie z jednolitym stanowiskiem orzecznictwa".*

Z kolei w uchwale Izby z dnia 4 marca 2015r., sygn, akt KIO/KD 12/15, wskazano: „Z *ustaleń Prezesa UZP wynika, że dwóch wykonawców (Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. oraz ASA EKO Polska Sp. z o.o. - Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. - Członek konsorcjum) skalkulowało cenę ofertową ujmując w formularzu cenowym w pozycji dotyczącej segregowanych odpadów, ceny jednostkowe ujemne, Prezes UZP uznał, że ujemna cena jednostkowa jest niezgodna z przepisami prawa, w tym z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach. Izba nie podziela stanowiska Prezesa UZP. Zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o cenie należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. I pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz.1050 zpóźn. zm.). Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach poprzez pojęcie cena należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarowy i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) pod/ega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Cena zaoferowana przez Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. wyniosła brutto l.855.008,00 zł, zaś przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ASA EKO Polska Sp. z o. o. - Lider konsorcjum oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkeł Kraków Sp. z o.o. - Członek konsorcjum) brutto ł.395.360,00 zł. Bezsporne jest więc, ż.e cena zaoferowana przez obu wykonawców za realizację zamówienia jest wartością dodatnią i Zgodną z przepisami przywołanymi powyżej. W omawianym przypadku Jzba stanęła na stanowisku, że podana przez powyższych wykonawców wartość ujemna odnosiła się jedynie do jednego ze*

składników wpływających na cenę oferty. Tym samym należy ją potraktować jako upust, swoisty rabat jakiego wykonawcy udzielili Zamawiającemu w zakresie odebranych od zamawiającego segregowanych odpadów komunalnych. Na udzielenie powyższego rabatu wpływ miała sprzedaż surowców wtórnych przez wykonawców i uzyskiwanie z tego tytułu przychodów. Faktem powszechnie znanym jest to, iż wykonawcy uzyskują przychody ze sprzedaży surowców wtórnych pochodzących z selektywnej zbiórki odpadów. W ocenie Izby wartość ujemna podana przez wykonawców w ofercie w omawianym powyżej zakresie stanowi jedynie element kalkulacji ceny i nie może przesądzać o niezgodności oferty wykonawcy z przepisami prawa, ponieważ w przepisach obowiązującego prawa brak jest regulacji zakazującej uwzględniania w cenie wszelkiego rodzaju obniżek mających wpływ na wysokość ceny, co bez wątpienia miało miejsce w tym przypadku. Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt ustawy o cenach."

Odwołujący wskazał nadto, że zastosowanie przez Przystępującego do postępowania ujemnych elementów rozliczeniowych stanowi jednocześnie błąd w obliczaniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Wniosek ten, jak wynika z uzasadnienia odwołania, jest konsekwencja przyjęcia przez Odwołującego, że treść złożonej przez Przystępującego do postępowania oferty jest niezgodna z treścią ustawy i treścią SIWZ. Odwołujący nie przedstawia w tym zakresie dalej idącej argumentacji. W tej sytuacji, wykazanie, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach faktycznym niniejszej sprawy, winno skutkować przyjęciem, że także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie potwierdził się.

Odnośnie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, Przystępujący podniósł, że Odwołujący bardzo wąsko określił okoliczności faktyczne stanowiące podstawę tego zarzutu. Odwołujący, stawiając zarzut, wskazuje wyłącznie na fakt zaoferowania przez Przystępującego do postępowania cen ujemnych i ceny 0 zł, które to, zdaniem Odwołującego, są całkowicie „oderwane od rzeczywistych kosztów świadczenia". Odwołujący nie kwestionuje przy tym sposobu dokonania przez Przystępującego do postępowania wyceny pozostałych elementów przedmiotu zamówienia. Nadto, Odwołujący wskazuje na określenie przez Przystępującego do postępowania w jego ofercie ceny za zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych na poziomie niższym niż cena oferowana innym podmiotom, w tym Odwołującemu, co ma także stanowić podstawę do przyjęcia, iż Przystępujący do postępowania w sposób nienależyty wykorzystuje udzieloną mu pomoc publiczną.

Przechodząc do szczegółowego uzasadnienia podniesiono, że czyn nieuczciwej konkurencji, wskazany przez Odwołującego, polegający na naruszeniu normy art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, został uregulowany następująco „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów łub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców".

Przepis ten dotyczy zatem tzw. zaniżania cen. Zaniżaniem cen jest zjawisko gospodarcze, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, czyli takie zaniżanie cen, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę straty, czyli tzw. sprzedaż ze stratą. Chodzi tutaj o negatywny wynik działalności przedsiębiorcy w określonym segmencie, a nie o stratę na każdej sztuce towaru czy też każdej usłudze (por. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz pod red, Prof. J. Szwaji 2. Wydanie, C.H. Beck, Warszawa, 2000r, str. 551 i nast.). Przystępujący do postępowania nie ponosi strat w związku z koniecznością tzw. doczyszczenia odpadów zebranych w sposób selektywny, niemniej jednak, nawet gdyby straty takie ponosił, Odwołujący nie wykazał, by sytuacja ta przekładała się na niedoszacowanie ceny ofertowej jako takiej, tj. by Przystępujący miał osiągnąć negatywny wynik finansowy na realizacji całości zamówienia. Takie oczekiwanie względem Odwołującego jest tym bardziej zasadne, jeśli uwzględni się, jak niewielka jest różnica pomiędzy ceną ofertową Przystępującego do postępowania a ceną Odwołującego,

Na marginesie powyższego, warto przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie o sygnaturze akt XXIII GA475/09, w którym czytamy: *„Sąd nie znalazł także przesłanek*

świadczących *o tym, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w z w. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez przyjęcie, że upust w cenie biletów lotniczych nie jest czynem nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten wymagał udowodnienia przez skarżącego, że zastosowany przez X Sp. z o.o. i pozostałych wykonawców upust cenowy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a to wiązało się z koniecznością dokonania przez skarżącego przekonywującej i wystarczająco pogłębionej analizy rynku sprzedaży biletów lotniczych, która dopiero wykazałaby słuszność omawianego zarzutu. Taka analiza nie została jednak w niniejszym postępowaniu przeprowadzona. Skarżący Jedynie w sposób wybiórczy powołał się dla poparcia swojego stanowiska na pisma kilku przewoźników, co nie oddaje faktycznych stosunków rynkowych, W konsekwencji należało uznać, że omawiany zarzut nie został przez skarżcjcego udowodniony".*

A zatem, konkludując, należy wskazać, że samo postawienie zarzutu dokonania czynu nieuczciwej konkurencji poprzez wskazanie, że *„poszczególne elementy oferty MZK*

Stalowa Woła, jak i w konsekwencji oferta tego wykonawcy jako całość i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji" to stanowczo za zbyt ogólne postawienie zarzutu, będące jedynie hipotetycznym stwierdzeniem. Aby wykazać, że rzeczywiście doszło do dokonania czynu nieuczciwej konkurencji należało w sferze dowodowej wykazać, że cena ofertowa MZK, była ceną zaoferowaną poniżej kosztów, w celu eliminacji konkurencji. Dowód taki nie został tymczasem przez Odwołującego przeprowadzony.

Odnosząc się do kwestii zaoferowania przez Przystępującego do postępowania ceny za zagospodarowanie 1 Mg zmieszanych odpadów wskazanej na poziomie 183 zl neito, w sytuacji gdy w korespondencji z innymi podmiotami Przystępujący wskazywał jako cenę obowiązującą cenę 210 zł netto, wskazano, że przepisem wskazywanym przez Odwołującego stanowiącym, według odwołującego, podstawę prawną dla tegoż naruszenia, ma być art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK. Przepis art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK brzmi następująco: *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów."* Przepis ten dotyczy zatem zakazu, którego przedmiotem jest jedynie zróżnicowanie cen w obrocie gospodarczym poprzez rabaty, dopłaty do cen czy upusty cenowe, stosowane wobec dostawców lub odbiorców tego samego szczebla, które jest sprzeczne z dobrymi obyczajami przez to, że jest rzeczowo nieuzasadnione. Taka sytuacja nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

Po pierwsze, Odwołujący, pismem z dnia 21 października 2015r. zwrócił się do Przystępującego z prośbą o udzielenie informacji odnośnie możliwości zagospodarowania w instalacji wykonawcy zmieszanych odpadów komunalnych i kosztów z tym związanych. W odpowiedzi na to pismo, Przystępujący do postępowania w dniu 27 października 2015r. wyraził gotowość przyjęcia do przetworzenia takich odpadów, wskazując (cyt.:), że *„koszt zagospodarowania 1 Mg odpadów o kodzie 20 03 01 w naszej Instalacji dla nowo zawieranych umów wynosi w chwili obecnej 210 zł netto plus 8% VAT+226,80 zł".*

Odwołujący przed złożeniem ofert w niniejszym postępowaniu nie wystosował do Przystępującego do postępowania zapytania, jak koszt ten będzie kształtował się w roku 2016 r. i w latach następnych, na które to lata przypada okres realizacji przedmiotu zamówienia.

Okoliczność ta jest o tyle istotna, o ile w latach poprzednich Przystępujący do postępowania faktycznie różnicował tzw. „cenę na bramie" instalacji dla gmin, które w drodze porozumienia międzygminnego przekazały gminie Stalowa Wola obowiązki w zakresie budowy instalacji regionalnej, a więc gmin, które uczestniczyły w procesie inwestycyjnym, wynikiem którego jest wybudowanie przez Przystępującego do postępowania instalacji

RIPOK. Gminy te uiszczały opłatę niższą niż gminy w porozumieniu tym nie uczestniczące (przedsiębiorcy przekazujący odpady pochodzące z tych gmin).

Z różnicowania tych cen, Przystępujący do postępowania zrezygnował w roku 2016, podejmując stosowna uchwalę Zarządu Spółki, przyjmującą jednolity cennik za zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych w instalacji. Uchwała ta została

podjęta 31 grudnia 2015 r., sam zaś cennik został opublikowany na stronach internetowych Spółki w styczniu 2016r., niemniej decyzja w tym przedmiocie została podjęta przez Spółkę wcześniej i w razie otrzymania stosownego zapytania ze strony Odwołującego, informacja ta zostałaby Odwołującemu przekazana.

Okoliczność, iż Odwołujący nie pozyskał od Przystępującego do postępowania danych, które być może pozwoliłby mu w odmienny sposób skalkulować własną cenę ofertową, nie może stanowić o naruszeniu przez Przystępującego do postępowania zasad uczciwej konkurencji. Uwzględniając profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez Odwołującego, można oczekiwać od niego podwyższonej staranności w tym zakresie.

Po drugie, niezależnie od powyższego dodać należy, że budowa regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) przez Przystępującego do postępowania została, jak słusznie wskazuje Odwołujący, dofinansowana ze środków publicznych. Na etapie pozyskiwania tego wsparcia, Przystępujący do postępowania musiał przedstawić instytucjom udzielającym wsparcia finansowego model finansowania inwestycji, w którym należało przedstawić planowane przychody z realizacji inwestycji i uzasadnić cenę „na bramie", jaka będzie obowiązywała w okresie trwałości projektu, W modelu tym Przystępujący do postępowania założył zróżnicowanie cen „na bramie" dla podmiotów (gmin) objętych porozumieniem i gmin spoza porozumienia. Rozwiązanie to zostało zaakceptowane przez Ministerstwo Środowiska i Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska jako zgodne z obowiązującym prawem i uzasadnione w okolicznościach faktycznych sprawy. Gminy uczestniczące w porozumieniu ponosiły bowiem koszty związane z realizacją przedsięwzięcia, z drugiej zaś strony, na etapie eksploatacji inwestycji, gwarantowały skierowanie do instalacji celem przetworzenia całego strumienia odpadów pochodzących z ich terenu (w tym tzw. odpadów surowcowych). Gmina Tarnobrzeg, mimo wcześniejszych założeń, nie została członkiem porozumienia międzygminnego, o którym mowa, niemniej model finansowy przedłożony celem uzyskania dofinansowania zakładał, iż dla osiągnięcia rezultatu finansowego inwestycji konieczne jest pozyskanie odpadów także z terenu tej gminy.

Wobec poważnego, za oczywiście bezzasadny uznać należy także zarzut „nadużycia" przez Przystępującego do postępowania pomocy publicznej. Abstrahując w tym miejscu od oceny, czy w niniejszej sprawie mamy do czynienia z pomocą publiczną,

wskazać należy, że Przystępujący do postępowania nie wykorzystuje udzielonego mu wsparcia finansowe w sposób niezgodny z jego przeznaczeniem. Przeciwnie, cena „na bramie" instalacji oraz ta oferowana w przetargach jest ustalana na zasadach określonych w Modelu finansowym inwestycji, który był przedmiotem oceny i akceptacji ze strony podmiotów udzielających dofinansowania.

Odnośnie zarzutów dotyczących naruszenia “zasady bliskości”, Przystępujący podniósł, że Odwołujący, powołując się na art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. ztn.; dalej jako: „u.o.") wskazał, że odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania. Ponadto, na mocy art. 20 ust. 2 u.o., odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Zdaniem Odwołującego, powyższe przepisy, jak również wyrażone w ustawie o odpadach cele gospodarki odpadami, poparte przywołanymi w treści odwołania przepisami prawa Unii Europejskiej, definiują zasadę bliskości w bardzo ograniczony, a jednocześnie prosty sposób, tj. jako najbliższą odległość pomiędzy miejscem powstania odpadów a zadeklarowaną przez wykonawcę instalacją, w której zamierza on przetworzyć te odpady. Taka teza ma znajdować również potwierdzenie, zdaniem Odwołującego, w orzeczeniu KIO z dnia i 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1666/15, którego to fragment Odwołujący przywołuje w swym odwołaniu. Stanowisko to nie zasługuje na uwzględnianie.

Stawiając taki zarzut, Odwołujący pomija, iż kwestie gospodarowania odpadami komunalnymi uregulowane zostały przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: ustawa u.e.p.g.). Przepisy tej ustawy stanowią, regulację szczególną względem przepisów ustawy o odpadach, co znajduje potwierdzenie w treści art. 1a u.e.p.g., zgodnie z którym w sprawach dotyczących

postępowania z odpadami komunalnymi w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21, z późn. zm.).

Kwestia przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych do przetworzenia we właściwej instalacji uregulowana została w art. 9e ust. 1 pkt 2 u.e.p.g. w ten sposób, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów do regionalnej do zielonych bezpośrednio instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. O tym, które instalacje do przetwarzania odpadów

komunalnych są właściwe do przetwarzania odpadów pochodzących z danego regionu gospodarki odpadami decydują przepisy prawa miejscowego, tj. uchwały Sejmiku danego województwa w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami komunalnymi. Dopiero przetworzenie zmieszanych odpadów komunalnych poza regionem gospodarki odpadami, w którym zostały one wytworzone stanowi, po myśli art. 173 ust. 1 u.o. w zw. z art. 20 ust. 7 pkt 1 u.o., naruszenie obowiązujących przepisów prawa. W przypadku zmieszanych odpadów komunalnych zasada bliskości, o której mówi Odwołujący, jest więc realizowana na poziomie regionów gospodarki odpadami komunalnymi. Podmiot odbierający zmieszane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości nie ma więc obowiązku dokonywania wyboru regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów poprzez pryzmat odległości, jaka dzieli instalacje od gminy, z której odbierane są odpady.

Jak wynika z załącznika nr 1 do Uchwały Nr XXIV/410/!2 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 27 sierpnia 2012 r., Tarnobrzeg i Stalowa Wola należą do tego samego Regionu Północnego Województwa Podkarpackiego gospodarki odpadami, a co za tym idzie Przystępujący do postępowania przewożąc odpady z Tarnobrzegu do Stalowej Woli nie będzie wywoził ich poza region gospodarki odpadami, w którym odpady te powstały, co za tym idzie Przystępujący nie naruszy przepisów odnoszących się do omawianych kwestii, w szczególności zaś zasady bliskości. Przystępujący odwołał się do stanowiska zawartego w wyroku Izby z dnia 10 lipca 2013 r., sygn, akt KIO 1534/13.

Na marginesie powyższego dodano, że cytowane przez Odwołującego orzeczenie Izby wydane w sprawie o sygn, akt KIO 1666/15 odnosi się do zupełnie innego stanu faktycznego, w którym zamawiającym był Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie, a przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usług w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów medycznych. Należy podkreślić, że względem odpadów medycznych stosuje się inne zasady niż względem odpadów komunalnych, o czym stanowi art, 20 ust, 3 pkt 2) w zw. z art. 20 ust. 4 u.o. Zgodnie z tymi przepisami, zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone oraz przywozu na obszar województwa tych odpadów, wytworzonych poza obszarem tego województwa, Wybrany przez Odwołującego cytat z orzeczenia KIO 1666/15 ma więc charakter wybiórczy i dopasowany pod tezę Odwołującego, w związku z czym w żadnym razie nie można używać go jako argumentu za poparciem tez stawianych w odwołaniu.

Reasumując powyższe wskazać należy, że zaoferowanie przez Przystępującego do postępowania zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia w należącej do niego, a zlokalizowanej w Stalowej Woli,

regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) nie stanowi naruszenia obowiązujących przepisów prawa. Nie świadczy to lakżc o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią S1WZ, skoro wymóg zagospodarowania odpadów w instalacji regionalnej zlokalizowanej w Tarnobrzegu nie został w SIWZ wyrażony wprost.

Odnośnie zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący podniósł, że w odwołaniu Odwołujący wskazał, że Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 5.710.325,04 zł, co stanowi kwotę niższą o ponad 30% od wartości zamówienia. W takich okolicznościach Zamawiający, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty, mających

wpływ na wysokość ceny. Jak dalej wskazywał Odwołujący, dnia 19 stycznia 2016 r. zwrócił się on do Zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Z kolei Zamawiający, pismem z dnia 20 stycznia 2016 r., poinformował Odwołującego o odmowie udostępnienia wyjaśnień Przystępującego, argumentując, że *„ze względu na trudność oddzielenia elementów pisma objętych tajemnicą przedsiębiorstwa od elementów jawnych oraz ze względu na jaki, że poszczególne elementy pisma tworzą jedng spójną całość, takie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne (...)".* Ponadto, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający udostępnił tylko i wyłącznie Przystępującemu szczegółowe wyliczenia, stanowiące podstawę oszacowania przedmiotu zamówienia, które to szczegółowe kalkulacje miały posłużyć Przystępującemu przy formułowaniu wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny oraz które nie były przekazane innym wykonawcom.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 8 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. oraz art. 96 ust. 3 Pzp. W dalszej części Odwołujący prezentuje szeroki wywód prawny nt. zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i tajemnicy przedsiębiorstwa. W podsumowaniu tych rozważań, Odwołujący wskazał, że *„(...) bezprawne zaniechanie odtajnienia wyjaśnień co do elementów oferty MZK Stalowa Wola, mających wpływ na wysokość ceny, utrudniła Odwołującemu zweryfikowanie, czy oferta (a została prawidłowo zbadana i oceniona przez Zamawiającego, i czy nie podlega odrzuceniu. Dlatego zasadne jest* żądanie *odtajnienia tych informacji, w tym także samego uzasadnienia utajnienia wyjaśnień (o ile takie zostało przedstawione przez MZK Stalowa Wola), Dopiero po zapoznaniu się z treścią tych wyjaśnień, Odwołujący będzie mógł dokonać pehej weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego w zakresie oceny oferty w odniesieniu do aspektu rażąco niskiej ceny".* Tak postawiony zarzut odwołania jest oczywiście niezasadny.

Zgodnie z 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. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, *„przepis ten odnosi się do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak z uwagi na okoliczność, ii zastrzegane informacje mogą znajdować się takie w innych dokumentach, np. w wyjaśnieniach wykonawcy, zasadę tę należy stosować do wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu"* (wyrok KIO z dnia 18 września 2015 r.,sygn. akt KIO 1947/15).

Przystępujący w treści wyjaśnień zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść tych wyjaśnień oraz dołączone do nich załączniki oraz wykazał ziszczenie się wszystkich przesłanek koniecznych dla skutecznego utajnienia wyjaśnień.

Odwołujący stawiając tezę przeciwną, zgodnie z arl. 190 ust. 1 Pzp, winien był wykazać, że zastrzeżenie to było nieskuteczne. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 14 września 2015r., sygn. akt KIO 1809/15 i nast., *„to odwołujący, formułując zarzuty nieuprawnionego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji w treści odwołania w zasadzie, poza odniesieniem się do zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa "Metodyki realizacji zamówienia" i wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w trybie arl. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie odniósł się do innych dokumentów, zawierających informację objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Cytował szeroko literaturę i orzecznictwo. Niemniej jednak nie przedstawił jadnych argumentów wskazujących na to, dlaczego określony dokument (zawierający dane informacje) nie może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Przeciwnie - jak podnosił -- oczekuje, że to Izba zbada zasadność zastrzeżenia każdego z zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów. Pamiętać jednak należy, że postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny. Tak więc to odwołujący, w tym przypadku wykonawca, powinien był wykazać, opierając się chociażby na jawnym zestawieniu dokumentów, które tą tajemnicą zostały objęte (18 dokumentów w ofercie wykonawców BPK), że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i decyzja o ich nieodtajnianiu w tym stanie faktycznym i w odniesieniu do wprost wskazanych dokumentów była nieprawidłowa. "Skoro skarżący twierdzi, że informacje zastrzeżone przez, wykonawców nie powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, winien przedstawić dowody dla stwierdzenia tych faktów. Na etapie postępowania przed KIO, (...) to skarżący, jako strona atakująca powinien podważyć słuszność decyzji zamawiającego, to na nim spoczywa ciężar*

dowodu" (wyrok SO w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2011 r„ sygn. akt VCa 3061/11)" (wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r., sygn. akt KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15),

Przystępujący ma świadomość, że nie wszystkie elementy jego pisma mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa (np. powołane w nim orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej

waloru takiego nie posiada), jednak ze względu na trudność oddzielenia elementów pisma objętych tajemnicą od elementów jawnych, jak również takt, że poszczególne elementy pisma tworzą jedną, spójną całość, takie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne (por. np. wyrok KIO z dnia 15 września 2015 r., sygn. akt KIO 1894/15),

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 2239/13, KIO 2240/13: Izba zważyła, że skoro poza wszelkim sporem jest okoliczność podjęcia przez Zamawiającego takiej, a nie innej decyzji, nie ma znaczenia, w jakim trybie została podjęta, aie czy materialnie jest prawidłowa - nieudostępnionc informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. *,,Jakkolwiek w części wyjaśnień MPO rzeczywiście znajdują się jedynie informacje ogólne na temat właściwości i sposobu działania spodki, które są nie tylko powszechnie znane, ale także były powoływane przez Przystępującego MPO przed Izbą, i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. To jednak z tych samych względów nakazywanie odtajnienia poszczególnych części wyjaśnień nie miałoby* żadnego *wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W pozostałym zakresie dotyczącym konkretnych danych o kosztach i innych wielkościach ekonomicznych, wyjaśnienia zawierały tzw. dane wrażliwe spółki posiadające dła niej znaczną wartość gospodarczą".*

W innym orzeczeniu, Izba stwierdziła, że *,,(...) naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 i arf. 96 ust. 3 pzp nie ma i nie może już mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania, a zatem według art. 192 ust. 2 pzp nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Odtajnienie i udostępnienie informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa obecnie nie ma i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na ustalony przez. Zamawiającego wynik postępowania. Izba wzięła pod uwagę,* że *Odwołujący, pomimo* że *nie znał częściowo wyjaśnień Przystępujących co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzuty naruszenia art. 89 ust, 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 pzp, które Izba rozpoznała i uznała za niezasadne. W konsekwencji nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie moje przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty Przystępującego ZRUG jako najkorzystniejszej. Analiza wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy bowiem stwierdzeniu, czy oferta wykonawcy nie podłego odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 pzp. Jednakże w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym, wyroku, zaś ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu"* (wyrok KIO z dnia 03 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 561/15).

Przekładając powyższe orzeczenia na przedmiotową sprawę, podkreślić trzeba, że nawet przy przyjęciu, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa czy

informacje ogólne dot. Przystępującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, i tak brak podstaw do uwzględnienia odwołania z mocy art. 192 ust. 2 Pzp.

Osobno należy potraktować uwagi Odwołującego co do udostępnienia protokołu i załączników do protokołu postępowania. Sposób działania Zamawiającego w tym aspekcie, tj. udostępnienie Przystępującemu ww. dokumentów, ma rzekomo faworyzować Przystępującego i stanowić uzasadnienie dla naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 Pzp.

Niestety, Odwołujący nie rozwija szerzej tego wątku w odwołaniu, formułuje jednak taki zarzut i wskazuje, że Zamawiający *"(...) udostępnił tylko temu wykonawcy (Przystępującemu) szczegółowe wyliczenia, stanowiące podstawę oszacowania przedmiotu zamówienia, które to szczegółowe kalkulacje miały posłużyć MZK Stalowa Wola przy formułowaniu wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, oraz które nie były przekazane innym wykonawcom".* Odwołujący nie bierze bowiem w ogóle pod uwagę, że kwestie związane z udostępnianiem protokołu i załączników do protokołu reguluje Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458; dalej jako: „Rozporządzenie"). Zgodnie z § 5 ust. 1 Rozporządzenia, zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek, Natomiast, zgodnie z § 5 ust. 5 Rozporządzenia, zamawiający udostępnią wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. Powyższy zarzut Odwołującego należy więc skwitować stwierdzeniem, że nic nie stało na przeszkodzie, aby taki wniosek do Zamawiającego złożył i w ten sposób uzyskał informacje, o które ubiega! się Przystępujący. Nie sposób jednak dojść, w jaki sposób korzystanie z uprawnień przewidzianych Rozporządzeniem, stanowi naruszenie art. 96 ust. 3 Pzp.

Odnośnie zarzutu dotyczące rażąco niskiej ceny, Przystępujący podniósł, że jego cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przywołany przepis nie zawiera wprawdzie legalnej definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny", niemniej - jak wskazuje się w ugruntowanym orzecznictwie - „Ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami, pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat finansowych, zamówienie to wykonać. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosz/ów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane 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 działający cif (tak np. KIO w wyroku z dnia 3 stycznia 2013 r., KIO 2810/12).

Przystępujący do postępowania w złożonych Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnieniach wskazał, jakie poniesie koszty w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia, przy czym wysokość tych kosztów udokumentował stosownymi dowodami, w tym m. in. kalkulacją kosztów transportu odpadów, dowodami wskazującemu na wysokość cen za sprzedaż surowców wtórnych. Wykonawca wskazał także właściwe dla siebie i niedostępne innym wykonawcom okoliczności, które pozwolimy mu na przyjęcie wskazanych w wyjaśnieniach kosztów na takim, a nie innym poziomie, w szczególności na poziomie niższym niż w poprzednim okresie, w którym jako wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie obsługiwał Zamawiającego. Zestawienie kosztów, jakie Przystępujący poniesie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia z jego ceną ofertową, prowadzi do wniosku, iż Przystępujący wykona przedmiot zamówienia z zyskiem. Cena Przystępującego do postępowania, choć niższa od cen konkurentów, nie ma charakteru „nierynkowego".

Odwołujący, jak wynika z części wstępnej odwołania, zarzuca Zamawiającemu przede wszystkim naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp, który nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, jak również odrzucenie oferty w sytuacji, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący stawiając taki zarzut, w zasadzie go nie uzasadnia. Poza przytoczeniem przepisów i poglądów doktryny dotyczących ciężaru dowodu w postępowaniu wyjaśniającym z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzestaje na ogólnym stwierdzeniu, że *„nie sposób, aby MZK Stalowa Wola przedstawił takie dowody"* (tj. dowody wskazujące na rynkowy charakter zaoferowanej ceny (przypis autora). Trudno więc przyjąć, by zarzut, o którym mowa, został przez Odwołującego odpowiednio postawiony.

Niemniej, odnosząc się do takiej podstawy prawnej zarzutu Odwołującego wskazać należy, że Izba przyjmuje wprawdzie, iż „za brak wyjaśnień" uznać należy także taka sytuację, gdy wyjaśnienia skalane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp są „lakoniczne", niemniej dotyczy to sytuacji, gdy wyjaśnienia wykonawcy nie niosą ze sobą żadnej wartości merytorycznej. Na sytuację taką Izba wskazuje m, in. w wyroku z dnia 28 października 2014 r.s sygn. akt; KIO 2126/14: *"Jak więc wynika z powyżej zacytowanych wyjaśnień (...) Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach wskazało kilka okoliczności, które według niego wpłynęły na możliwość złożenia wyjątkowo korzystnej cenowo oferty, jednak nie podało* żadnych *konkretnych informacji ani o ponoszonych przez siebie kosztach, ani nawet kwot oszczędności, które uzyskało dzięki wskazanym przez siebie sprzyjającym okolicznościom. W wyjaśnieniach tych nie znalazła się ani jedna kwota, która mogłaby stanowić dla*

zamawiającego pożądana informacje. Zatem choć teoretycznie zamawiającemu zostały udzielone jakieś wyjaśnienia, to zostały udzielone w taki sposób, jakby nie zostały one złożone w ogóle, ponieważ nic z nich nie wynika i nie zawierają żadnych *informacji przydatnych dla oceny ceny oferty, której zamawiający miał dokonać. W takiej sytuacji orzecznictwo uznaje, że złożenie wyjaśnień (w znaczeniu "pisma"), z których jednak nie wynikają* żadne *konkretne wyjaśnienia (w znaczeniu treści merytorycznej) uznawane jest za niezłożenie wyjaśnień w ogóle, gdyż - jak wskazano powyżej - formalnie one są, ale brak ich merytorycznie. Ewentualnie takie wyjaśnienia są oceniane negatywnie (w zależności od tego, czy zamawiający zdecyduje o odrzuceniu takiej oferty, czy też nie)."*

W niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Przystępujący do postępowania złożył wyjaśnienia „merytoryczne" - jak wskazano powyżej - pokazujące, w jaki sposób zamierza osiągnąć oszczędności w stosunku do innych wykonawców, czy kalkulacji Zamawiającego oraz potwierdzające, że założenia Przystępującego w tym zakresie są poprawne. Słusznie więc Zamawiający przyjął, że ocena wyjaśnień nie prowadzi do wniosku, iż cena Przystępującego do postępowania może być rażąco niska,

Kolejno, zaznaczenia wymaga, że Odwołujący powołując okoliczności faktyczne uzasadniające postawiony przez niego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazuje na obowiązki, których realizacja będzie należała w toku realizacji zamówienia do Przystępującego (pkt 3), konkludując to stwierdzeniem, że *„kalkulując cenę* świadczenia *tak określonej usługi należy wziąć pod uwagę wiele czynników, gdy tymczasem kalkulacja MZK Stalowa Wola nie wypełnia nawet podstawowych minimalnych kosztów jej* świadczenia". Odwołujący nie wyjaśnia jednak, dlaczego, jego zdaniem, *„kalkulacja MZK Stalowa Wola nie wypełnia nawet podstawowych minimalnych kosztów jej* świadczenia", zwłaszcza w sytuacji, gdy różnica pomiędzy ceną ofertową Odwołującego a ceną Przystępującego wynosi, jak wskazano powyżej, jedynie ok. 660.000 zł.

W tym miejscu przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp, w odwołaniu należy zawrzeć m.in. zwięzłe przedstawienie zarzutów i żądań oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, przy czym na pojęcie zarzutu składa się - jak zwraca uwagę Izba m.in. w wyroku z dnia 29 marca 2013r., sygn. akt: KIO 595/13, KIO 597/13 - zarówno przywołane w odwołaniu naruszenie przepisu prawa, jak i uzasadnienie faktyczne stawianego zarzutu.

Szersze uzasadnienie tego stanowiska znaleźć można m.in. w wyroku Izby z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1163/10: *"Izba podkreśla i stwierdza, ze o tożsamości zarzutów oraz o ich istocie nie decyduje przedmiot, którego ogólnie dotyczą, ani ich podstawa prawna, do której referują, ale całokształt konkretnych okoliczności, na które się powołują i opierają. Nie jest wystarczające dla uznania, że dwa zupełnie zasadzające się na*

innych okolicznościach faktycznych zarzuty dotyczące np. niezgodności treści oferty, podnoszące zupełnie różne jej wady i niezgodności z treścią siwz, uznać za ten sam zarzut tylko z tego powodu, że dotyczą tej samej oferty albo tylko dlatego, że odwołują się do tej samej podstawy prawnej oraz tożsame są następstwa uznania takiego zarzutu. We wskazanym przykładzie, dla rozpoznania i kwalifikacji zarzutu konieczne jest wskazanie konkretnych okoliczności, na czym zarzucana niegodność treści oferty z siwz ma polegać (której części oferty, z którymi częściami siwz, w jaki sposób/dlaczego... etc...). Analogicznie w przypadku zarzutów dotyczących treści siwz, czym innym jest ogólnie sformułowany zarzut ograniczania i utrudniania niektórym podmiotom obecnym na rynku dostępu do zamówienia poprzez zmuszanie ich do zakupu środków *czystości, których nie mają w swojej ofercie, a czym innym konkretne wskazanie sposobu ograniczenia konkurencji przez faktyczne dopuszczenie produktu tylko jednego producenta. Zamawiający juz w chwili wniesienia odwołania winien mieć możliwość zapoznania się z konkretnie sformułowanym zarzutem, wskazującym na czym zasadza się nieprawidłowość jego działań i w jakim zakresie oraz dlaczego jest kwestionowana, a nie domyślać się rzeczywistego znaczenia zarzutu i wypełniać go treścią. Powyższe jest szczególnie istotne w kontekście dopuszczanej w aktualnie obowiązującej regulacji ustawowej instytucji uznania odwołania przez zamawiającego."*

W tej sytuacji, uwzględniając wskazane orzecznictwo Izby dotyczące pojęcia „zarzutu", przyjąć należy, że zarzuty odwołania w zakresie „rażąco niskiej ceny" sprowadzają się do tego, że:

a. cena oferty Przystępującego musi być rażąco niska, skoro Zamawiający założył, iż cena za zagospodarowanie odpadów zebranych selektywnie będzie wartością dodatnią, a u Przystępującego jest to wartość ujemna. Nadto, zdaniem Odwołującego, to niedoszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia może wzrosnąć, jeśli spadną ceny sprzedaży surowców, oraz
b. cena oferty Przystępującego musi być rażąco niska, skoro (cyt.:) *„administracyjny nakaz segregacji odpadów komunalnych nie przynosi wymiernych efektów, bowiem - co prawda ludzie segregują odpady - tyle, że czynią to w taki sposób, że w odpadach zbieranych selektywnie znajduje się do 70% zanieczyszczeń. Zanieczyszczenia te trafiają jako tzw. „balast" na składowisko i są obciążone opłatą od składowania",*
c. cena oferty Przystępującego musi być rażąco niska, skoro Przystępujący nie ma dostępu do korzyści i oszczędności, które wynikają z dokonywania zakupów w ramach grupy kapitałowej,
d. cena oferty Przystępującego musi być rażąco niska, skoro Przystępujący ponosi te same koszty pracy,jak inni wykonawcy.

Wobec wąskiego określenia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutów odwołania, przyjąć bowiem należy, że Odwołujący nie kwestionuje sposobu dokonania przez Przystępującego do postępowania wyceny pozostałych elementów przedmiotu zamówienia. Stąd, z daleko idącej ostrożności procesowej. Przystępujący do postępowania wskazuje, że przywoływanie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą dalszych okoliczności faktycznych, które miałby wskazywać na rażąco niski charakter ceny Przystępującego do postenowania, w szczególności wskazywanie kolejnych przyczyn rzekomego niedoszacowania kosztów oferty Przystępującego, winno zostać uznane za próbę przedstawienia przez Odwołującego nowych zarzutów, które po myśli art. 192 ust. 7 Pzp winny zostać oddalone.

Odnosząc się natomiast do okoliczności faktycznych powołanych przez Odwołującego, wyjaśnić należy, że Zamawiający nie przesądził zapisami SIWZ, w jaki sposób należy ująć koszty wykonania przedmiotu zamówienia w poszczególnych elementach roziiczeniowych. W tej sytuacji, Przystępujący do postępowania stanął przed dylematem, w jaki sposób uwzględnić w Formularzu ofertowym zyski, jakie osiąga ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskanych z odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy Tarnobrzeg. Ostatecznie, Przystępujący do postępowania zyski te uwzględnił poprzez zastosowanie ujemnych elementów rozliczeniowych, niemniej nie jest to równoznaczne z tym, że w ofercie nie zostały uwzględnione koszty związane z pozyskaniem surowców wtórnych. Koszt te są ujęte w cenie ofertowej, w sposób odpowiadający wskazanemu powyżej Modelowi finansowemu zrealizowanej przez Przystępującego inwestycji. Kwestia ta została wyjaśniona w złożonych Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnieniach ceny.

W tym miejscu wskazać należy wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt: X Ga 76/15. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia czytamy: *„Celem prowadzenia działalności gospodarczej jest maksymalizowanie zysków i ograniczenie strat, słuszne jest zatem założenie, że oferent będzie minimalizował swoje koszty poprzez grupowanie prac, które mogą być wykonane łącznie lub w tym samym czasie, co pozwoli na czynienie istotnych oszczędności i przekłada się bezpośrednio na zaoferowaną ostatecznie cenę. (...) Sposób postępowania, by do takiej minimalizacji kosztów doprowadzić, stanowi pakiet informacji praktycznych - know-how danego przedsiębiorcy i częstokroć jest pilnie przez, niego strzeżoną tajemnicą. (...) Uprawnienie posługiwania się takim pakietem informacji praktycznych wydaje się być oczywiste także w ramach postępowania w sprawie o uzyskanie zamówienia publicznego i nie było kwestionowane przez* żadną *ze stron. Jak wynikało z wyjaśnień skarżącego składanych w toku sprawy, w efekcie planowania i podejmowania działań w oparciu o ww. księgę zasad, doszło do obniżenia ceny za wspólne*

---

prace kilku pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych, skoro ogólny koszt był niniejszy, przełożył się bezpośrednio na mniejszą cenę jednostkową. W efekcie uzyskania niższych cen dla grup zadań, oferent zobowiązany wypełnić TER stawał jednak w takiej sytuacji przed problematycznym zagadnieniem, w jaki sposób te oszczędności, a więc -- kolokwialnie

ujmując - ,,koszty ujemne" uwzględnić w poszczególnych pozycjach tabeli. Tytułem przykładu: skoro koszty mobilizacji sprzętu następują jednorazowo to prawidłowe jest założenie, że mogą one być ujęte w każdej z kilku pozycji wspólnego działania. (...), Podobnie można postąpić z uzyskanym upustem na materiały lub usługi - pełny koszt ich zakupu może być uwzględniony w jednej pozycji (...), zaś w kolejnej pozycji TER można opisać ceny z uzyskanym rabatem. Ceny wykonania podobnych lub nawet identycznych robót za jednostkę beda się zatem istotnie różnić, a takie działanie oferenta nie będzie nosiło błędu. "

Skoro więc koszty tzw. doczyszczenia selektywnej zbiórki są ujęte w cenie ofertowej Przystępującego do postępowania, to okoliczność, iż Zamawiający odmiennie szacował koszty zagospodarowania odpadów zebranych selektywnie jest okolicznością nieistotną dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Odwołujący tymczasem nie przedstawił żadnych dodatkowych argumentów, ani dowodów, które mogłyby wskazywać, że poziom uwzględnionych w ofercie Przystępującego do postępowania kosztów doczyszczenia selektywnej zbiórki jest nieodpowiedni.

Odwołujący poprzestał na gołosłownym stwierdzeniu, że aż 70% odpadów zebranych u tzw. „źródła" stanowi balast, który musi zostać zeskładowany, niemniej stawiając taką tezę Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób sytuacja ta przekłada się na cenę ofertową Odwołującego, ani tym bardziej, że wskazany odsetek jest właściwy dla Przystępującego do postępowania. Zaznaczenia bowiem w tym miejscu wymaga, iż zastosowanie nowoczesnej technologii, tak, jak ma to miejsce w przypadku instalacji Przystępującego do postępowania, pozwala na znaczne ograniczenie ilości odpadów, jakie zostaną ostatecznie zeskładowane. Wartości uśrednione podawane przez Odwołującego nie są więc właściwe dla Przystępującego do postępowania.

Także pozostałe „okoliczności faktyczne" podane przez Odwołującego są niczym więcej, jak ogólnymi stwierdzeniami, które w żaden sposób nie przekładają się na tezę Odwołującego, iż Przystępujący do postępowania nie uwzględnił w swojej ofercie wszystkich niezbędnych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymały swoje stanowiska i argumentację.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że **odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty MZK Sp. z o.o. Stalowa Wola z uwagi na niezgodność oferty z ustawą i treścią SIWZ, wynikającą z faktu zaoferowania ujemnych cen jednostkowych; z uwagi na błąd w obliczeniu ceny oraz zaoferowanie ceny rażąco niskiej, oraz z uwagi na niezasadne uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień MZK Sp. z o.o. Stalowa Wola z dnia 8 stycznia 2016 r. wraz z załącznikami.**

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Przystępujący MZK Stalowa Wola w złożonej ofercie podał, w zakresie wyceny zagospodarowania odpadów (część B formularza oferty), ceny jednostkowe ujemne oraz cenę zerową. Zestawienie zaoferowanych jednostkowych cen ujemnych oraz ceny zerowej przedstawia poniższa tabela stanowiąca, sporządzony przez Izbę na potrzeby niniejszego uzasadnienia, wyciąg z oferty Przystępującego.

Rodzaj usługi Jedno Cena Ilość Razem łączna Podate Łączna cena stka jednostkowa MG cena odbioru i k VAT zagospodarowa

miary netto zagospodarow (8%) nia brutto zagospodarowa ania netto (kol. 5 + kol. 6)
nia 1 Mg (kol. 3x kol. 4) odpadów
3 5 1 2 4 6 7 Zagospodarowanie
odpadów - 1 750 000,00 - 1 890 000,00 komunalnych Mg - 500,00 zł 3500 8%
zł zł zebranych w
sposób selektywny Zagospodarowanie
Mg - 450,00 zł 10 - 4 500,00 zł 8% - 4 860,00 zł Zużyte baterie i

akumulatory Zagospodarowanie
zużyty sprzęt Mg - 210,00 zł 50 - 10 500,00 zł 8% - 11 340,00 zł elektryczny i
elektroniczny Zagospodarowanie
Mg - 500,00 zł 10 - 5 000,00 zł 8% - 5 400,00 zł papieru i tektury
Zagospodarowanie tworzyw
sztucznych, Mg - 500,00 zł 5 - 2 500,00 zł 8% - 2 700,00 zł opakowań
wielomateriałowych , metali
Zagospodarowanie szkła i opakowań Mg - 500,00 zł 15 - 7 500,00 zł 8% - 8 100,00 zł
szklanych Zagospodarowanie
Mg 0,00 zł 20 0,00 zł 8% 0,00 zł zużte opony

W ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu, zaoferowanie jednostkowych cen ujemnych należało zakwalifikować, jako okoliczność skutkującą koniecznością uznania oferty Przystępującego za niezgodną z ustawą oraz z treścią specyfikacji – a tym samym podlegajacą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację Odwołującego, przyjmując ją w konsekwencji za własną.

W zakresie niezgodności oferty z ustawą, skład orzekający Izby, nie znalazł podstaw do podzielenia kierunku argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, której istota sprowadza się do twierdzenia, że wykonawca nie miał obowiązku ofertowania “dodatnich” oraz większych niż zero cen jednostkowych, gdyż w SIWZ nie było zapisów, które wprost odsyłałyby, czy to do pojęcia ceny jednostkowej, czy to do przepisu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, jak również z uwagi na to, że brak jest tego rodzaju odesłania w przepisach samej ustawy Pzp, które z kolei odwołują się wyłącznie do pojęcia “ceny” zdefiniowanego w art 3 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy.

Zgodnie z art 2 pkt 1 Pzp przez “cenę” należy rozumieć cenę w rozumieniu art 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Przed zmianą dokonaną na mocy art. 19 powołanej ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, przepis art 2 pkt 1 Pzp stanowił, że przez “cenę” należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r., poz. 385).

Zarówno w poprzednim kształcie przepisów, jak i obecnie, pojęcie “ceny” definiowane było i jest w ten sam sposób, a mianowicie – ilekroć w ustawie Pzp jest mowa o “cenie” należy przez to rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż

towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym, prze cenę rozumie się również stawkę taryfową.

Przy definiowaniu ceny poprzez odesłanie do ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, jak i przy definiowaniu ceny poprzez odesłanie do obecnej ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, ustawodawca poprzestał na wskazaniu tej jednostki redakcyjnej, która zawiera podstawową definicję ceny (obecnie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r.; wcześniej art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r.). Poza odesłaniem zawartym w art. 2 pkt 1 Pzp pozostawało i nadal pozostaje pojęcie „ceny jednostkowej” definiowanej w obu z powołanych ustaw (art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r.; art. 3 ust. 1 pkt 2 obecnej ustawy z dnia 9 maja 2014 r.). Powyższą okoliczność czyni się, tak jak w sprawie niniejszej, podstawą do argumentacji, że „ceny jednostkowe” nie muszą cechować się tym wszystkim, co składa się łącznie na pojęcie „ceny”. Jest to założenie całkowicie nieuprawnione.

Przekonujący powinien być już sam argument, że pojęcie „ceny", jako pojęcie podstawowe i źródłowe obejmuje swoim zakresem także pojęcie węższe – odwołujące się w swoim *definiendum* właśnie do tego podstawowego pojęcia („cena" – „cena jednostkowa", „cena ryczałtowa"; obrazowo można to ująć, w ten sposób, że „cena jednostkowa" to pewna „część" zbioru „cena"). Legalną definicję „ceny" należy więc postrzegać, jako nazwę ogólną mającą więcej niż jeden desygnat (na gruncie ustawy Pzp - nie tylko w postaci ceny oferty/ceny końcowej) i nie powinno ulegać wątpliwości, że „cena jednostkowa" jest także desygnatem tej nazwy (pojęcia).

Powyższe znajduje chociażby odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby odnoszącym się do stosowania przesłanek np. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp, w którym ustawodawca *expressis verbis* nie posłużył się pojęciem „ceny jednostkowej", co nie oznacza, że w określonych stanach faktycznych to właśnie te „ceny jednostkowe" oferty mogą mieć kluczowe znaczenie, czy to dla uznania zarzutu rażąco niskiej ceny czy niezgodności oferty z treścią specyfikacji (przykładowo: wyrok KIO 2734/14 z tezą: *„Najczęściej pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, dla którego nie ma znaczenia wycena poszczególnych elementów, które na to wynagrodzenie się złożyły. Jednocześnie jednak należy dostrzec, że w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy";* wyrok KIO 431/15 z tezą: *„Zgodnie z art. 90 ust. 1 p.z.p. to cena ofertowa musi budzić podejrzenie rażąco niskiej ceny i oczywistym jest, że zaniżona wycena niektórych elementów cenowych, które wpływają na całość ceny ofertowej może budzić wątpliwości zamawiającego. Przy kosztorysowym*

charakterze wynagrodzenia wycena poszczególnych cen jednostkowych ma istotne znaczenie"; wyrok KIO 437/15 z tezą: *„Pominięcie ceny jednostkowej, gdy kosztorys ofertowy jest przedstawiany jako wyliczenie wynagrodzenia kosztorysowego stanowi podstawę do uznania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a zarazem podstawę do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.",* wyrok KIO 343/15 z tezą: *„Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena jednostkowa nosi znamiona ceny rażąco niskiej").*

Skład orzekający Izby uznaje za z gruntu błędne i nieuprawnione stanowisko, że skoro odesłanie do definicji legalnej "ceny", zawarte w ustawie Pzp, ograniczone jest tylko do punktu dotyczącego pojęcia "ceny" (art 3 ust. 1 pkt 1), a już nie obejmuje punktu, w którym definiowana jest "cena jednostkowa" (art 3 ust. 1 pkt 2), to tym samym ceny jednostkowe nie muszą już cechować się tym, co składa się na samą definicję ceny i mogą przykładowo przyjmować postać wartości ujemnych. Tego rodzaju argumentacja, co do przepisów ustawy Pzp, przenoszona jest następnie na sposób rozumienia treści siwz – a więc, że skoro specyfikacja mówi tylko o "cenie" to tym samym (skoro za tym pojęciem ma się kryć jedynie cena końcowa oferty) nie definiuje już wymogów, co do cen jednostkowych.

Brak odesłania w ustawie Pzp, obok odesłania do definicji "ceny", także do definicji "ceny jednostkowej", należy uznać za celowe działanie ustawodawcy. Z punktu widzenia poprawności legislacyjnej nie istnieje w ogóle potrzeba stosowania takiego dodatkowego odesłania do definicji "ceny jednostkowej", by móc wywieść wniosek, że na gruncie ustawy Pzp także "ceny jednostkowe" to ceny, które muszą odpowiadać definicji legalnej, do której ustawa ta odsyła. Sama analiza treści ustawy Pzp nakazuje wniosek, że ustawodawca mówiąc w art 2 pkt 1 o "cenie", jako wartości wyrażonej w jednostkach pieniężnych, która ma jednocześnie zawierać w sobie podatek, nie mówi tylko o cenie końcowej oferty, ale także o cenach jednostkowych.

Tytułem uwag natury historycznej należy wskazać, że w pierwotnym tekście ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U.2004.19.177) zawarto już odesłanie do definicji "ceny" – pozostawało ono niezmienne pomimo szeregu nowelizacji i merytoryczna istota tego odesłania pozostaje taka sama także przy odesłaniu obecnym, gdyż sama zmiana odesłania ma charakter jedynie porządkowy, polegający na tym, że w definicji ceny odwołano się do przepisów nowej ustawy z dnia 9 maja 2014 r., w miejsce ustawy z dnia 5 lipca 2001 r.

W pierwotnym tekście ustawy pojęcie ceny jednostkowej występowało w art. 88 oraz art 150 ust. 1 ustawy. Przepis art 88 stanowił m.in., że zamawiający poprawia omyłki

rachunkowe w obliczeniu ceny w następujący sposób: *"w przypadku mnożenia cen*

jednostkowych i liczby jednostek miar: a) jeżeli obliczona cena nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową". Przepis ten stanowił także m.in., że *„w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa): a) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia".*

Jak widać z powyższego przy wynagrodzeniu innym niż ryczałtowe podane w ofercie ceny jednostkowe miały nawet większe znaczenie, niż cena końcowa – skoro ustawodawca przy poprawianiu błędu rachunkowego oferty kładł nacisk właśnie na ceny jednostkowe w sytuacji, gdy obliczona cena (a więc cena końcowa) nie wynikała z rachunku arytmetycznego cen jednostkowych i liczby jednostek miar. Uchylenie przepisu art. 88, dotyczącego poprawiania omyłek rachunkowych, zostało zastąpione regulacją zawartą w art. 87 ust. 2 Pzp. Nie oznacza to jednak wyeliminowania z siatki pojęciowej ustawy pojęcia „cen jednostkowych", gdyż te nadal – nawet w szerszym zakresie niż przy brzmieniu art. 88 - mogą być poprawiane przez zamawiającego (w uzasadnieniu ustawy nowelizującej z dnia 4 września 2008 r. (Dz.U.2008.171.1058) wskazano, że *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych (…)";* poza tym pojęcie to funkcjonuje niezmiennie w art. 150 ust. 1 ustawy.

Obecnie, w ustawie Pzp pojęcie "ceny jednostkowej" pojawia się literalnie tylko raz (art 150 ust. 1 Pzp, podobnie jak w tekście pierwotnym ustawy). Pojęcie to pojawia się razem z pojęciem ceny całkowitej oferty (art. *150 ust. 1. Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe).*

Powyższe, niezależnie od kontekstu historycznego, jest całkowicie wystarczające dla uznania, że cena globalna oferty (cena całkowita) i cena jednostkowa to na gruncie ustawy Pzp pojęcia, które muszą być w sposób jednakowy odkodowywane, konkretnie w sposób przesądzony art. 2 pkt 1 Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, że „ilekroć w ustawie jest mowa o cenie" (podkreślenie lzby) to należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług. Ustawodawca od samego początku przyjął, że na gruncie zamówień publicznych mogą występować obok siebie i ceny całkowite i ceny jednostkowe. Dla obu tych pojęć zawarł to samo odesłanie – obecnie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy. Z tego też względu brak odesłania do definicji ceny jednostkowej (a więc brak odesłania w art. 2 pkt 1 Pzp do art. 3 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy, czy ustawy wcześniejszej), należy uznać za celowe działanie ustawodawcy. Zawarcie tego dodatkowego

odesłania (którego brak jest wykorzystywany do budowania argumentacji na rzecz tego, że ceny jednostkowe mogą być przykładowo ujemne) byłoby zbędne i wadliwe z punktu widzenia zasad legislacyjnych. Na gruncie ustawy Pzp samoczynnie występowały i nadal występują (nawet obok siebie) oba te pojęcia (i ceny całkowitej i ceny jednostkowej), a ustawodawca od samego początku przesądził w słowniczku zawartym na początku tej ustawy, że ilekroć w tej właśnie ustawie będzie mowa o cenie to należy to definiować w określony sposób. Ustawodawca w definicji legalnej nie wskazał, że „ilekroć w ustawie jest mowa o cenie całkowitej" lecz przepis brzmi „ilekroć w ustawie jest mowa o cenie". Skoro więc na gruncie tej ustawy występuje i pojęcie „ceny całkowitej" i „ceny jednostkowej" to oba te pojęcia muszą być odkodowywane przez pryzmat odesłania zawartego w art. 2 pkt 1 Pzp i nie ma tu żadnego znaczenia brak dodatkowego i odrębnego odesłania do art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r., cz też wcześniej obowiązującej ustawy z dnia 5 lipca 2001 r.

W związku z powyższym, skoro art 2 pkt 1 Pzp stanowi wyłącznie o cenie, nie zaś "cenie oferty/cenie końcowej/cenie globalnej" to należy uznać, że legalna definicja ceny na gruncie ustawy Pzp znajduje zastosowanie zarówno, co do ceny rozumianej, jako należność wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu umowy (co do ceny oferty), jak i do ceny za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (cena jednostkowa). Jeżeli więc ustawa Pzp definiuje cenę wyłącznie, jako wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych z

uwzględnieniem podatku, to uznać należy, iż zarówno cena odnosząca się do całości oferty, jak i cena za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (cena jednostkowa) powinna zostać wyrażona w jednostkach pieniężnych o określonej wartości z uwzględnieniem podatku, jeżeli jest on należny. W konsekwencji, podanie ceny oferty lub ceny jednostkowej, jako wartości ujemnej należy uznać za niezgodne z wymogiem podania ceny wyrażonej w jednostkach pieniężnych. Ostatecznie podanie ceny jednostkowej ujemnej czyni ofertę niezgodną z ustawą.

Należy jednocześnie poczynić w tym miejscu zastrzeżenie, że powyższa ocena powinna być odnoszona przede wszystkim do sytuacji, gdy ceny jednostkowe mają walor istotnej części oferty wynikający głównie z faktu, iż stanowią one podstawę rozliczeń między stronami. Brak jest natomiast podstaw, by powyższe rozważania, co do niezgodności z ustawą Pzp, odnosić i stosować w tożsamy sposób do sytuacji, gdy wynagrodzenie wykonawcy ma przykładowo charakter ryczałtowy bądź gdy ceny jednostkowe mają wyłącznie charakter informacyjny (gdy np. wynagrodzenie jest ryczałtowe, ale zamawiający żąda jednocześnie kosztorysu z cenami jednostkowymi, lecz kosztorys ten ma jedynie wymiar informacyjny i obrazujący sposób dojścia do ceny końcowej oferty). W tych przypadkach mogą aktualizować się ewentualnie inne zarzuty, ale nie zarzut niezgodności z ustawą z uwagi na uchybienie wymogom wynikającym z definicji legalnej “ceny”.

W pierwotnym tekście ustawy Pzp funkcjonowało pojęcie “ceny ryczałtowej” (przykładowo: powołany art 88). Pojęcie to, choć *exresiss verbis,* nie występuje obecnie w przepisach ustawy, stanowi nadal element siatki pojęciowej przepisów regulujących postępowanie w sprawie zamówienia publicznego, a cena ryczałtowa stosowana jest powszechnie w specyfikacjach istotych warunkow zamówienia. Przepis art. 14 Pzp nakazuje stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Strony mogą więc umówić się o wynagrodzenie ryczałtowe, które znajduje uregulowanie w przepisach Kodeksu cywilnego i kwestia ta nie budzi żadnych wątpliwości.

W wynagrodzeniu ryczałtowym, cena płacona wykonawcy jest jedna, z góry określona. Jedynie ta cena ryczałtowa (a nie ceny jednostkowe, gdy są nawet podawane) jest więc tą wartością, wyrażoną w jednostkach pieniężnych, która stanowi element umowy zawieranej przez strony i którą kupujący (zamawiający) jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy (wykonawcy) za towar lub usługę. Ustawodawca wprowadzając definicję ceny, wyszczególniając przy tym w pierwotnym tekście ustawy “cenę ryczałtową”, dał więc wyraz temu, że definicję tę (a więc i wymogi, które wynikają z tej definicji) należy odnosić tylko do ceny ryczałtowej oferty, a nie do cen jednostkowych (jeżeli wymóg ich podania w ogóle zaistnieje w danym postępowaniu), które to ceny jednostkowe mają w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego jedynie wymiar informacyjny i kalkulacyjny (natomiast nie są one już cenami, które będą funkcjonowały we wzajemnej relacji stron, jako wartości determinujące to, ile zamawiający ma zapłacić wykonawcy – w tym przypadku ceny jednostkowe nie odpowiadają tej części definicji legalnej ceny, która mówi o wartości, którą kupujący ma obowiązek zapłacić przedsiębiorcy – podkreślenie Izby).

Przykład tego, że wymogi dotyczące ceny, wynikające z legalnej definicji ceny, należy odnosić w tej sytuacji, tylko do ceny ryczałtowej oferty, może stanowić zastrzeżenie poczynione przez ustawodawcę w tekście pierwotnym ustawy (art. 88), że przy poprawianiu omyłki rachunkowej, należało przyjmować, jako prawidłową cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia (podkreślenie Izby). Inaczej ustawodawca rozłożył natomiast akcenty w sytuacji wynagrodzenia innego niż ryczałtowe, gdy następowało mnożenie cen jednostkowych i liczby miar (co jest charakterystyczne dla wynagrodzenia kosztorysowego), gdzie dla obliczenia ceny przesądzające znaczenie miały właśnie ceny jednostkowe. Kontekst historyczny Izba przywołała dla uwypuklenia faktu, że już od początku funkcjonowania ustawy Prawo zamówień publicznych, inaczej należało i należy postrzegać cenę oferty (i jej wewnętrzne elementy), gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, a inaczej, gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym. Konieczność odmiennego spojrzenia na cenę zachowuje aktualność także obecnie, gdyż na

---

gruncie przepisów Kodeksu cywilnego nie zmieniły się różnice dzielące wynagrodzenie

ryczałtowe od kosztorysowego.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie składu orzekającego Izby, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w konkteście wymogów wynikajacych z legalnej definicji ceny, nie jest więc ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Diamteralnie odmiennie sytuacja wygląda natomiast przy wynagrodzeniu kosztorysowym, gdzie to właśnie ceny jednostkowe determinują wzajemne rozliczenia stron i w istocie to te ceny jednostkowe oferty zawierają wartości, które kupujący (zamawiający) będzie faktycznie obowiązany płacić przedsiębiorcy (wykonawcy). Cena końcowa oferty, wynikająca z sumowania wartości stanowiących iloczyn cen jednostkowych i przyjętej miary, ma przy wynagrodzeniu kosztorysowych znaczenie przede wszystkim w kontekście oceny ofert w kryterium cena. Cena końcowa nie jest natomiast, w przeciwieństwie do wynagrodzenia ryczałtowego, wiążącą wartością, jaką zamawiający ma zapłacić wykonawcy – wartość ta determinowana jest natomiast cenami jednostkowymi i z tego też względu, przy wynagrodzeniu kosztorysowym ceny jednostkowe pełnią tak ważną rolę.

Znajduje to szczególny wyraz w przypadkach, gdy wielkość zamówienia – tak jak w niniejszej sprawie – jest podawana w wielkościach szacunkowych, a więc orientacyjnych. W takiej sytuacji, przy wynagrodzeniu kosztorysowym, na etapie składania oferty pewne i wiążące pozostają przede wszystkim ceny jednostkowe – to te ceny jednostkowe mówią zamawiającemu, ile będzie musiał płacić wykonawcy za realizację określonej jednostki przyjętej miary (w tym postępowaniu za zagospodarowanie 1 Mg odpadów). Uznając sposób zaoferowania cen jednostkowych przyjęty przez Przystępującego należało by zaakceptować i ocenić za zgodne z przepisami ustawy Pzp (i w ogóle możliwe do realizacji) postanowienie umowy o brzmieniu: *"Strony ustalają wynagrodzenie Wykonawcy w wysokości: 2) – 500 zł brutto (słownie: minus pięćset złotych brutto) za zagospodarowanie 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych"* (taki stan rzeczy wyniknąłby bowiem z przełożenia treści oferty na treść umowy, § 6 wzoru umowy). W ocenie Izby, mając na uwadze specyfikę tego postępowania, a w szczególności sposób jego rozliczenia, wyznaczony postanowieniami specyfikacji, zaoferowanie jednostkowych cen ujemnych było niedopuszczalne i niezgodne z ustawą Pzp, z uwagi na wymogi, jakie ustawa ta, poprzez odesłanie z art. 2 pkt 1 Pzp do definicji legalnej, kształtuje wobec "ceny" - niezależnie od jej nazwy (jednostkowa, cząstkowa, końcowa, etc.), gdyż istotne jest to, czy "cena" jest w danej sytuacji nośnikiem wartości, jaką kupujący będzie obowiązany płacić przedsiębiorcy (a nie ceną podawaną informacyjnie, będącą samym elementem kalkulacji obrazującym jedynie sposób dojścia do wyliczenia ceny płaconej ostatecznie przez zamawiającego).

W niniejszej sprawie jednostkowe ceny ujemne z pewnością nie odpowiadają tej definicji. I tak jak cena końcowa nie może być na gruncie ustawy Pzp ujemna – i to jest oczywiste dla wszystkich wykonawców – tak i cena jednostkowa nie może przybierać postaci wartości ujemnych, jeżeli ta cena jednostkowa jest podstawą rozliczania stron (co koreluje z tą częścią definicji legalnej ceny, która mówi o wartości, którą kupujący ma obowiązek zapłacić przedsiębiorcy - podkreślenie Izby), a tym samym jest istotną częścią treści oferty. Nie jest w ogóle możliwe, by Zamawiający mógł płacić wykonawcy cenę ujemną.

Powyższemu kierunkowi wykładni Izba dawała już wielokrotnie wyraz w swoim orzecznictwie. Tytułem przykładu należy wskazać na: wyrok z dnia 31 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1153/13, z tezą: *„1. Przepis art. 2 pkt 1 p.z.p. stanowi o cenie, nie zaś wyłącznie o cenie oferty. Nadto, skoro ustawa nie odsyła do definicji ceny jednostkowej, to również w odniesieniu do takich cen należy stosować definicję zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z 2001 r. o cenach. W konsekwencji na gruncie p.z.p. cena za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia (cena jednostkowa) powinna być wyrażona w jednostkach pieniężnych o określonej wartości z uwzględnieniem VAT, jeśli jest należny. Nie sposób przyjąć,* że *wartość ujemna może zostać odniesiona do jednostek pieniężnych oraz,* że *może być w niej zawarty VAT, który wykonawca wpłaci na rachunek właściwego urzędu skarbowego. 2. Nie tylko cena oferty, ale również ceny jednostkowe co do zasady nie mogą być wyrażone w wartościach ujemnych. Pogląd ten odnosi się zasadniczo do sytuacji, w której ceny jednostkowe stanowią podstawę rozliczenia się stron umowy – analogicznie jak w przypadku tzw. wynagrodzenia kosztorysowego przy robotach budowlanych";* wyrok z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1549/13, z tezą: *„1. Nie podziela się stanowiska,* że *ujemne ceny jednostkowe są elementem kalkulacji ceny całkowitej, skoro ceny jednostkowe za tonę*

odpadów segregowanych stanowią w myśl umowy podstawę do rozliczeń pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. 2. Świadczenia *regulowane p.z.p. mają charakter odpłatny. W związku z powyższym w myśl p.z.p., jak i ustawy z 2001 r. o cenach rozliczenie za* świadczone *usługi ma charakter odpłatny";* wyrok z dnia 26 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1386/13, z tezą: *„1. Jeżeli zamawiający nie dopuścił podawania w ofercie cen jednostkowych wyrażających się jako "0", to jednocześnie nie dopuścił cen "ujemnych". Na gruncie ustawy z 2001 r. o cenach w ogólności nie istnieje pojęcie "ceny ujemnej". 2. Z definicji art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z 2001 r. o cenach nie należy wywodzić, iż na gruncie przepisów p.z.p. jedynie cena całkowita oferty uzyskana z przemnożenia cen jednostkowych przez zapotrzebowaną ilość towarów, czy usług może być traktowana jako cena oferty",* wyrok z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1290/13, KIO 1299/13, z tezą: *„1. Zgodnie z treścią przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2001 r. o cenach cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, zaś art. 3 ust. 1 pkt 2 tej ustawy definiujący pojęcie "cena jednostkowa" posługuje się pojęciem*

"cena" zdefiniowanym w przepisie go poprzedzającym – zatem cena jednostkowa również winna zostać wyrażona w jednostkach pieniężnych i jedynym elementem, który ją odróżnia od ceny całkowitej jest to, iż cenę taką ustala się za jednostkę danego towaru (usługi) a nie za całe świadczenie".

Przedstawiony powyżej sposób wykładni należy przenosić na grunt specyfikacji. W tej sprawie nie ulega wątpliwości, że ceny jednostkowe są podstawą rozliczenia stron, a więc nie mogły być cenami ujemnymi.

W rozdziale XIV SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny – wskazano, że: *„1. Cena – należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.). Cenę oferty stanowi suma wartości wszystkich jej elementów, zawierająca wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia. Wszystkie ceny określone przez Wykonawcę są obowiązujące w okresie ważności umowy i nie ulegną zmianie, poza przypadkami przewidzianymi w umowie. 3. Cena oferty powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia (łącznie z ubezpieczeniem, podatkami, kosztami pracowniczymi, narzutami, zyskiem, ewentualnymi upustami, itp.) Oferowana cena musi zawierać wszystkie składniki kosztów wynikające z opisu przedmiotu zamówienia oraz uwzględniać wymagania i informacje Zamawiającego zamieszczone w SIWZ – musi zawierać także wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. 5. Przy ustalaniu ceny oferty Wykonawca winien uwzględnić również warunki wykonywania usługi oraz postanowienia wzoru umowy, które mogą mieć wpływ na kalkulację ceny. 6. Wszystkie ceny określone przez Wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom, poza przypadkami przewidzianymi w umowie. 7. Cenę oferty należy podać bez podatku VAT i z podatkiem VAT. Podmiot zagraniczny w ofercie wpisuje tylko cenę netto".*

W Formularzu ofertowym – załącznik nr 1 do SIWZ – przewidziano, że na cenę oferty (Cena = A + B) składają się następujące elementy: A – cena odbioru i transport odpadów (ryczałt obejmujący odbiór i transport odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, odbiór i transport odpadków z PSZOK oraz odbiór, transport sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, odpadów remontowo-budowlanych; B – Cena za zagospodarowanie odpadów (w tabeli Zamawiający wyspecyfikował m.in. rodzaje usług, obowiązek podania cen jednostkowych za zagospodarowanie 1 Mg odpadów, podania ceny łącznej, podatku VAT, oraz łącznej ceny zagospodarowania brutto – zaznaczając, że podane ilości odpadów zostały oszacowane i mogą ulec zmianie).

W § 6 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że wynagrodzenie miesięczne wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem kosztorysowo

ryczałtowym, tj. sumą cen kosztorysowych zagospodarowania odpadów oraz ryczałtem odbioru i transportu odpadów ujętych w Formularzu ofertowym do SIWZ (pkt 4). Podstawą miesięcznego rozliczenia prac będzie ich rzeczywiste wykonanie rzeczowo-ilościowe potwierdzone przez Zamawiającego (pkt 5). W pkt 1 § 6 ustalono wynagrodzenie wykonawcy w wysokości ryczałtu za odbiór i transport (pkt 1) oraz wynagrodzenie kosztorysowe liczone będące iloczynem stawek cen jednostkowych oferty i przyjętej jednostki miary za dany rodzaj

usługi. W pkt 6 § 6 wskazano, że ceny realizacji za transport i zagospodarowanie odpadów objęte niniejszą umową zaoferowane przez wykonawcę i przyjęte w przetargu są cenami ostatecznymi obowiązującymi przez cały okres realizacji umowy i nie będą podlegały żadnym zmianom. W § 11 umowy pkt 2 lit. e) wskazano, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność takich zmian wynika z wystąpienia zmiany ilości (lub zwiększenia) odpadów objętych umową, które zostały podane orientacyjnie. Cena jednostkowa wywozu 1 Mg odpadów komunalnych pozostaje niezmienna.

Całościowa analiza treści specyfikacji nakazuje wniosek, że kluczowe z punktu widzenia rozliczeń stron są m.in. ceny jednostkowe. Wobec tych cen zastrzeżono przykładowo, że mają one być niezmienne i wiążące przez cały okres realizacji umowy. Treść specyfikacji nakazuje więc przyjęcie stanowiska, że ceny jednostkowe nie miały zostać podane jedynie, jako element składowy ceny końcowej, ale miały one wyrażać odrębne i rzeczywiste wartości służące wzajmenym rozliczeniom stron i jako takie stanowią one istotną treść oferty. Celem żądania cen jednostkowych nie było wyłącznie to, by obrazowały one sposób wyliczenia, sposób dojścia do ceny końcowej, lecz celem tym było otrzymanie od wykonawcy konkretnych stawek, które następnie będą służyły wyliczeniom płatności w trakcie całego okresu wykonywania zamówienia.

Jako nieuprawnione Izba uznaje stanowisko, że w tym postępowaniu skutki zastosowanego w specyfikacji odesłania do definicji ceny, a więc rozumienie, co jest ceną zgodnie z definicją legalną – można było zawęzić jedynie do ceny końcowej oferty oraz cen łącznych za odbiór i zagospodarowanie (A i B). Niezależnie od tego, że Zamawiający w szeregu postanowień specyfikacji wprost odnosił się nie tylko do ceny, ale także do cen jednostkowych, kreując przy tym dla stron umowy określone skutki wynikające z cen jednostkowych oferty (nie zaś z samej ceny końcowej), to także czyniąc odesłanie do definicji ceny nie zapisał, że przez cenę odpowiadającą definicji legalnej należy rozumieć tylko cenę całkowitą oferty czy wskazane ceny łączne. Brak jest tego rodzaju zastrzeżeń, a tym samym należało uznać, że Zamawiający stanowiąc o tym, co jest ceną na gruncie tej konkretnej specyfikacji odnosił się do każdej ceny, która w tej specyfikacji się pojawia – a więc i do cen jednostkowych. W świetle poczynionych na wstępie rozważań nie sposób

przyjmować, by Zamawiający mógł w ogóle kształtować specyfikację w sposób sprzeczny z przepisami prawa, tj. by mógł przy wynagrodzeniu kosztorysowym dopuszczać stosowanie ujemnych cen jednostkowych, które stanowią podstawę wzajemnych rozliczeń stron.

Przystępujący argumentował, że podane ceny ujemne to rabat, upust wyrażający zysk, którym zamierza podzielić się z zamawiającym (vide m.in. pismo procesowe Przystępującego, czy protokół z rozprawy: *„Pozycje ujemne w ofercie to rabaty, zysk, którym wykonawca chce podzielić się z zamawiającym”).* W tym zakresie nastąpiło przemieszanie znaczeń pojęciowych i nieuprawnione zakwalifikowanie do pojęcia rabatów czy upustów, zysku, którym wykonawca chce się dzielić z Zamawiającym.

Izba krytycznie oceniła argumenty Przystępującego, który podnosił m.in., że zapisy SIWZ nie przesądzały, w jaki sposób wykonawca winien zawrzeć w ofercie wspomniane w SIWZ upusty i nie zawierały także zapisów, które wykluczałby możliwość zastosowania ujemnych elementów rozliczeniowych będących wynikiem zastosowania przez wykonawcę tychże upustów.

Przede wszystkim, brak zapisów zakazujących wprost stosowania cen ujemnych (niezależnie od terminologii przyjętej przez Przystępującego i nazywania tych cen “elementami rozliczeniowymi” czy “upustami”) nie uprawniał wykonawcy do dowolnego kształtowania treści oferty, w sposób nieprzystający do wymogów prawa, czy abstrahujący od istoty elementów kalkulacji oferty, jakimi są rabaty czy upusty. Innymi słowy, to że Zamawiający nie zapisał, że zakazuje stosowania cen ujemnych, nie usprawiedliwia, ani nie czyni samo przez się dopuszczalnym zaoferowania jednak takich cen, w dodatku pod przykryciem rabatów czy upustów, przybierających jednocześnie postać zysku, z którym wykonawca ma dzielić się z zamawiającym. Należy przeciwdziałać tendencjom do tworzenia (przy powoływaniu argumentu, że specyfikacja tego nie zakazywała) konstrukcji, które *prima facie* przedstawiają się, jako sztuczne, pozorne bądź nieprzystające do przepisów prawa, normalnych stosunków gospodarczych czy istoty materii, do której są przypisywane. Można to odnieść nie tylko do dzielenia się zyskiem z zamawiającym i nazywania tego rabatami czy upustami, ale także do oferowania cen ujemnych, kiedy to wartość ujemna generalnie nie

przystaje do samej natury ceny).

Rabat, czy upust dostępny wykonawcy i pozwalający na niższe skalkulowanie oferty to nie jest zysk, którym wykonawca miałby dzielić się z zamawiającym na etapie tworzenia oferty. Jeżeli przykładowo wykonawca może taniej kupić paliwo, pustaki czy inne materiały potrzebne dla danego zamówienia (zamiast płacić np. tysiąc złotych może nabyć na rynku te towary za pięćset zł) to to jest rabat, czy upust dostępny wykonawcy, który może uwzględnić przy wycenie swojej oferty, po to by niżej ją skalkulować i konkurować z innymi wykonawcami. Nie można jednak mówić, że zysk którym wykonawca chce się dzielić z

62

---

zamawiającym to jest rabat, który pozwala na obniżenie ceny oferty. Nie można także uznać, by rabat mógł zostać przeformowany w zysk, którym wykonawca chce się dzielić z zamawiającym, jak również, by ceny ujemne oferty (niezależnie od ich niedopuszczalności) mogły być traktowane i uznawane za upusty i rabaty (będące w dodatku na moment ich „udzielenia" i na moment sporządzenia oferty wartościami *stricte* teoretycznymi, wyrażającymi jedynie zakładany dopiero do osiągnięcia zysk, w tym przypadku ze sprzedaży surowców wtórnych).

Samo przyjęcie koncepcji dzielenia się z zamawiającym zyskiem (pod przykryciem oferowania rabatu czy upustu) budzi poważne zastrzeżenia. Przyjmując za dopuszczalną taką konstrukcję to w każdym jednym przetargu wykonawca mógłby powiedzieć, że ma tak niską cenę i wyprzedza konkurentów, gdyż postanowił się podzielić zyskiem z zamawiającym. Zaburzyłoby to uczciwą konkurencję i sprzeciwiałoby się rzetelnej wycenie ofert.

W niniejszej sprawie Zamawiający bez pogłębionej analizy przyjął ten sposób argumentacji Przystępującego, która to argumentacja pozostaje dodatkowo w sprzeczności z samą naturą stosunku kreowanego najpierw postępowaniem, a następnie umową o zamówienie publiczne. Celem tego postępowania i celem zawarcia umowy jest wydatkowanie przez zamawiającego pieniędzy, po to by zrealizować określone działanie w sposób efektywny i gospodarny, tj. na warunkach najkorzystniejszej oferty, a nie na warunkach wykonawcy deklarującego chęć dzielenia się zyskiem i w ogóle nie po to, by oczekiwać od wykonawcy tego rodzaju dzielenia się zyskiem wypracowywanym przy okazji realizacji zamówienia. Poza tym takie „dzielenie" się zyskiem należałoby kwalifikować, jako pewnego rodzaju przyszłe świadczenie pieniężne. Przy czym owo świadczenie byłoby wykonywane tylko pozornie. Zamawiający nie otrzymywałby „do ręki" deklarowanego do podziału zysku, a jedynie miałby potrącić lub zaliczyć z zysku należnego i wypłacanego wykonawcy, zysk zaoferowany Zamawiającemu przez wykonawcę w ofercie w formie rabatu czy upustu. Przepisy Kodeksu cywilnego przewidują możliwość potrącenia wzajemnych wierzytelności (art. 498 Kc). W doktrynie wskazuje się, że przedmiotem umownej kompensacji mogą być m.in. wierzytelności niewymagalne, przyszłe (vide: Komentarz do art. 498 Kodeksu cywilnego, Andrzej Janiak, LEX, Nb 7, wraz z powołanym tam piśmiennictwem i orzecznictwem). Brak jest jednak podstaw do uznania, by umowa o zamówienie publiczne miała pełnić funkcję tego rodzaju umowy kompensacyjnej przyszłych wierzytelności, a tym bardziej, by wykonawca mógł samowolnie – poprzez zastosowanie w ofercie cen ujemnych, prowadzących na etapie realizacji umowy do mechanizmu kompensacji wzajemnych świadczeń – nadawać jej taki charakter.

63

Należy ponadto wskazać, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową wzajemną, w wykonaniu której świadczeniem wykonawcy są usługi, dostawy lub roboty budowlane, natomiast zamawiający dokonuje zapłaty na rzecz wykonawcy. Świadczenie wykonawcy ma więc charakter niepieniężny (podkreślenie Izby), zaś świadczenie zamawiającego ma, co do zasady, charakter pieniężny (por. przykładowo wyrok KIO z dnia 31 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1153/13, teza 5). Przy koncepcji przyjętej przez Przystępującego należałoby natomiast uznać, że wykonawca może świadczyć na rzecz Zamawiającego świadczenie niepieniężne (będące w istocie realizacją przedmiotu zamówienia) i dodatkowo – nie wiadomo na jakiej podstawie – także świadczenie pieniężne, w dodatku wykonywane w sposób pozorny.

Złożony przez Odwołującego dowód na okoliczność możliwości wystąpienia

ujemnych cen końcowych przy założeniu możliwych zmian szacunków, Izba uznała za materiał jedynie poglądowy, prezentujący wnioski względem założeń o charakterze teoretycznym, nie mający w konsekwencji istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Sama teoretyczna możliwość wystąpienia na etapie realizacji umowy ujemnych cen końcowych, niezależnie od kwestionowanej przez Przystępującego realności wartości przyjętych do wyliczeń, stanowi w ocenie Izby okoliczność marginalną, gdyż istota uchybień oferty Przystępującego wynika już z samego faktu zaoferowania ujemnych cen jednostkowych w treści oferty. Podobnie Izba oceniła dowód z tabeli przedstawiającej wszystkie gminy regionu północnego regionu północnego z ilościami odpadów na okoliczność tego, że przy wszystkich rozliczeniach rabat „-500 zł" kończyłby się wartościami ujemnymi. W zakresie tego dowodu Przystępujący przedstawił przy tym rzeczowe argumenty nakazujące krytyczną ocenę rzetelności poczynionych wyliczeń.

Reasumując powyższą część rozważań Izba uznała za zasadne i podlegające uwzględnieniu zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z ustawą oraz nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Na uwzględnienie zasługiwał także zarzut zaniechania odrzucenia oferty MZK Stalowa Wola, pomimo iż oferta tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp).

Błąd w obliczeniu ceny przejawia się przede wszystkim w zastosowaniu ujemnego podatku VAT w poszczególnych cenach jednostkowych. Tytułem przykładu można przywołać jedną z pozycji z przytoczonej wcześniej treści oferty Przystępującego, gdzie dla zagospodarowania odpadów komunalnych zebranych w sposób selektywny podatek VAT od kwoty „- 1 750 000,00 zł" został wyliczony jako „- 140 000 zł", co wynika z prostego rachunku

arytmetycznego polegającego na odjęciu od kwoty brutto „- 1 890 000,00 zł" kwoty netto „- 1 750 000,00 zł". Ten sposób wyliczania ujemnej wartości podatku VAT powielony został w pozostałych pozycjach tabeli oferty, w której wykonawca zaoferował ujemne ceny jednostkowe.

Zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.2015.613 j.t.) podatkiem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej.

Wyliczenie i zaoferowanie ujemnej wartości podatku pozostaje w oczywistej sprzeczności z istotą podatku. Znajduje to potwierdzenie także w orzecznictwie sądowym, przykładowo w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 marca 2012 r., sygn. akt I FSK 885/11, w którym Naczelny Sąd Administracyjny wskazał właśnie, że z natury podatku wynika to, że nie może on przyjmować wartości ujemnej. Sąd wskazał również, że definicja treściowa podatku uregulowana jest w art. 6 Ordynacji podatkowej, od której podatek VAT nie stanowi odstępstwa. Skoro więc podatkiem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezwrotne świadczenie pieniężne wynikające z ustawy podatkowej (świadczenie pieniężne, a więc pewna wartość, która ze swej natury nie może być ujemna) to skalkulowanie przez Przystępującego oferty z zastosowaniem jednak konstrukcji ujemnych wartości podatku VAT, jest działaniem nieuprawnionym, prowadzącym w konsekwencji do tego, że cała oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny – w tym przypadku błędy zarówno, co do poszczególnych cen jednosktowych, ale również błędy, co do ceny końcowej, gdyż błędy w obliczeniu cen jednostkowych w sposób naturalny przeniknęły do obliczenia ceny końcowej.

Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że końcowa cena oferty i ceny łączne za elementy A i B, zostały wyrażone przez wykonawcę w wartościach dodatnich. To, że cena łączna w punkcie B oferty została podana, jako cena "dodatnia" z "dodatnim" podatkiem VAT, wynika z zastosowanych zabiegów arytmetycznych, możliwych dzięki przyjętej przez wykonawcę strategii wyceny innych elementów zamówienia (w tym największego ilościowo elementu dotyczącego zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych – 20 000 Mg). Nadal jednak w ofercie widnieją ujemne ceny jednostkowe, dla których wykonawca podał podatek VAT także w wielkości ujemnej, co jest – jak wskazano wcześniej – niedopuszczalne. To, że poprzez zabieg polegający na zsumowaniu oferowanych cen jednostkowych oferent uzyskuje dodatni wynik (nawet, gdy część z tych cen jest ujemna), dla którego wylicza "dodatni" VAT nie zmienia faktu, że całe wyliczenie jest u źródła obarczone

błędem polegającym na stosowaniu niedopuszczalnych ujemnych wartości podatku VAT. Nie można akceptować obliczenia ceny dokonywanej w sposób uchybiający istocie i naturze

podatku, tylko dlatego, że końcowo oferent "wychodzi" w swojej kalkulacji na wartości dodatnie.

W tej sprawie jest to tym bardziej istotne, gdy weźmie się pod uwagę, że ceny jednostkowe stanowią podstawę rozliczeń stron umowy. Przytoczony już § 6 umowy stanowi m.in. w ust. 1 pkt 3: *"..... zł brutto (słownie złotych .....) za zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych zebranych w sposób selektywny".* Podstawiając w to miejsce treść oferty Przystępującego należałoby wpisać kwotę "- 500 zł" powiększoną o podatek VAT (skoro umowa stanowi o wartościach brutto), który to podatek także należałoby wyliczyć, jako wartość ujemną – skoro w ofercie wykonawca powiększał ujemną cenę jednostkową (kol. 5 tabeli) o ujemną wartość podatku VAT.

Ponadto, okoliczność, że Zamawiający w rozdziale XIV pkt 7 SIWZ zapisał, że cenę oferty należy podać bez podatku VAT i z podatekiem VAT nie oznacza możliwości przestrzegania zasad obliczania podatku tylko w odniesieniu do ceny końcowej oferty, czy też cen łącznych podawanych w lit. A i B formularza oferty. Treść specyfikacji należy odczytywać w sposób całościowy. Zamawiający w przygotowanym formularzu oferty przewidział obowiązek podania podatku VAT dla poszczegolnych rodzajów usług. Niezależnie, że wynika to z zasad rozliczania stron, to już sam kształ formularza oferty winien być dla wykonawcy wystarczającym źródłem informacji, że wyliczenie podatku VAT dla poszczególnych usług nie może zostać dokonane w sposób, który już u samych podstaw narusza istotę podatku. Nie można uznawać, by wykonawca był uprawniony do przyjęcia założenia, a tym bardziej nie można uznawać, by Zamawiający mógł w ogóle bronić takiej tezy, że – wymagając z jednej strony podania wartości podatku VAT dla poszczególnych rodzajów usług – Zamawiający dopuszczał jednocześnie możliwość konstruowania oferty poprzez podanie ujemnych wartości podatku VAT, ktore są niedopuszczalne i naruszają samą istotę i naturę podatku, a więc są w pewien sposób niezgodne z przepisami prawa.

W uzasadnieniu powołanego wyroku NSA z dnia 20 marca 2012 r., Sąd wskazał, że: *„podatek stanowiący efekt operacji matematycznej, uwzględniającej podstawę opodatkowania (marżę ujemną) oraz właściwą stawkę podatkową, mimo* że *stanowi w konsekwencji wartość ujemną, to w myśl reguł prawa podatkowego nie jest możliwy do zaakceptowania. Wartość taką można by bowiem utożsamiać ze* świadczeniem *pieniężnym, w ramach którego beneficjentem jest podatnik, a zobowiązanym Skarb Państwa. Przedstawiona definicja podatku nie przewiduje takiej możliwości. W przypadku opisanym przez wnioskodawcę, wobec powstania ujemnej podstawy opodatkowania, podatek do zapłaty wyniesie 0 zł".*

Powyższa ocena została wyrażona na tle odmiennego stanu faktycznego, niemniej jednak wnioski przedstawione w rozważaniach prawnych przystają do okoliczności niniejszej

sprawy. Jeżeli za podstawę opodatkowania przyjąć poszczególne kwoty podane w kolumnie 5 tabeli z formularza oferty (co uzasadnione jest tym, że to od kwoty z kolumny 5 wykonawca wyliczał następnie 8% podatek VAT) to te wartości, które jako podstawa opodatkowania są ujemne (np. – 1 750 000,00 zł) winny skutkować – zgodnie z przytoczonym stanowiskiem Sądu – przyjęciem podatku w wielkości 0 zł. Przystępujący, jak wskazano, w łącznej cenie podawał wartości ujemne powiększone o ujemne wartości podatku VAT. Gdyby zaś podawał łączną cenę (kol. 7) dla pozycji, w której wskazał ujemne ceny jednostkowe, według reguły, że podatek VAT wyniesie „0 zł", to w tej kolumnie 7, wskazywałby tożsamą kwotę, jak w kolumnie 5 tabeli oferty (przykładowo zamiast kwoty „- 1 890 000,00 zł" wynikającej z powiększenia kwoty „- 1 750 000,00 zł" o 8% podatku VAT, podawałby tą samą kwotę „- 1 750 000,00 zł"). Powyższa okoliczność została podniesiona jedynie na marginesie, dla wykazania, do jak nierzetelnych wyliczeń i sytuacji nie do pogodzenia z punktu widzenia zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, może doprowadzić akceptowanie przez zamawiającego podania jednostkowych cen ujemnych i ujemnych dla tych cen wartości podatku VAT. Gdyby bowiem przy jednostkowych cenach ujemnych wykonawca dodał w tym

postępowaniu, jako wartość podatku VAT, kwotę „0 zł", to rachunek arytmetyczny polegający na zsumowaniu kwot z kolumny 7 tabeli oferty byłby zupełnie inny – mianowicie suma byłaby automatycznie większa, z uwagi na mniejsze kwoty minusowe w poszczególnych wersach tabeli. W konsekwencji wyższa też byłaby cena końcowa oferty. W innym okolicznościach sprawy tego rodzaju różnica mogłaby przykładowo zdecydować nawet o kolejności rankingu ofert.

Odnośnie złożonego dowodu z faktur VAT wystawionych według systemu bilansowania, Izba uznała, że złożone dokumenty nie mogą stanowić podstawy do oceny dopuszczalności stosowania ujemnych wartości podatku VAT, a tym samym nie mogą przemawiać przeciwko ocenie, że zastosowanie ujemnych wartości podatku VAT świadczy o błędach w obliczeniu ceny. Analiza złożonych faktur wskazuje, że w żadnym z tych dokumentów podatek VAT nie został wyliczony w wartości ujemnej. Trudno więc uznawać, że te dokumenty mogłyby świadczyć o dopuszczalności stosowania ujemnych wartości podatku VAT, gdy podatek ten w przedmiotowych fakturach zawsze ma wartość dodatnią i zawsze liczony jest także od wartości dodatniej. Jak wynika z treści tych faktur wartości ujemne są wskazywane jedynie w części opisowej, gdzie są zestawiane m.in. z wielkościami dotyczącymi zmieszanych odpadów komunalnych (każdorazowo w ilości znacznie przewyższającej pozostałe pozycje, co jest charakterystyczne dla tego rynku), co pozwala na uzyskanie i wpisanie do faktury rachunku/kwoty zawsze dodatniej (z uwagi na to, że wartości dotyczące zmieszanych odpadów komunalnych znacznie przewyższają pozostałe pozycje).

To, że stosowany jest tego rodzaju mechanizm nie zmienia jednak tego, że ujemny podatek VAT, jak wskazano wcześniej, jest niedopuszczalny. Taki zaś podatek Przystępujący uczynił podstawą kalkulacji swoich cen. Ponadto, to że na etapie wystawienia faktury VAT wykonawca jest w stanie, korzystając z łącznego rozliczenia wartości dotyczących zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych z pozostałymi pozycjami (znacznie ilościowo i wartościowo mniejszymi) wykazać dodatnią kwotę netto i dodatni VAT, nie konwaliduje uchybienia zaistniałego „u źródła", na etapie składania oferty, gdzie wykonawca stosuje podatek w kształcie nieznanym obowiązującemu systemowi podatkowemu. Odnośnie dowodu złożonego przez Odwołującego w postaci interpretacji indywidualnej, to dowód ten nie mógł mieć istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Interpretacja indywidualna nie jest wiążąca w niniejszej sprawie, nie dotyczy także wprost stanu faktycznego przedmiotowej sprawy. Dowód ten został przy tym złożony na okoliczności, które nie miały istotnego znaczenia z punktu widzenia podstaw i istoty zarzutów odwołania. To, czy prawidłowe jest rozliczanie podatku według mechanizmu przyjęcia wzajemnych rozliczeń i opodatkowania wyłącznie nadwyżki, odnosi się do etapu realizacji umowy i prawidłowości fakturowania wykonanych usług. Materia ta przynależy organom podatkowym, które przeprowadzałyby ewentualnie kontrolę tego rodzaju fakturowania. Z punktu widzenia zarzutu odwołania i okoliczności faktycznych podanych w podstawie tego zarzutu, istotne znaczenie miało przede wszystkim to, że podanie ujemnych wartości podatku VAT, dla cen, które są podstawą rozliczenia stron, w ramach wynagrodzenia kosztorysowego, jest niedopuszczalne, a tym samym jest to uchybienie wykonawcy, które obarcza cenę jego oferty, w tym ceny jednostkowe jego oferty, wadami uzasadniającymi zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Należy wskazać w tym miejscu na wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1290/13, KIO 1299/13, w uzasadnieniu którego wyrażono ocenę – aktualną i znajdującą zastosowanie także do realiów niniejszej sprawy – że za błąd w obliczeniu ceny można również uznać pominięcie w cenie takich składników, jak należności publicznoprawne, tj. podatek VAT. Zaoferowanie ujemnej wartości podatku (nieistniejącej z punktu widzenia definicji podatku) z pewnością można ocenić, tak jakby podatek VAT nie został w ogóle uwzględniony, zwłaszcza gdy wyliczany jest on w oparciu o podstawę opodatkowania wyrażoną w wartościach uniemożliwiających wyliczenie „dodatniej" wartości podatku w oparciu o stawkę wskazaną przez Zamawiającego.

Izba uznała ponadto, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, a złożone wyjasnienia i dowody winny były zostać ocenione przez Zamawiającego, jako potwierdzające właśnie fakt rażącego zaniżenia ceny.

To na już na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, Przystępujący winien był wykazać, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. Nie jest wystarczające w tym względzie poprzestanie na ogólnikowych wyjaśnieniach i dokumentach, które niczego w tym zakresie w istocie nie dowodzą – tak jak miało to miejsce w tej sprawie. Skoro wykonawca zdecydował się na przyjęcie koncepcji dzielenia się zyskiem z Zamawiającym – niezależnie od tego, że jest to krytycznie oceniane przez Izbę – który nazwał dodatkowo rabatem czy upustem, to wybierając ten kierunek wyliczenia ceny powinien przede wszystkim udowodnić, że ujęta kwota zysku znajduje uzasadnienie w rzeczowych podstawach, a nie jest tylko kwotą prognozowaną, zakładaną do osiągnięcia, a więc w istocie kwotą czysto teoretyczną.

Ocenę realności ceny Przystępującego w przeważającej mierze determinowało to, czy zaoferowany "rabat" jest realny i rzeczowo wykazany. Jeżeli bowiem jest to tylko pewna biznesowa prognoza, założenie, to nie można przyjmować, że jest to kwota rzetelnie i w oparciu o obiektywne okoliczności wyliczona, a tym samym nie sposób przyjmować, by i cena końcowa oferty była realna (skoro opiera się ona na podstawach jedynie hipotetycznych).

W ocenie Izby, wykonawca winien był w sposób rzeczowy i obiektywny wykazać, w dodatku na moment "udzielania Zamawiającemu rabatu" m.in.: jakie ilości surowców wtórnych i na jakiej podstawie przyjął za możliwe do uzyskania i odsprzedania z tego zamówienia, czy w ogóle ma zapewnione źródła zbytu za podawane kwoty sprzedaży, które pozwalałyby na przyjęcie, jako pewnego, danego poziomu zysku, jakie koszty i na jakim poziomie zostały uwzględnione przy tym modelu kalkulacji i czy konieczność ich poniesienia w danej wysokości nadal czyni realnym, podany w ofercie poziom zysku, który wykonawca zadeklarował Zamawiającemu, tytułem podziału.

W złożonych wyjaśnieniach i dowodach nie można znaleźć żadnych rzeczowych źródeł, dowodów, czy wyliczeń, które wykazywałyby w sposób jednoznaczny, że wykonawca może ze sprzedaży surowców wtórnych, uzyskanych z ilości odpadów szacowanych przez Zamawiającego, które zostaną zagospodarowne w zakładzie podanym w treści oferty, uzyskać faktycznie dochód, który pozwoliłby mu na zaoferowanie m.in. ceny ujemnej w kwocie aż minus 1 milion 750 tys. zł. Ograniczono się w tym zakresie do lakonicznych wyjaśnień i wyliczeń oraz kilku faktur na stosunkowo niskie kwoty. Złożone wyjaśnienia nie korespondują przy tym z cenami podanymi w treści oferty – m.in. w treści wyjaśnień z dnia 8 stycznia 2016 r. wykonawca skupił się w znacznym zakresie na wykazaniu okoliczności dotyczących kosztów odbioru i transportu odpadów, kiedy jednocześnie w ofercie cena za odbiór i transport odpadów została podana w stosunkowo dużej kwocie – 3 455 835,84 zł, zaś sam Przystępujący na rozprawie wskazał, że *"koszt transportu jest dwa razy większy bo przystępujący przestrzega zasad selekcji i odbioru odpadów"* (vide: protokół z rozprawy).

Zasad tych musi przestrzegać każdy wykonawca i nie jest to argument wyjaśniający wskazaną przez Izbę rozbieżność z treścią wyjaśnień, gdzie Przystępujący skupił się w istotnym zakresie właśnie na wykazywaniu okoliczności mających świadczyć o oszczędnościach przy wykonywaniu odbioru i transportu odpadów.

Krytyczna ocena złożonych wyjaśnień i dowodów stanowi w zasadzie wystarczającą przesłankę do uznania zarzutu odwołania. Niezależnie od tego, także dowody złożone na rozprawie nie pozwalały na uznanie wyliczeń Przystępującego za wiarygodne. Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wobec wyjaśnień i dowodów składanych Zamawiającemu, oraz wobec dowodów składanych na rozprawie, Izba punktowo wskaże okoliczności nakazujące ich krytyczną ocenę, bez przytaczania, czy odwoływania się w sposób szczegółowy do zawartych w tym dokumentach treści.

Dowód ze złożonego studium wykonalności dla projektu "Budowa Zakładu Mechaniczno-Biologicznego Przetwarzanai Odpadów Komunalnych w Stalowej Woli" wraz ze złożonymi Tabelami, nie zawierał informacji, które mogłyby zostać uznane za istotne i przesądzające dla kierunku oceny zarzutu odwołania. Dokumenty te przedstawiają pewne założenia przyjęte na etapie budowy inwestycji, jak również w celu uzyskania dofinansowania dla realizacji tej inwestycji. Jest to dokument o charakterze bardziej strategicznym niż wykazującym, jak faktycznie – na określony moment – wygląda działalność wykonawcy. Nie obrazuje on obecnego stanu rzeczy, który koncentrowałby się na

podstawach wyliczenia “zysku”, którym wykonawca zamierzał dzielić się z Zamawiającym, jak również nie jest to źródło dowodowe, które udawadniałoby faktycznie i w sposób jednoznaczny okoliczności wskazane w tezie dowodowej. Przystępujący wskazał m.in., że powołane dokumenty wykazują podstawy kalkulowania ceny zagospodarowania 1 tony zmieszanych odpadów komunalnych “na bramie”. Stawka podana w Tabeli 6 (Kalkulacja opłaty za przyjęcie odpadów) dla roku 2016 pokrywa się z ceną podaną w ofercie. Inaczej przedstawia się sytuacja dla roku 2017, objętego czasookresem tego zamówienia publicznego. Przychody podawane w Tabeli nr 7, ze sprzedaży odpadów selektywnych, także nie stanowią źródła, które mogłoby potwierdzać, że wykonawca jest w stanie, aż w tak znacznych kwotach dzielić się zyskiem z Zamawiającym (zwłaszcza, gdy weźmie się pod uwagę wartości łączne podane dla roku 2016 i 2017).

Także twierdzenia, że założenia z tego studium skorygowane o informacje z analizy ilościowo-jakościowej pracy linii sortowniczej, miały pozwolić na przyjęcie możliwości uzyskiwania większych przychodów, Izba oceniła krytycznie (vide protokół z rozprawy:

“Złożone tabele pokazują też ceny, jakie będą przyjmowane do sprzedaży, każda 1 t sprzedana powyżej tego, co przyjęto w 2011 roku generuje dodatkowy zysk. Model z 2011 roku został uaktualniony o analizy”.)

Należy w pierwszej kolejności wskazać, że złożona jako dowód analiza ilościowo-jakościowa wpłynęła do MZK Sp. z o.o. w Stalowej Woli, zgodnie z adnotacją widniejącą na dokumencie, w dniu 4 lutego 2016 r., co koresponduje z datą sporządzenia dokumentu – styczeń 2016 r. Przystępujący złożył swoją ofertę w dniu 17 grudnia 2015 r. Należy postawić pytanie, w jaki sposób wykonawca miał na moment sporządzenia oferty uaktualniać swoją kalkulację o analizy, które otrzymał dopiero w lutym 2016 r. Oczywistym jest, że sporządzanie oferty w kontekście wyników analizy jakościowej nie mogło mieć miejsca, a tym samym i wnioski, które wykonawca wywodził przed Izbą z faktu posiadania tej analizy, w tym te dotyczące możliwości uzyskiwania większych przychodów i redukcji kosztów, należało uznać jedynie za argumentację zbudowaną na potrzeby postępowania odwoławczego, a nie argumentację mającą świadczyć o rzetelnej wycenie oferty. Nawet jednak w kontekście tego dokumentu, z uwzględnieniem wniosków końcowych zawartych w pkt 6 – Podsumowanie, Izba nie uznała, by Przystępujący udowodnił, że jest w stanie zarobić na surowcu wtórnym z tego zamówienia tak dużych kwot, jakie ujął w minusowych cenach jednostkowych oferty. Trafnie argumentował Odwołujący, że istota zarzutu nie odnosi się do tego, że *“wykonawca nie ujął jakichś kosztów ale, że proces przeprowadzania odzysku nie potrafi wygenerować takiego zysku,* żeby *jeszcze zwrócić 500 zł od każdej tony”* (vide protokół z rozprawy). Przystępujący bynajmniej, ani przed Zamawiającym, ani przed Izbą, nie wykazał okoliczności przeciwnych, zaś na rozprawie Przystępujący sam wskazywał, że *„upusty w ofercie, to* źródłem *dochodu dla tych upustów jest sprzedaż surowców wtórnych”* (vide: protokół z rozprawy).

Możliwości „oferowania” Zamawiającemu tak znacznego zysku do podziału nie znajduje oparcia także w wynikach finansowych Przystępującego. Za poprzedni rok, zysk całej spółki, a nie tylko zakładu podanego w treści oferty, jak wskazano na rozprawie, wyniósł ok. 1,5 mln zł. Wykonawca miałby więc dla jednego zakładu oferować, co prawda na okres 2 letni, kwotę przewyższającą całoroczne zyski całej spółki. Jak wskazano wcześniej, Przystępujący nie wykazał rzeczowych podstaw, które pozwalałyby uznać powyższe założenie za wiarygodne. Złożona tabela prezentująca wynik finansowy nie potwierdza także możliwości oferowania tak dużego zysku, a co równie istotne nie potwierdza ona, by Przystępujący szacował ten zysk w oparciu o obiektywne dane, a nie jedynie w oparciu o pewne założenia biznesowe. Skoro instalacja według obecnego stanu funkcjonuje od sierpnia 2015 r. to oczywiste jest, że wykonawca nie miał danych, które dokumentowałyby, jakie zyski osiąga rocznie z tej instalacji. Jedynie na podstawie wyników za kilka miesięcy

2015 r. (w zasadzie dwa miesiące, gdzie przychód wzrósł znacznie w porównaniu do okresu wcześniejszego), wykonawca poczynił założenie biznesowe, że będzie w stanie osiągać zyski na określonym poziomie, który dadzą mu możliwość „podzielenia się” z Zamawiającym. Założenie biznesowe i prognozowane zyski to jednak nie to samo, co rzetelna wycena oparta na obiektywnych i rzeczowych podstawach. Izba dostrzega, że wynik finansowy zakładu

wzrósł w dwóch miesiącach w stosunku do okresu wcześniejszego 2015 r., co wpisuje się w argumentację o większych możliwościach instalacji funkcjonującej w obecnym stanie. Jednak nie jest to okoliczność, która mogłaby przesądzić o ocenie Izby, tym bardziej gdy weźmie się pod uwagę, że zestawienie przedstawione przez wykonawcę zawiera też wynik ujemny.

W kwestii dowód złożonych przez Odwołującego w postaci schematu przebiegu procesu odzysku oraz z opracowań w postaci Analizy Instytutu Sobieskiego oraz Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej złożonych na okoliczność poziomu zysku ze sprzedaży surowców wtórnych, to Izba uznała wartość tych dokumentów, ale jako źródła informacji o charakterze poglądowym, statystycznym i naukowym. Przystępujący nie kwestionował przedstawionego schematu procesu odzysku, wskazując jedynie, że jest to schemat uproszczony. Schemat ten obrazuje podstawowe elementy procesu odzysku, w tym złożoność tego procesu i zakres niezbędnych do wykonania działań. Obrazuje tym samym, iż sam proces odzysku nierozerwalnie generuje koszty, na każdym jego etapie. W kontekście tego dokumentu ogólne twierdzenia Przystępującego o możliwości uzyskania zysku ze sprzedaży surowców wtórnych w wielkości pozwalającej jeszcze na „podzielenie się zyskiem z Zamawiającym", sprowadzające się w zasadzie do twierdzenia, że koszty związane z doczyszczaniem są zawarte w cenie oferty - kiedy to wykonawca nie wykazał, jakie generuje w tym zakresie koszty i czy przy podawanych cenach sprzedaży, pomimo ponoszenia tych kosztów, nadal może oferować tak duży „rabat" - tym bardziej nie zasługiwały na uznanie.

Odnośnie złożonych opracowań, to Izba nie ma podstaw do kwestionowania ich wartości naukowej, niemniej jednak nie są to dowody, których wnioski można wprost przenosić na indywidualną sytuację i pozycję rynkową Przystępującego. Podobnie, Izba oceniła dowody złożone przez Odwołującego w postaci tabel dotyczących średnich cen surowców wtórnych i cen dostępnych wykonawcy. Niemniej jednak generalne wnioski, co do realiów rynku surowców wtórnych, w tym co do poziomu kształtujących się cen, czy poziomu uzyskiwanego odzysku, stanowiły kontekst dla oceny, że Przystępujący tym bardziej winien w sposób rzetelny wykazać realność swoich założeń, w tym ich obiektywne podstawy. Kluczowe dla sprawy było końcowo to, że Przystępujący nie wykazał, ani przed Zamawiającym, ani przed Izba, że faktycznie może wytworzyć daną ilość surowców wtórnych, sprzedać je za określone ceny, które po odjęciu kosztów działalności, nadal dadzą

---

mu taki zysk, by jeszcze „dzielić się" z Zamawiającym kwotami rzędu ok. 2 mln zł. Trafnie ujął to Odwołujący, że wykonawca nie wykazał, że może tyle zarobić, by jeszcze oddawać 500 zł z każdej tony (vide protokół z rozprawy: *„Nawet jeżeli faktycznie uzyskuje się jakiś przychód to nie jest on na takim poziomie* żeby *można zaproponować płacenie zamawiającemu 500 zł za każdą tonę")*.

Dowód Przystępującego w postaci analizy ilościowo – jakościowej nie stanowił w ocenie Izby, źródła dowodowego, które rozstrzygałoby o tym, czy wykonawca może faktycznie na tym konkretnym zamówieniu uzyskać tak znaczne zyski. W sposób tożsamy Izba oceniła dowód ze studium wykonalności wraz z tabelami. Jak wskazano wcześniej, jest to dokument o charakterze strategicznym, prezentujący pewne założenia biznesowe poczynione na etapie realizacji inwestycji. Nie jest to natomiast żaden dowód na realność ceny wykonawcy. Konsekwentnie, Izba oceniła w tożsamy sposób, dowód z wyników finansowych. Dokument ten nie potwierdza przy tym twierdzenia wykonawcy, że *„w okresie wrzesień – grudzień sprawdzano przyjęto model finansowy i w każdym z tych m-cy osiągnięty był zysk"* (vide: protokół z rozprawy). Jak wskazano wcześniej, dokument ten zawiera też pozycję ujemną. Powyższy dokument potwierdzał tezę dowodową, mianowicie, że zakład prowadzony przez Przystępującego generuje zysk, niemniej jednak dokument ten nie dowodził tego, że wykonawca – przy dotychczasowych rocznych dochodach rzędu 565 tys. zł może udzielić Zamawiającemu „rabatu" o wielkości ok. 2 mln zł.

Reasumując, w ocenie Izby, całokształt okoliczności sprawy nakazywał wniosek, że cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską, a złożone w tym zakresie wyjaśnienia winny były zostać uznane przez Zamawiającego za potwierdzające fakt rażącego zaniżenia ceny oferty. W konsekwencji, Izba uznała, że Zamawiający dopuścił się zaniechania zastosowania wobec oferty Przystępującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Na uwzględnienie zasługiwały także zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia

wyjaśnień złożonych przez MZK Stalowa Wola pismem z dnia 8 stycznia 2016 r., wraz z załącznikami.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W myśl art. 8 ust. 1 i 3 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Przepis odnosi się do dokumentów składanych w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W toku postępowania wykonawcy składają jednak dodatkowe dokumenty, które także mogą korzystać z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa. Na zasadzie analogii przyjmuje się zgodnie, że w takim przypadku wykazanie podstaw objęcia tych dodatkowych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa powinno nastąpić w momencie ich składania.

Zwrócić należy uwagę, iż to na zamawiającym, jako dysponencie dokumentów, które stanowią załączniki do protokołu postępowania, o czym przesądza jednoznacznie art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, ciąży obowiązek weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez konkretnego wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa. Jako takie podlegają one ujawnieniu zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458). Z tego też powodu orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie eksponuje konieczność dokonania sprawdzenia przez zamawiającego, czy informacje zastrzegane przez wykonawcę rzeczywiście mogą zostać zastrzeżone.

Zasada jawności jest jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odejście od tej zasady musi znajdować szczególne podstawy, które w niniejszej sprawie nie zaistniały także z uwagi na fakt, że wykonawca podstaw tych w sposób rzeczowy nie wykazał. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od tej zasady powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty, co do zasady będą jawne.

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym.

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.

Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiejkolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsiębrane przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

Odnosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności wskazać, że przyjęcie oceny, co do wadliwości działania Zamawiającego znajduje uzasadnienie już w samej argumentacji, w której Zamawiający wskazał, że odmowa

udostępnienia wyjaśnień Przystępującego wynika w istocie z trudności oddzielenia elementów pisma objętych tajemnicą od elementów jawnych.

Wymaga podkreślenia, że z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa nie korzystają dokumenty (będące fizycznym nośnikiem informacji) lecz jedynie informacje zawarte w tych dokumentach. Trudności natury technicznej nie mogą uzasadniać odstępstwa od naczelnej zasady jawności postępowania. Składane dokumenty i informacje w nich zawarte zawsze z założenia powinny stanowić pewną zwartą i spójną całość, nie jest to jednak powód wystarczający do uchylenia się przez Zamawiającego z obowiązków wynikających z respektowania i zapewnienia zasady jawności w postępowaniu, którego gospodarzem jest właśnie Zamawiający.

Analizując przepis art. 8 ust. 3 Pzp wskazać należy, że wykonawca zastrzegający w treści swojej oferty informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy wskazać, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Brak wyjaśnień wykonawcy lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Tym samym ocenie Izby może podlegać jedynie informacja (uzasadnienie), jaką przedstawił wykonawca, zastrzegając określone treści tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca nie udowadnia przesłanek zastrzeżenia w sposób należyty to jest to wystarczająca podstawa do uznania braku skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W kontekście powyższych zasad Izba oceniła treść wyjaśnień oraz załączników, złożonych przez Przystępującego przy piśmie z dnia 8 stycznia 2016 r.

W ocenie Izby, wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 8 stycznia 2016 r. należy uznać za ogólnikowe i nie uzasadniające zakwalifikowania tych informacji do informacji, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Argumentacja przedstawiona przez Przystępującego nie dowodzi okoliczności, iż informacje zastrzeżone

na taką ochronę zasługują. Przystępujący bowiem w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicą wyjaśnień i załączników do pisma z dnia 8 stycznia 2016 r. podał ogólne, blankietowe informacje mogące nawet zostać uznane za generyczne.

W sposób szczególnie krytycznie należy odnieść się do wykazania przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności. Podobnie, jak w odniesieniu do pozostałych przesłanek stypizowanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wykonawca ograniczył się do ogólników. Dodatkowo, za dowód mający potwierdzać podjęcie działań w celu zachowania informacji w poufności, wykonawca złożył jedynie blankietowy wzór umowy o zachowaniu w poufności i zakazie informacji. Trudno także uznać w tej sprawie, by przesyłanie informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zwykłym mailem, bez zabezpieczeń, było działaniem mogącym świadczyć o zachowaniu szczególnych zasad ochrony tych informacji. Zwłaszcza, gdy weźmie się pod uwagę twierdzenia zawarte w piśmie przewodnim o wdrożeniu technologii zapewniających bezpieczeństwo sieci informatycznych.

Niezależnie od powyższego sama treść wyjaśnień oraz informacje zawarte w załącznikach do wyjasnień nie kwalifikują się, w ocenie Izby, do uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa. Są to w dużej mierze informacje publicznie dostępne. Nie sposób uznać, by informacje dotyczące fizycznego posiadania określonego sprzętu, czy zaplecza technicznego, za pomocą którego wykonawca realizuje szereg zleceń, mogły być tak chronione, że aż niedostępne dla szerokiego grona ludzi. Podobnie pismo otrzymane od konkurencyjnego przedsiębiorstwa, formularz ofertowy oferenta złożony w postępowaniu prowadzonym przez Przystępującego w trybie przetargu nieograniczonego, umowa dostawy zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy wreszcie załącznik do powszechnie dostępnej uchwały (który *nota bene* został złożony przez Przystępującego na rozprawie w sposób jawny), nie zasługują na miano informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa. Również złożone faktury nie mogą korzystać, w ocenie Izby, z tego rodzaju zastrzeżenia. W złożonym szablonie umowy (§ 5 pkt 2) stwierdza się, że pracownik przyjmuje do wiadomości, że pracodawca związany jest umowami o zachowaniu poufności z częścią swoich kontrahentów. Przystępujący nie złożył tego rodzaju umów dla podmiotów widniejących na fakturach. Ponadto, wątpliwe jest, by faktura była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, bynajmniej żadnych klauzul złożone dokumenty nie zawierały.

W tożsamy sposób należało ocenić wyliczenia zawarte w złożonych dokumentach.

Izba nie znalazła tym samym podstaw, by za tajemnicę przedsiębiorstwa mogły zostać uznane w tym przypadku informacje dotyczące średnich cen dla danego regionu (gdzie powoływano się na ceny nie tylko Przystępującego), ceny ubezpieczenia (niezależnie, że

dodatkowo uzyskane w trybie przetargu), samo zestawienie cen za 1 Mg surowców wtórnych, czy kalkulacje zawarte w tabelach, będące jedynie założeniami wykonawcy.

Warto w tym miejscu podkreślić, że w aktach sprawy znajdują się dwie koperty zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępującego. Pierwsza, zawierająca także kalkulacje miała zostać złożona z ofertą. Oferta jednak nie wymienia tego dokumentu, brak jest także jakiegokolwiek uzasadnienia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli Zamawiający dysponował tymi kalkulacjami, które następnie zostały powtórzone w piśmie z dnia 8 stycznia 2016 r., to tym bardziej miał podstawy do ich ujawnienia, skoro nie zostały one skutecznie zastrzeżone na etapie złożenia oferty. Fakt, że dokumenty te zostały złożone przy ofercie, bez jakiekogolwiek zastrzeżenia, potwierdza chociażby numeracja stron akt postępowania, gdzie oferta numerowana jest liczbą 428 i następne (w dół), zaś informacje w kopercie noszą numery 429 i 430, karta z zastrzeżeniem “Informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa ...” nosi numer 431, zaś pismo z 8 stycznia 2016 r. wraz z załącznikami (po kartach dokumentujących m.in. wezwania wystosowane przez Zamawiającego) nosi numery od 450 do 497.

Reasumując, Izba uznała za zasadny zarzut Odwołującego, w którym podniesiono naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art 96 ust. 3 Pzp.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie. Pozostawało to jednak bez znaczenia dla kierunku rozstrzygnięcia i konieczności uwzględnienia odwołania, gdyż zarzuty, które znalazły uznanie Izby wypełniły przesłankę z art. 192 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba nie uznała, by w niniejszym postępowaniu Zamawiający dopuścił się naruszenia obowiązków wynikających z tzw. „zasady bliskości”. W konsekwencji twierdzenia Odwołującego o niezgodności oferty z SIWZ z uwagi na naruszenie „zasady bliskości”, jak również o nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów, Izba oceniła, jako chybione.

W zakresie postawionego zarzuty Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, szczegółowo przedstawione w złożonej odpowiedzi i piśmie procesowym, przyjmując w konsekwencji tę argumentację za własną.

Dodatkowo, uznawany przez Izbę kierunek wykładni „zasady bliskości” znalazł już odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie. Tytułem przykładu warto odwołać się do wyroku z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1534/13, z tezą: *„Zasada bliskości nie może*

być rozumiana, jako fizyczna odległość (ilość kilometrów) instalacji od miejsca wytwarzania odpadów, co prowadziłoby do naruszenia konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia – dawałoby to, z jednej strony monopol administratorowi danej instalacji na dyktowanie wysokich cen potencjalnym oferentom, w związku z kosztem zagospodarowania odpadów, a z drugiej strony, taki administrator miałby możliwość uczestniczenia w postępowaniu jako oferent, co mogłoby mu kreować uprzywilejowaną pozycję. Wskazane okoliczności naruszałyby uczciwą konkurencję i pozostawałyby w sprzeczności z przepisami p.z.p. Tym samym, złożenie oferty przez takiego wykonawcę (administratora czy właściciela instalacji) mogłoby być postrzegane jako czyn nieuczciwej konkurencji”.

Stanowisko przyjęte przez Zamawiającego znajduje także oparcie w *ratio legis* wprowadzonych zmian systemu gospodarowania odpadami. Należy przede wszystkim przywołać w tym miejscu uzasadnienie podane w ustawie z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2011.152.897), gdzie wskazano, że: *„Jednocześnie, należy zaznaczyć, że zgodnie z proponowanymi rozwiązaniami systemowymi przedsiębiorca będzie transportował*

zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone do regionalnych instalacji do zagospodarowania odpadów komunalnych, funkcjonujących w ramach wyznaczonego w wojewódzkim planie gospodarki odpadami regionu, co w przypadku funkcjonowania w danym regionie kilku tego samego rodzaju instalacji zapewni konkurencyjność pomiędzy instalacjami".

Praktyka potwierdza, że nie jest wykluczone, że w danym regionie funkcjonuje więcej niż jedna RIPOK. Stosowne plany gospodarki odpadami wskazują, do której lub których RIPOK powinny być kierowane odpady z obszaru danej gminy. Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2013.1399 j.t.) wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności: 5) instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku przetargu na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

78

Niniejsze postępowanie dotyczy odbierania i zagospodarowywania odpadów. To oferenci mieli obowiązek wskazania instalacji, do której będą przekazywane odpady. Zachowanie „zasady bliskości" wymagało jedynie, by instalacja ta znajdowała się w tym samym regionie gospodarki odpadami. Instalacja wskazana w ofercie Przystępującego, podobnie jak instalacja podana w ofercie Odwołującego, położone są w tym samym regionie. Konieczność zachowania konkurencyjności postępowania determinuje więc postrzeganie „zasady bliskości", jako zasady odnoszonej do poziomu regionu, a nie fizycznej odległości (liczby kilometrów), dzielącej instalację od miejsca wytwarzania odpadów.

W kontekście powyższych rozważań za nieistotny i nie zasługujący na uwzględnienie Izba uznała dowód z mapki złożonej na okoliczność odległości gminy Tarnobrzeg od pozostałych instalacji regionu północnego. Sama kwestia istnienia tych odległości była bezsporna, jednak fakt większych odległości, do instalacji Przystępującego pozostawał bez znaczenia, w kontekście wskazanego przez Izbę kierunku wykładni „zasady bliskości:. Złożoną opinię prawną dotyczącą wykładni art. 20 ustawy o odpadach, Izba uznała za opinię prywatą będącą rozwinięciem stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, którego zasadności Izba nie uznała, z przyczyn wskazanych powyżej.

Izba nie uznała za zasadne również zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, okoliczności sprawy nie dają podstaw do przypisania Przystępującemu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji nie dają podstaw do przypisania Zamawiającemu zarzutu zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał podstaw stawianych zarzutów i nie udowodnił, by w realiach niniejszej sprawy działanie Przystępującego wypełniło znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, wskazane w powołanych powyżej przepisach.

79

Odnośnie art 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba wskazuje, że zgromadzony materiał dowodowy świadczy o tym, że także Odwołujący we wcześniejszym okresie stosował jednostkowe ceny ujemne, podobnie jak inne podmioty działające na rynku odpadów. Przepis art 3 ust. 1 ww. ustawy funkcjonował w obecnym kształcie także w czasookresie powyższych działań, czy to Odwołującego, Przystępującego, czy innych przedsiębiorców. Odwołujący nie widział więc wówczas podstaw, by postrzegać oferowanie jednostkowych cen ujemnych, jako sprzeczne z prawem. Działanie sprzeczne z prawem to kategoria pojęciowa zdecywanie ostrzejsza niż np. niezgodność z ustawą. Dla uznania, że dany czyn stanowi działanie sprzeczne z prawem konieczne jest złamanie określonego nakazu/zakazu wyrażonego wprost w treści przepisu (np. zabronionego i zagrożonego sankcją, zakazanego przepisem, czy sprzecznego z nakazem).

Ponadto, sama sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami nie wystarcza do uznania zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Nierozerwalnie musi bowiem wystąpić także naruszenie lub zagrożenie interesu innego konkurenta lub klienta. W ocenie Izby, te ostatnie przesłanki także nie zostały wykazane przez Odwołującego w stopniu pozwalającym na uznanie, że faktycznie doszło do naruszenia lub zagrożenia interesu wykonawcy. Odwołujący, jako profesjonalista, mógł przykładowo w stopniu bardziej precyzyjnym formułować treść zapytań kierowanych do Przystępującego.

Trudno też uznawać, by na rynku odpadów wykształciły się już, a przede wszystkim zakorzeniły, zasady nie oferowania ujemnych cen jednostkowych – skoro w nieodległej przeszłości, także Odwołujący przyjmował tego rodzaju metodę konstruowania ceny w swoich ofertach. Z pewnością, by mówić o naruszeniu dobrych obyczajów, należy w pierwszej kolejności wykazać, że określone zasady postępowania, pewne standardy – funkcjonujące i powszechnie akceptowane, faktycznie są zakorzenione w realiach gospodarczych i powszechnie przestrzegane w takim stopniu, że można kwalifikować je do pojęcia “dobrego obyczaju”. Izba uwzględniła i uznała za wiarygodne dowody złożone przez Przystępującego na okoliczność, że w poprzednich postepowaniach również były pozycje zerowe i ujemne, stosowane także przez Odwołującego.

Izba nie uznała twierdzeń Odwołującego o dominującej pozycji Przystępującego na rynku, w tym o naruszeniu pozycji dominującej, jak rownież o nadużyciu pomocy publicznej. Przystępujący przedstawił w tym zakresie rzeczowe i przekonujące argumenty oraz dowody, w tym odnoszące się do wskazywania w korespondencji z innymi przedsiębiorstwami ceny 210 zł netto. Odwołujący nie udowodnił natomiast, by faktycznie Przystępujący dopuścił się rzeczowo nieuzasadnionego, zróżnicowanego traktowania klientów, bądź by jego działania były sprzeczne z prawem. Pisma złożone, jako dowód, stanowiące odpowiedzi na zapytania konkurencji, w których Przystępujący podawał cenę 210 zł netto, nie stanowiły, w ocenie

Izby, dowodu, z którego można by wywodzić w sposób jednoznaczny, że Przystępujący działał z pokrzywdzeniem konkurencji, w celu wprowadzenia w błąd, czy końcowo w celu ich eliminacji z tego zamówienia. Podobnie, złożone przez Odwołującego dowody nie stanowiły materiału, z którego można by, w sposób jednoznaczny przypisywać Przystępującemu pozycję dominującą, jak również użycie tej pozycji przeciwko innym podmiotom. Jednocześnie, Izba uznała wartość dowodową umowy złożonej przez Przystępujacego na okoliczność stosowania jednej ceny dla wszystkich podmiotów, jak również dowodu z uchwały nr 95/2015 i pisma z dnia 27 października 2015 r., jako dowody przemawiające przeciwko twierdzeniom o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, w tym o różnicowaniu klientów i nadużywaniu pomocy publicznej.

Odnośnie twierdzeń odwołania powiązanych z art 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba wskazuje, że dla przypisania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest wykazanie kierunkowego (celowego) działania przedsiębiorcy – w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Izba krytycznie oceniła zaoferowanie jednostkowych cen ujemnych, jednak to, że do takiej strategii wyliczenia ceny doszło nie może być automatycznie postrzegane w realiach tej sprawy, jako działanie zmierzające do wyeliminowania Odwołującego z rynku, w tym wyeliminowania z tego postępowania. Izba uznała doniosłość argumentacji Przystępującego, iż przyjęty sposób działania nie miał na celu eliminacji konkurenta, lecz wynikał m.in. z dotychczasowych doświadczeń, w tym wynikających ze wzajemnych realacji z zamawiającymi, gdzie podobne praktyki były akceptowane. Nie można też wykluczyć, że przekonanie o dopuszczalności stosowania tego rodzaju strategii – bądź przekonanie, że strategia ta nie jest jednoznacznie naganna i nie jest

kwalifikowana, jako czyn nieuczciwej konkurencji, mogło wynikać przykładowo z odmiennych ocen organów orzekających i kontrolnych, co do stanów faktycznych, których elementem wspólnym jest zaistnienie ujemnych cen jednostkowych.

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na podstawie art. 190 ust 6 Pzp.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

81

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

82